

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione)

14 luglio 2006*

Nella causa T-417/05,

Endesa SA, con sede in Madrid (Spagna), rappresentata dagli avv.ti J. Flynn, QC, S. Baxter, solicitor, M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez e J. Varcárcel Martínez,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan e M. Schneider, in qualità di agenti,

convenuta,

sostenuta da:

Regno di Spagna, rappresentato dalla sig.ra N. Díaz Abad, abogado del Estado,

* Lingua processuale: lo spagnolo.

e da:

Gas Natural SDG SA, con sede in Barcellona (Spagna), rappresentata dagli avv.ti F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia e A. Leis García,

intervenant,

avente ad oggetto una domanda diretta all'annullamento della decisione della Commissione 15 novembre 2005, che constata l'assenza di dimensione comunitaria di una concentrazione (pratica COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Terza Sezione),

composto dal sig. M. Jaeger, presidente, dalla sig.ra V. Tiili e dal sig. O. Czúcz, giudici,

cancelliere: sig. J. Palacio González, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 9 marzo 2006,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Contesto normativo

Regolamenti relativi al controllo delle concentrazioni

- ¹ L'art. 1 del regolamento (CE) del Consiglio 20 gennaio 2004, n. 139, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento»), dispone quanto segue:

«1. Il presente regolamento si applica a tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria come definite dal presente articolo, fatti salvi l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 22.

2. Una concentrazione è di dimensione comunitaria quando:

- a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a EUR 5 miliardi e

- b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a EUR 250 milioni,

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

(...».

- 2 L'art. 5 del regolamento, intitolato «Calcolo del fatturato», prevede:

«1. Il fatturato totale ai sensi del presente regolamento comprende gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi realizzati dalle imprese interessate nell'ultimo esercizio e corrispondenti alle loro normali attività, previa detrazione degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente legate al fatturato. Il fatturato totale di una impresa interessata non tiene conto delle transazioni avvenute tra le imprese di cui al paragrafo 4 del presente articolo.

Il fatturato realizzato, nella Comunità o in uno Stato membro, comprende i prodotti venduti ed i servizi forniti ad imprese o a consumatori nella Comunità o nello Stato membro in questione.

(...».

3 Ai sensi dell'art. 19 del regolamento:

«1. La Commissione trasmette entro 3 giorni lavorativi alle autorità competenti degli Stati membri copia delle notifiche e, quanto prima, i documenti più importanti che le sono presentati o che essa ha emesso a norma del presente regolamento (...).

2. La Commissione conduce i procedimenti previsti dal presente regolamento in collegamento stretto e costante con le autorità competenti degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni su tali procedimenti. (...)».

4 Ai sensi dell'art. 21 del regolamento:

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

3. Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria».

5 L'art. 22 del regolamento dispone:

«1. Uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione, secondo la definizione dell'articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 ma incide sul commercio fra Stati

membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta.

La richiesta va presentata al più tardi entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata notificata o, se non è prescritta la notificazione, resa nota in altro modo allo Stato membro interessato.

2. La Commissione informa senza ritardo le autorità competenti degli Stati membri e le imprese interessate di qualsiasi richiesta ricevuta ai sensi del paragrafo 1.

Tutti gli altri Stati membri hanno facoltà di aderire alla richiesta iniziale entro il termine di 15 giorni lavorativi dalla data in cui la Commissione li ha informati della richiesta iniziale.

Tutti i termini nazionali relativi alla concentrazione in questione sono sospesi fino a quando non sia stato deciso, secondo la procedura di cui al presente articolo, dove deve essere esaminata la concentrazione. Non appena uno Stato membro abbia informato la Commissione e le imprese interessate del fatto che non intende aderire alla richiesta, cessa la sospensione dei suoi termini nazionali.

3. La Commissione può, al più tardi entro 10 giorni lavorativi a decorrere dalla scadenza del termine stabilito al paragrafo 2, decidere di esaminare la concentrazione se ritiene che incida sul commercio fra Stati membri e rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta. Se la Commissione non prende una decisione entro tale termine, si considera che abbia deciso di esaminare la concentrazione conformemente alla richiesta.

La Commissione informa della sua decisione tutti gli Stati membri e le imprese interessate e può chiedere che venga effettuata una notificazione in applicazione dell'articolo 4.

Lo Stato o gli Stati membri che hanno presentato la richiesta alla Commissione si astengono dall'applicare ulteriormente alla concentrazione la loro legislazione nazionale sulla concorrenza.

(...)).

- 6 Ai sensi dell'art. 17, n. 3, del regolamento (CE) della Commissione 7 aprile 2004, n. 802, di esecuzione del regolamento (GU L 133, pag. 1):

«Il diritto di accesso al fascicolo non si estende alle informazioni riservate né ai documenti interni della Commissione o delle autorità competenti degli Stati membri. Il diritto di accesso al fascicolo non si estende neppure alla corrispondenza tra la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri o tra queste ultime».

- 7 L'art. 1 del regolamento (CE) del Parlamento e del Consiglio 19 luglio 2002, n. 1606, relativo all'applicazione di principi contabili internazionali (GU L 243, pag. 1), stabilisce quanto segue:

«Il presente regolamento ha come obiettivo l'adozione e l'utilizzazione di principi contabili internazionali nella Comunità per armonizzare l'informazione finanziaria presentata dalle società di cui all'articolo 4, al fine di garantire un elevato livello di

trasparenza e comparabilità dei bilanci e quindi l'efficiente funzionamento del mercato comunitario dei capitali e del mercato interno».

Normativa sulla contabilità delle società

- 8 L'art. 4 del regolamento n. 1606/2002 (intitolato «Conti consolidati delle società i cui titoli sono negoziati in un mercato pubblico») così dispone:

«Per ogni esercizio finanziario avente inizio il 1° gennaio 2005, o in data successiva, le società soggette al diritto di uno Stato membro redigono i loro conti consolidati conformemente ai principi contabili internazionali adottati secondo la procedura di cui all'articolo 6, paragrafo 2, qualora, alla data del bilancio, i loro titoli siano ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato di un qualsiasi Stato membro, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 13, della direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari».

- 9 Il regolamento (CE) della Commissione 29 settembre 2003, n. 1725, che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 261, pag. 1), dispone quanto segue:

«Articolo 1

I principi contabili internazionali riportati nell'allegato sono adottati.

(...».

10 Il principio contabile internazionale IAS 18, intitolato «Ricavi», allegato al regolamento n. 1725/2003, così dispone:

«Definizioni

7. I termini seguenti vengono usati nel presente Principio con i significati indicati:

I ricavi sono i flussi lordi di benefici economici conseguenti l'esercizio derivanti dallo svolgimento dell'attività ordinaria dell'impresa, quando tali flussi determinano incrementi del patrimonio netto diversi dagli incrementi derivanti dagli apporti degli azionisti.

Il fair value (valore equo) è il corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata, o una passività estinta, in una libera transazione tra parti consapevoli e disponibili.

8. I ricavi comprendono solo i flussi lordi di benefici economici ricevuti e ricevibili dall'impresa, in nome e per conto proprio. Corrispettivi riscossi per conto terzi quali le imposte sulle vendite, le imposte su beni e servizi e l'imposta sul valore aggiunto non sono benefici economici fruiti dall'impresa e non determinano un incremento del patrimonio netto; per questo motivo essi sono esclusi dai ricavi. Analogamente, in un rapporto di agenzia, le entrate lorde di benefici economici comprendono gli importi riscossi per conto del preponente che non determinano un incremento del patrimonio netto dell'impresa. I corrispettivi riscossi per conto del preponente sono esclusi dai ricavi. L'ammontare della provvigione, invece, è un ricavo».

- 11 Il regolamento (CE) della Commissione 6 aprile 2004, n. 707, che modifica il regolamento n. 1725/2003 (GU L 111, pag. 3), dispone quanto segue:

«Articolo 1

La “SIC-8: Prima applicazione degli IAS come sistema contabile di riferimento” di cui all'allegato del regolamento (...) n. 1725/2003 è sostituita dal testo riportato in allegato al presente regolamento.

Articolo 2

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

(...)).

- 12 L'allegato al regolamento n. 707/2004, intitolato «IFRS 1 — Prima adozione degli International Financial Reporting Standard», precisa quanto segue:

«36. Per rispettare quanto previsto dallo IAS 1 Presentazione del bilancio, il primo bilancio che l'entità redige in conformità agli IFRS deve contenere almeno un anno di informazioni comparative elaborate in base agli IFRS.

(...)

47. L'entità deve applicare il presente IFRS se il suo primo bilancio redatto in conformità agli IFRS si riferisce a un esercizio con inizio dal 1° gennaio 2004 o da data successiva. È incoraggiata una applicazione anticipata. (...)».

Comunicazione sul calcolo del fatturato

- 13 Ai sensi del punto 26 della comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU 1998, C 66, pag. 25; in prosieguo: la «comunicazione»):

«La Commissione cerca di basarsi sulle cifre più accurate ed attendibili a disposizione. Di norma, pertanto, la Commissione farà riferimento a conti certificati o comunque aventi carattere definitivo. Tuttavia, nei casi in cui si rilevino differenze fondamentali tra le norme contabili della Comunità e quelle di un paese terzo, la Commissione può ritenere necessario rielaborare tali conti conformemente alle norme comunitarie per calcolare il fatturato. La Commissione è comunque restia ad utilizzare conti gestionali o qualsiasi altra forma di conto provvisorio, se non in casi eccezionali (cfr. il punto successivo). Nei casi in cui la concentrazione avviene entro i primi mesi dell'anno e non sono ancora disponibili conti certificati per l'esercizio più recente, le cifre da prendere in considerazione sono quelle relative all'esercizio precedente. Qualora si riscontri una divergenza considerevole tra i conti dei due esercizi, e in particolare quando siano disponibili le cifre ufficiose definitive per gli anni più recenti, la Commissione può decidere di prendere in considerazione queste ultime».

- 14 Ai sensi del punto 27 della comunicazione:

«Nonostante il punto 26, è sempre necessario apportare rettifiche che tengano conto di acquisizioni o cessioni successive alla data dei conti certificati. Questa procedura è

indispensabile se si vogliono individuare le risorse oggetto della concentrazione. Ad esempio, se una società cede una parte delle proprie attività in qualsiasi momento prima della firma dell'accordo definitivo o l'annuncio dell'offerta pubblica o l'acquisizione di una partecipazione di controllo destinata a sfociare in una concentrazione, oppure quando una siffatta cessione o chiusura costituisce una condizione preliminare per l'operazione, la parte del fatturato da attribuire a tale parte delle attività va sottratt[a] dal fatturato della parte notificante quale risulta nell'ultimo bilancio certificato. Inversamente, il fatturato da attribuire [ad] attività di cui è stato acquisito il controllo successivamente alla redazione dei conti certificati più recenti va aggiunto, ai fini della notifica, al fatturato della società».

Fatti all'origine della controversia

- 15 La ricorrente, Endesa SA, è una società commerciale, quotata fra l'altro alla Borsa di Madrid, al vertice del gruppo Endesa, il maggior gruppo della Spagna nel settore dell'elettricità, presente anche in Italia, Francia, Portogallo, Polonia e America latina.
- 16 La Gas Natural SDG SA (in prosieguo: la «Gas Natural») è una società commerciale quotata alla Borsa di Madrid, al vertice della Gas Natural, un consorzio di imprese che forniscono servizi nel settore dell'energia, operante prevalentemente nel rifornimento, nella distribuzione e nella vendita del gas naturale in Spagna, Italia e America latina. La Gas Natural svolge inoltre attività nel settore dell'elettricità, principalmente nella produzione e vendita di energia elettrica, settore nel quale è appena entrata.
- 17 Il 5 settembre 2005, la Gas Natural ha annunciato l'intenzione di lanciare un'offerta pubblica di acquisto (in prosieguo: l'«OPA») sull'intero capitale sociale in azioni dell'Endesa dando luogo ad un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento. L'OPA è stata dichiarata ostile dagli organi amministrativi dell'Endesa.

- 18 Il 12 settembre 2005 la Gas Natural ha notificato l'operazione di concentrazione alle autorità spagnole della concorrenza.
- 19 Poco dopo l'annuncio dell'OPA da parte della Gas Natural, l'Endesa si è rivolta alla Commissione per spiegarle che, a suo avviso, l'operazione di concentrazione era di dimensione comunitaria ai sensi dell'art. 1 del regolamento. Di conseguenza, secondo l'Endesa, da un lato, l'operazione di concentrazione doveva essere notificata alla Commissione in forza dell'art. 4 del regolamento e, dall'altro lato, l'autorità spagnola della concorrenza non era competente a pronunciarsi su tale operazione.
- 20 Il 19 settembre 2005 l'Endesa ha chiesto alla Commissione di pronunciarsi sulla sua competenza ad analizzare l'operazione di concentrazione in ragione della sua dimensione comunitaria.
- 21 In tali comunicazioni, l'Endesa spiegava tra l'altro, in primo luogo, che le cifre da prendere in considerazione per il fatturato 2004 erano quelle calcolate sulla base dei nuovi principi internazionali di informazione finanziaria («IFRS») e non quelle derivanti dall'audit dei conti e, in secondo luogo, che era opportuno effettuare un certo numero di correzioni ulteriori alle suddette cifre, al fine di rispettare le disposizioni della comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato. Sulla base delle cifre in tal modo ottenute, l'Endesa ritiene di non aver realizzato all'interno della Spagna, nel 2004, più di due terzi del suo fatturato complessivo nella Comunità.
- 22 Il 20 settembre 2005 l'autorità portoghese della concorrenza ha chiesto alla Commissione di accettare il rinvio dell'operazione di concentrazione sulla base dell'art. 22 del regolamento. Il 22 settembre 2005 la Commissione ha informato gli altri Stati membri di questa richiesta di rinvio dando loro possibilità di aderirvi. Il 28 settembre 2005 l'autorità spagnola della concorrenza ha comunicato alla Commissione che non intendeva associarsi alla richiesta portoghese. Il 7 ottobre

2005 l'autorità italiana ha informato la Commissione di voler aderire alla richiesta portoghese. Il 27 ottobre 2005 la Commissione ha respinto queste richieste di rinvio, perché le autorità nazionali non avevano dimostrato in quale misura l'operazione di concentrazione avrebbe influito sul commercio infracomunitario e sul libero gioco della concorrenza, e ha concluso di non essere l'autorità nella posizione migliore per conoscere della causa.

23 Il 26 settembre 2005 la Commissione ha scritto alla Gas Natural chiedendole di precisare su quali basi avesse notificato l'operazione di concentrazione all'autorità spagnola della concorrenza e di comunicarle le sue osservazioni a proposito degli argomenti dedotti dall'Endesa. La Gas Natural ha risposto a detta lettera il 3 ottobre 2005, spiegando che, per individuare l'autorità della concorrenza competente, essa aveva utilizzato le cifre pubblicate nei conti certificati dell'Endesa per il 2004. A suo parere, questi conti dimostrano che nel 2004 l'Endesa (così come la Gas Natural) aveva realizzato all'interno della Spagna oltre due terzi del suo fatturato complessivo comunitario.

24 Sempre il 26 settembre 2005 la Commissione ha scritto all'Endesa per chiederle una serie di precisazioni in merito alle sue comunicazioni. Inoltre, il 4 ottobre 2005 essa ha trasmesso all'Endesa una copia delle osservazioni della Gas Natural riguardo alle sue prime comunicazioni, chiedendole di commentarle. L'Endesa ha risposto a tali domande rispettivamente il 5 e il 7 ottobre 2005.

25 Il 6 ottobre 2005 l'autorità spagnola della concorrenza ha comunicato alla Commissione di non concordare con gli argomenti esposti dall'Endesa, dichiarando di ritenersi competente ad esaminare l'operazione di concentrazione in discussione.

26 Il 25 ottobre 2005 la Commissione ha trasmesso alla Gas Natural una copia delle comunicazioni dell'Endesa del 5 e 7 ottobre 2005, dandole possibilità di replica. Il 26 ottobre 2005 la Commissione ha invitato la Gas Natural, l'Endesa e l'autorità spagnola della concorrenza a comunicarle il loro parere sull'interpretazione

dell'art. 5 del regolamento sulle concentrazioni, alla luce del punto 40 della comunicazione della Commissione sopra menzionata. Al tempo stesso, essa ha trasmesso all'autorità spagnola della concorrenza una copia delle comunicazioni dell'Endesa del 5 e 7 ottobre 2005, dandole possibilità di esprimere il suo parere sull'insieme dei problemi in oggetto.

- 27 Il 27 ottobre 2005 l'autorità spagnola della concorrenza ha informato la Commissione di non avere osservazioni complementari da presentare riguardo alle correzioni e le ha comunicato il proprio parere in merito all'interpretazione dell'art. 5 del regolamento sulle concentrazioni alla luce del punto 40 della pertinente comunicazione della Commissione. Il 2 novembre 2005 la Gas Natural e l'Endesa hanno reso noto il loro punto di vista al riguardo. Inoltre, la Gas Natural ha fornito nuovi commenti sulle correzioni proposte dall'Endesa, in base alle comunicazioni da questa trasmesse il 5 e il 7 ottobre 2005. Nelle sue osservazioni, la Gas Natural proponeva ulteriori correzioni che riteneva fossero state dimenticate dall'Endesa. Il 4 novembre 2005 una copia di queste proposte di correzione è stata inviata all'Endesa, che ha reso note le sue osservazioni al riguardo il 9 novembre 2005.
- 28 Il 15 novembre 2005 la Commissione ha adottato la decisione che constata l'assenza di dimensione comunitaria di una concentrazione (pratica COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa), oggetto del presente ricorso (in prosieguito: la «decisione»).
- 29 Per quel che riguarda la procedura nazionale di controllo delle concentrazioni, il Ministro spagnolo dell'Economia ha deciso, il 7 novembre 2005, di lanciare la «seconda fase» della procedura, rinviando il fascicolo dal Servicio de Defensa de la Competencia (Servizio spagnolo competente per le questioni di concorrenza; in prosieguito: il «SDC») al Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunale spagnolo competente per le questioni di concorrenza; in prosieguito: il «TDC»).

- 30 Il 20 dicembre 2005 la Comisión Nacional de la Energía (Commissione nazionale per l'energia; in prosieguo: la «CNE») ha comunicato il suo parere sull'operazione di concentrazione, in cui raccomandava di autorizzare l'operazione a certe condizioni.
- 31 Il 5 gennaio 2006 il TDC ha reso noto il proprio parere, raccomandando il divieto dell'operazione di concentrazione.
- 32 Il 3 febbraio 2006 il Consiglio dei ministri spagnolo ha autorizzato l'operazione di concentrazione a certe condizioni.
- 33 Il 21 marzo 2006 il Tribunale commerciale n. 3 di Madrid ha sospeso l'operazione di concentrazione.

Procedimento

- 34 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 29 novembre 2005, l'Endesa ha proposto il presente ricorso. Con separata istanza depositata lo stesso giorno, la ricorrente ha chiesto che il suo ricorso venisse trattato con il beneficio del procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 76 bis del regolamento di procedura del Tribunale.
- 35 Con separata istanza, depositata presso la cancelleria del Tribunale il 29 novembre 2005, la ricorrente ha chiesto, da un lato, che fosse disposta la sospensione dell'esecuzione della decisione e, dall'altro lato, che venisse ordinato alla Commissione di ingiungere alle autorità spagnole della concorrenza la sospensione di tutti i procedimenti nazionali.

- 36 Con lettere depositate presso la cancelleria del Tribunale rispettivamente il 2 e il 9 dicembre 2005, la Gas Natural e il Regno di Spagna hanno chiesto di intervenire a sostegno della convenuta, ai sensi dell'art. 115, nn. 1 e 2, del regolamento di procedura.
- 37 Le due istanze di intervento sono state notificate alle parti, conformemente all'art. 116, n. 1, del regolamento di procedura.
- 38 Con lettera depositata presso la cancelleria del Tribunale il 15 dicembre 2005, la ricorrente ha chiesto che alcuni elementi degli atti del procedimento non fossero comunicati alle eventuali parti intervenienti, ai sensi dell'art. 116, n. 2, seconda frase, del regolamento di procedura.
- 39 Il 15 dicembre 2005, la Terza Sezione del Tribunale, cui la causa era stata assegnata, ha deciso di concedere il beneficio del procedimento accelerato nella causa in esame.
- 40 Con ordinanze 16 dicembre 2005, il presidente della Terza Sezione del Tribunale ha accolto le istanze di intervento della Gas Natural e del Regno di Spagna, riservandosi la decisione sulla fondatezza della domanda di trattamento riservato.
- 41 Con lettere depositate presso la cancelleria del Tribunale rispettivamente il 3 e il 4 gennaio 2006, la Gas Natural e il Regno di Spagna hanno espresso obiezioni riguardo al trattamento riservato di alcuni elementi degli atti del procedimento che erano stati loro comunicati.

- 42 Con lettera depositata presso la cancelleria del Tribunale l'11 gennaio 2006, la ricorrente ha ritirato la domanda di riservatezza nei confronti della Gas Natural per quel che riguarda il rapporto preparato dalla Deloitte SL, allegato al ricorso.
- 43 La Gas Natural e il Regno di Spagna hanno depositato le loro memorie di intervento rispettivamente il 12 e il 13 gennaio 2006.
- 44 Il 19 gennaio 2006 la Commissione ha depositato il proprio controricorso.
- 45 Con ordinanza 24 gennaio 2006 il presidente della Terza Sezione del Tribunale ha parzialmente accolto la domanda di trattamento riservato formulata dalla ricorrente, e ha ordinato la trasmissione alle parti intervenienti di una versione non riservata di tutti gli atti del procedimento, invitandole a presentare in udienza le loro osservazioni complementari al riguardo, ed ha riservato le spese.
- 46 Con ordinanza 1° febbraio 2006, causa T-417/05 R, Endesa/Commissione (Racc. 2006, pag. II-18*), il presidente del Tribunale ha respinto la domanda di provvedimenti provvisori, affermando che la ricorrente non aveva dimostrato che essa rischiava di subire un danno grave e irreparabile in assenza di provvedimenti provvisori, ed ha riservato le spese.
- 47 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Terza Sezione) ha deciso di avviare la fase orale del procedimento e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento, ha invitato le parti a rispondere ad una serie di quesiti scritti. Le parti hanno risposto a tali domande entro i termini impartiti.

48 Le difese delle parti e le loro risposte ai quesiti orali sono state ascoltate all'udienza del 9 marzo 2006.

Conclusioni delle parti

49 L'Endesa chiede che il Tribunale voglia:

- dichiarare il suo ricorso ricevibile;

- annullare la decisione;

- condannare la Commissione alle spese.

50 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:

- respingere il ricorso;

- condannare la ricorrente alle spese, comprese quelle relative al procedimento sommario.

51 Il Regno di Spagna chiede che il Tribunale voglia:

- respingere il ricorso;

- condannare la ricorrente alle spese.

52 La Gas Natural chiede che il Tribunale voglia:

- respingere il ricorso;

- condannare la ricorrente alle spese.

In diritto

53 A sostegno del suo ricorso la ricorrente deduce cinque motivi attinenti, in primo luogo, a vizi di procedura, in secondo luogo, a un'inversione dell'onere della prova e ad un difetto di motivazione, in terzo luogo, alla mancata utilizzazione dei conti redatti in base ai principi contabili IAS/IFRS, in quarto luogo, al rifiuto delle correzioni proposte e, in quinto luogo, ad una violazione dei criteri enunciati nella comunicazione, ad una mancanza di analisi e di motivazione e ad uno sviamento di potere.

Sul primo motivo, attinente a vizi di procedura

Sul primo capo, concernente l'adozione delle decisioni sulle richieste di rinvio prima della decisione

— Argomenti delle parti

54 Secondo l'Endesa, dal regolamento emerge con chiarezza che qualunque decisione basata sull'art. 22 dello stesso deve riferirsi ad un'operazione di concentrazione che rispetti le soglie di una o più regole nazionali e che non abbia dimensione comunitaria. Il meccanismo dell'art. 22 permetterebbe quindi alla Commissione di occuparsi di operazioni che, a priori, dovrebbero esulare dalle sue competenze.

55 Da ciò deriverebbe che, ai sensi dell'art. 22 del regolamento, la mancanza di dimensione comunitaria costituisce una condizione preliminare essenziale alla decisione di rinvio. Di conseguenza, secondo l'Endesa, poiché essa aveva formalmente chiesto alla Commissione di prendere posizione circa la dimensione comunitaria della concentrazione, l'istituzione poteva scegliere se respingere la richiesta senza avviare un procedimento, considerandola manifestamente infondata, o se avviare un procedimento e pronunciarsi formalmente su quale fosse l'autorità competente prima di statuire sulle richieste di rinvio. Inoltre, il fatto che il termine per statuire sulle richieste di rinvio sia previsto nel regolamento (dieci giorni lavorativi a decorrere dalla scadenza del termine imposto alle autorità nazionali per aderire ad una o più richieste) non può giustificare un'inversione dell'ordine logico cui è soggetto l'esame della Commissione. Poiché il regolamento non menziona gli incidenti procedurali relativi alla individuazione dell'autorità, ma gli incidenti riguardanti la competenza materiale (tramite le regole sui rinvii dell'art. 22), il termine previsto per i secondi dovrebbe applicarsi per analogia ai primi. Se la Commissione non disponeva di tutti gli elementi necessari per prendere una decisione e doveva chiedere informazioni complementari, la sua domanda di

informazioni avrebbe dovuto automaticamente sospendere il termine per statuire, nonché necessariamente i termini relativi all'adozione di tutti gli atti derivanti da esso, tra cui la decisione basata sull'art. 22.

56 L'Endesa sostiene che, nel caso di specie, erano trascorsi 38 giorni tra la prima richiesta di rinvio e la decisione della Commissione di respingere le richieste della Repubblica italiana e della Repubblica portoghese. Adottando le decisioni sul rinvio prima di stabilire la dimensione nazionale o comunitaria dell'operazione, la Commissione avrebbe anticipato l'esito della decisione, benché in essa abbia fatto figurare una riserva puramente formale sul punto. È quanto emergerebbe chiaramente dalla motivazione contenuta nella decisione sulle richieste di rinvio, secondo cui, tra l'altro, la Commissione non era l'autorità nella posizione migliore per statuire sull'operazione in questione. A prescindere dalla fondatezza di tale affermazione, sarebbe evidente che essa comporta un giudizio prematuro su almeno una delle valutazioni che la Commissione ha il compito di effettuare nell'esaminare un'operazione di dimensione comunitaria, ossia quella sulle eventuali richieste di rinvio basate sull'art. 9 del regolamento.

57 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che il motivo è semplicemente inconferente, che non vi è analogia tra la situazione di uno Stato membro che presenta una richiesta ai sensi dell'art. 22 e quella di un'impresa che chiede alla Commissione di prendere posizione sulla propria competenza; inoltre, le decisioni adottate sulle richieste presentate ai sensi dell'art. 22 non hanno compromesso le questioni relative alla competenza comunitaria, dato che essa si è espressamente pronunciata sulle dette richieste senza pregiudizio di tale aspetto.

— Giudizio del Tribunale

58 Secondo l'Endesa, la decisione avrebbe dovuto essere adottata prima della decisione sulle richieste di rinvio ai sensi dell'art. 22 del regolamento, dato che la mancanza di dimensione comunitaria costituisce un requisito preliminare essenziale a una decisione di rinvio.

- 59 L'art. 22, n. 1, del regolamento stabilisce che «[u]no o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione (...) che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 ma incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta (...)».
- 60 Va ricordato che il 19 settembre 2005 l'Endesa ha chiesto alla Commissione di pronunciarsi sulla sua competenza ad esaminare l'operazione di concentrazione. Con richiesta del 20 settembre 2005, l'autorità portoghese della concorrenza ha chiesto alla Commissione di accettare l'esame della concentrazione sulla base dell'art. 22 del regolamento. In seguito alla trasmissione da parte della Commissione agli altri Stati membri di questa richiesta di rinvio, il 7 ottobre 2005 l'autorità italiana della concorrenza ha informato la Commissione di volersi associare alla richiesta dell'autorità portoghese della concorrenza. La Commissione ha respinto queste richieste di rinvio il 27 ottobre 2005, ritenendo non dimostrato che l'operazione minacciava di incidere sulla concorrenza in Portogallo e in Italia e che la Commissione fosse in posizione migliore per valutare simili effetti.
- 61 In proposito va rilevato, da un lato, che il vizio lamentato dalla ricorrente non riguarda la decisione, ma soltanto le decisioni del 27 ottobre 2005 sulle richieste di rinvio, che non sono oggetto del presente ricorso. La censura è pertanto in ogni caso inconferente.
- 62 Occorre peraltro osservare che, come sostenuto dalla Commissione, la conseguenza giuridica degli argomenti dedotti dalla ricorrente non emerge con chiarezza. Infatti, se detti argomenti fossero accolti, ogni decisione, compresa una decisione che dichiara la dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione, adottata dopo le decisioni del 27 ottobre 2005 sulle richieste di rinvio, sarebbe viziata dall'asserita irregolarità e potrebbe quindi a sua volta essere annullata per gli stessi motivi invocati dalla ricorrente. Pertanto, ogni decisione presa dalla Commissione sulla richiesta dell'Endesa successivamente a tale data, anche se favorevole alla richiesta, dovrebbe essere annullata.

- 63 D'altro canto, si deve constatare che la ricorrente non ha dimostrato perché le decisioni del 27 ottobre 2005 sulle richieste di rinvio avrebbero pregiudicato la questione della competenza comunitaria, dal momento che tali decisioni al contrario indicano espressamente che esse venivano adottate senza compromettere la valutazione circa la dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione in esame.
- 64 Inoltre, non si può censurare la Commissione per aver statuito sulle richieste di rinvio prima che sulla dimensione comunitaria. Infatti, l'art. 22, n. 3, del regolamento impone alla Commissione di pronunciarsi entro dieci giorni su una richiesta di rinvio e prevede che, in mancanza, ne derivi una decisione implicita di accettazione del rinvio. La Commissione è quindi tenuta a pronunciarsi rapidamente sulla decisione di rinvio. Di conseguenza, se essa si fosse dovuta prima pronunciare sulla dimensione comunitaria, avrebbe dovuto farlo entro un termine inferiore a dieci giorni, e non sarebbe stata in grado di esaminare con tutta la necessaria attenzione il problema della dimensione comunitaria dell'operazione in questione.
- 65 Lungi dal nuocere agli interessi dell'Endesa, quindi, nel caso di specie il fatto che la Commissione abbia proseguito l'esame della dimensione comunitaria e abbia adottato la decisione solo dopo essersi pronunciata il 27 ottobre 2005 sulle richieste di rinvio ha permesso al contrario che la decisione sulla dimensione comunitaria fosse fondata su un esame attento di tutti gli elementi rilevanti.
- 66 Inoltre, l'argomento della ricorrente secondo cui il termine previsto per pronunciarsi sulle richieste presentate ai sensi dell'art. 22 del regolamento sarebbe sospeso, per analogia, fino alla soluzione della questione incidentale relativa alla determinazione della dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione dev'essere respinto. Infatti, nel regolamento nulla indica che il termine per pronunciarsi su una richiesta presentata ai sensi dell'art. 22 è sospeso in tali circostanze. Orbene, in tema di termini produttivi di effetti giuridici, qualsiasi motivo di sospensione dovrebbe essere espressamente previsto. Al riguardo, va ricordata l'importanza di garantire un

controllo delle operazioni di concentrazione entro termini compatibili sia con le esigenze di una buona amministrazione che con quelle del commercio (sentenza della Corte 25 settembre 2003, causa C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser e a./ Commissione, Racc. pag. I-9889, punto 34).

67 Pertanto, il primo capo del primo motivo dev'essere respinto.

Sul secondo capo, relativo alla mancanza di trasparenza e alla violazione dei diritti della difesa

— Argomenti delle parti

68 L'Endesa osserva che il regolamento non prevede procedure speciali per stabilire la dimensione comunitaria di un'operazione di concentrazione. Di conseguenza, nel rispondere alla richiesta formale dell'Endesa di statuire sulla determinazione dell'autorità competente a conoscere della concentrazione, la Commissione avrebbe dovuto chiaramente indicare quale era la procedura che avrebbe seguito, il che avrebbe permesso di garantire un minimo di certezza del diritto. L'Endesa avrebbe espressamente chiesto alla Commissione, fin dall'inizio della procedura, di informare le parti circa le regole della stessa, ma tale domanda non sarebbe stata presa in considerazione.

69 La procedura seguita dalla Commissione mancherebbe inoltre di trasparenza, poiché quest'ultima non avrebbe precisato all'Endesa quali erano esattamente i documenti resi noti alla Gas Natural, e parimenti non vi sarebbe stata una comunicazione completa degli argomenti da quest'ultima presentati alla Commissione. Soprattutto, benché il SDC fosse intervenuto come parte del procedimento, l'Endesa non avrebbe avuto comunicazione, né sarebbe stata avvertita, delle osservazioni da esso presentate, malgrado richieste esplicite e reiterate da essa formulate nelle sue lettere datate 23 settembre, 10 e 12 ottobre 2005.

- 70 La confusione e la mancanza di trasparenza delle regole procedurali applicate avrebbero costituito una flagrante violazione dei diritti della difesa. Lo stesso varrebbe per la trasmissione al SDC dei documenti dell'Endesa senza che ne fosse stata richiesta l'autorizzazione, con l'eccezione per la trasmissione della memoria iniziale direttamente rimessa al SDC da parte della ricorrente su richiesta della Commissione.
- 71 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che l'Endesa ha partecipato al procedimento in maniera sicuramente sufficiente a salvaguardarne gli interessi.

— Giudizio del Tribunale

- 72 In primo luogo, per quanto riguarda la censura riguardante il fatto che la Commissione non ha informato la ricorrente sulla procedura applicabile, va osservato che il regolamento non prevede procedure speciali per accertare la dimensione comunitaria di una concentrazione. Deve inoltre osservarsi che la ricorrente non ha dimostrato in che senso tale assenza di informazioni potrebbe pregiudicare la legalità della decisione.
- 73 In ogni caso, il fatto che la Commissione non abbia indicato alla ricorrente la procedura che intendeva seguire per esaminare la dimensione comunitaria o meno della concentrazione potrebbe compromettere la legalità della decisione adottata in esito a tale procedura solo se ne risultasse una violazione dei diritti della difesa. Orbene, come emerge dalle considerazioni che seguono, ciò non avviene nel caso di specie.
- 74 Per quel che riguarda, in secondo luogo, la censura della ricorrente secondo cui la Commissione non le avrebbe precisato quali erano esattamente i documenti portati a conoscenza della Gas Natural, va rilevato che la ricorrente non spiega in che modo

detta circostanza abbia potuto pregiudicare i suoi diritti o influire sul contenuto della decisione. Inoltre, né i diritti della difesa della ricorrente né il suo diritto di accesso al fascicolo esigono che essa venga informata anche dell'accesso di altri soggetti ad alcuni elementi del fascicolo. Di conseguenza, la censura dev'essere disattesa.

75 In terzo luogo, per quanto riguarda l'accusa secondo cui la Commissione non le avrebbe comunicato in modo completo gli argomenti presentati dalla Gas Natural, occorre osservare, in primo luogo, che la Commissione ammette che alcune informazioni riservate erano state omesse. Va inoltre rilevato che, come sottolinea la Commissione, la ricorrente non dimostra di aver domandato l'accesso alle informazioni considerate riservate. Infine, e soprattutto, la ricorrente non dimostra affatto che tali informazioni sarebbero state utili per la sua partecipazione al procedimento, o perché si tratta di informazioni citate nella decisione, o perché si tratta di informazioni idonee ad accertare la dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione. Peraltro, poiché la divergenza tra l'Endesa e la Commissione verteva in particolare sulla determinazione del fatturato dell'Endesa e non di quello della Gas Natural, le informazioni riservate della Gas Natural appaiono prive di incidenza al riguardo. Pertanto, la censura va respinta.

76 Per quanto riguarda, in quarto luogo, la censura riguardante il fatto che la Commissione non le avrebbe comunicato, in modo completo, gli argomenti presentati dal SDC, emerge dalla giurisprudenza (v., per analogia, sentenza del Tribunale 1° aprile 1993, causa T-65/89, BPB Industries e British Gypsum/Commissione, Racc. pag. II-389, punto 33), che la corrispondenza con gli Stati membri costituisce, in via di principio, un documento interno che non dev'essere comunicato ai soggetti che partecipano alla procedura. Inoltre, ai sensi dell'art. 17, n. 3, del regolamento n. 802/2004, il diritto di accesso al fascicolo non si estende alla corrispondenza tra la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri. In ogni caso, occorre constatare che la ricorrente non indica quali informazioni trasmesse dal SDC sarebbero state utilizzate dalla Commissione o avrebbero potuto pregiudicare i suoi diritti o influire sulla decisione. Di conseguenza, la censura è infondata.

77 Infine, riguardo, in quinto luogo, alla censura della ricorrente vertente sul fatto che la Commissione avrebbe comunicato alcuni documenti dell'Endesa al SDC senza avergliene chiesto l'autorizzazione, è sufficiente ricordare che, ai sensi dell'art. 19, n. 2, del regolamento, la Commissione conduce i procedimenti previsti dallo stesso in collegamento stretto e costante con le autorità competenti degli Stati membri e che, ai sensi del n. 1 del medesimo articolo, la Commissione trasmette entro tre giorni lavorativi alle autorità competenti degli Stati membri copia delle notifiche e, quanto prima, i documenti più importanti che le sono presentati o che essa ha emesso a norma del regolamento stesso. In ogni caso, va osservato che la ricorrente non ha dimostrato in che misura la comunicazione dei documenti al SDC abbia potuto incidere sulla legalità della decisione. Di conseguenza, la censura non può essere accolta.

78 Alla luce di quanto precede, il secondo capo del primo motivo dev'essere respinto.

Sul terzo capo, relativo alla mancata sospensione della procedura nazionale

— Argomenti delle parti

79 L'Endesa sostiene che, durante lo svolgimento della procedura relativa all'individuazione dell'autorità competente, la Commissione avrebbe dovuto chiedere la sospensione della procedura nazionale che si è svolta parallelamente dinanzi alle autorità spagnole della concorrenza e alle autorità di regolamentazione di tale paese. A suo avviso, la mancata richiesta di tale sospensione costituisce un grave vizio di procedura.

80 L'Endesa sostiene che la sospensione si imponeva in forza dell'art. 21, n. 3, del regolamento, il quale prevede l'obbligo per gli Stati membri di astenersi dall'applicare la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria, nonché in forza del dovere generale di collaborazione di cui all'art. 10 CE. Inoltre, si dovrebbe prendere in considerazione il fatto che se, al fine di evitare procedure parallele, l'art. 22 del regolamento impone la sospensione dei termini nazionali fino al momento in cui la Commissione statuisce sulla sua competenza, la stessa logica avrebbe dovuto applicarsi alla decisione sulla dimensione comunitaria o meno dell'operazione di concentrazione, dopo aver accertato l'esistenza di una lacuna nel regolamento. La Commissione avrebbe quindi dovuto chiedere la sospensione delle procedure nazionali.

81 L'Endesa fa osservare che la sospensione dell'esame delle richieste di rinvio fino alla pronuncia della decisione relativa all'autorità competente avrebbe dovuto essere automatica in forza dell'art. 22 del regolamento. Il fatto che la decisione sia stata adottata senza rispettare uno dei principi generali del sistema di controllo delle concentrazioni, ossia il principio dello sportello unico che consente di evitare procedure parallele, comunitaria e nazionale, vizierebbe la decisione di nullità. Inoltre, l'aver costretto l'Endesa ad agire simultaneamente dinanzi alle autorità comunitarie e a quelle nazionali avrebbe costituito una violazione dei diritti della difesa. Secondo una giurisprudenza costante, la violazione di tali diritti costituirebbe motivo di annullamento (sentenza della Corte 27 settembre 1988, cause riunite 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e 125/85-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, Racc. pag. 5193, e sentenza del Tribunale 22 ottobre 2002, causa T-310/01, Schneider Electric/Commissione, Racc. pag. II-4071).

82 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che, indipendentemente dal fatto che essa possieda realmente o meno i poteri che la ricorrente le riconosce, mai quest'ultima le avrebbe chiesto chiaramente di farne uso. Non può esistere peraltro un obbligo di sospensione per semplice analogia. Inoltre, il diritto di partecipare ad una procedura amministrativa non implicherebbe un diritto a partecipare ad una procedura amministrativa sola.

— Giudizio del Tribunale

- 83 Per quel che riguarda la censura attinente al fatto che la Commissione non ha chiesto alle autorità spagnole competenti di sospendere la procedura nazionale, è sufficiente osservare che essa è priva di pertinenza nell'ambito del presente ricorso. La ricorrente del resto non ha dimostrato in che modo la mancata sospensione della procedura nazionale avrebbe potuto compromettere la legalità della decisione, anche supponendo che essa sia dovuta ad un comportamento illecito della Commissione.
- 84 Infatti, in primo luogo, nei limiti in cui la ricorrente basa la sua censura riguardante la mancata sospensione delle procedure nazionali sull'art. 21, n. 3, del regolamento e sul dovere generale di collaborazione di cui all'art. 10 CE, è sufficiente sottolineare, così come fa la convenuta, che si tratterebbe eventualmente di un illecito commesso dal Regno di Spagna e non dalla Commissione. Pertanto, non vi sarebbero decisioni di tale istituzione all'origine del suddetto illecito, e comunque questo non comprometterebbe la legalità della decisione.
- 85 In secondo luogo, nei limiti in cui la censura è basata sull'art. 22, n. 2, terzo comma, del regolamento, che impone la sospensione dei termini nazionali fino al momento in cui la Commissione statuisca sulla propria competenza, va ricordato che non esiste analogia tra la situazione di uno Stato membro che presenta una richiesta di rinvio ex art. 22 e quella di un'impresa che chiede alla Commissione di prendere posizione sulla propria competenza, e che non può esistere un obbligo di sospensione per mera analogia.
- 86 In terzo luogo, per quanto riguarda l'argomento della ricorrente secondo cui la decisione è stata adottata senza rispettare il principio dello sportello unico e l'argomento secondo cui il fatto di aver costretto l'Endesa ad agire simultaneamente dinanzi alle autorità comunitarie e a quelle nazionali ha costituito una violazione dei diritti della difesa, è sufficiente osservare che la ricorrente, che ha essa stessa

richiesto l'intervento della Commissione, non ha dimostrato in che misura né perché avrebbe incontrato delle difficoltà a difendere la sua posizione simultaneamente davanti a più organi giudicanti, né perché tale circostanza avrebbe potuto influire sulla decisione. Occorre osservare peraltro che, in assenza di dimensione comunitaria, le imprese debbono spesso notificare le operazioni di concentrazione a più autorità nazionali.

87 Pertanto, il terzo capo del primo motivo dev'essere respinto.

88 Da quanto precede deriva che il primo motivo della ricorrente è infondato.

Sul secondo motivo, attinente all'inversione dell'onere della prova e al difetto di motivazione

Argomenti delle parti

89 L'Endesa sostiene che la motivazione della decisione è carente, poiché la Commissione non ha rispettato gli artt. 1, 5 e 21 del regolamento. Benché nessuna disposizione del regolamento lo indichi espressamente, la Commissione sarebbe tenuta a determinare l'autorità competente in base alla sua competenza esclusiva a conoscere delle operazioni aventi dimensione comunitaria (sentenza Schlüsselverlag J. S. Moser e a./Commissione, cit. supra al punto 66). Questa competenza esclusiva della Commissione le imporrebbe di stabilire se è applicabile l'art. 1 del regolamento. A tale scopo, essa dovrebbe precisare e accertare il fatturato realizzato dalle imprese interessate nel corso dell'ultimo esercizio contabile, conformemente alle regole enunciate dall'art. 5 del regolamento.

- 90 L'Endesa sostiene che la Commissione non può invertire l'onere della prova riguardo all'individuazione dell'autorità competente. Data la sua competenza esclusiva a stabilire quale sia l'autorità competente a conoscere di una concentrazione, la Commissione sarebbe tenuta in via esclusiva a verificare e, soprattutto, a provare il fatturato delle imprese interessate.
- 91 La Commissione baserebbe invece la decisione sul fatto che l'Endesa non ha fornito prove sufficienti a dimostrare la necessità di utilizzare i conti redatti secondo i principi IAS/IFRS e di procedere ad una serie di correzioni in applicazione della comunicazione. Tale motivo sarebbe inaccettabile a causa della stessa natura delle regole applicabili riguardo alla determinazione dell'autorità competente, regole che sarebbero di ordine pubblico. Si tratterebbe di una motivazione contraria ad ogni logica e ai principi elementari dell'ordinamento giuridico comunitario, tanto più che la Commissione avrebbe potuto contare sulla totale collaborazione dell'Endesa e avrebbe potuto chiederle qualunque informazione supplementare ritenuta rilevante. In realtà, la Commissione avrebbe dedicato quasi tutti i due mesi di durata della procedura all'esame di aspetti che alla fine non sono stati trattati nella decisione.
- 92 La decisione, considerando che spetta ai singoli convincere la Commissione della sua esclusiva competenza, sarebbe viziata da un grave difetto di motivazione, poiché spetterebbe alla Commissione, in seguito ad una denuncia o d'ufficio, determinare con certezza le materie rientranti nella sua competenza, nell'ambito delle responsabilità che il Trattato le impone come sua guardiana.
- 93 A tal riguardo, l'Endesa si richiama alla sentenza del Tribunale 21 settembre 2005, causa T-87/05, EDP/Commissione (Racc. pag. II-3745), nella quale il Tribunale avrebbe ricordato, nell'ambito dell'applicazione di un'altra comunicazione sulle concentrazioni, relativa agli impegni, che la Commissione non poteva invertire l'onere della prova imponendo alle parti un obbligo basato unicamente sulla comunicazione e privo di fondamento giuridico nel regolamento. Spetterebbe alla

parte interessata fornire alla Commissione tutti gli elementi necessari alla valutazione dell'operazione, mentre la Commissione sarebbe tenuta a procedere a tale valutazione senza invertire l'onere della prova.

94 Al fine di condurre a buon fine tale valutazione, la Commissione disporrebbe di importanti strumenti procedurali come la richiesta di informazioni. La Commissione avrebbe così potuto fare appello ad esperti indipendenti per verificare i conti dell'Endesa se lo avesse ritenuto necessario e avrebbe avuto due mesi per condurre a termine un'analisi dettagliata ed esaustiva della maniera migliore per stabilire il fatturato dell'Endesa nel 2004.

95 Inoltre, nessun elemento del fascicolo portato dinanzi alla Commissione permetterebbe di affermare che le informazioni fornite dall'Endesa erano insufficienti. Al termine di una procedura durante la quale l'Endesa ha collaborato il più strettamente possibile con la Commissione, non si può affermare che le informazioni fornite fossero insufficienti.

96 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che il dibattito svoltosi nel corso della procedura dinanzi ad essa era essenzialmente giuridico e che, nella decisione, essa ha risposto agli argomenti della ricorrente non perché riteneva che su quest'ultima incombesse l'onere della prova, ma perché il dovere di motivare le sue decisioni include l'obbligo di rispondere agli argomenti presentati dalle parti quando vengono respinti.

Giudizio del Tribunale

97 Secondo l'Endesa, la Commissione ha invertito l'onere della prova riguardo all'individuazione dell'autorità competente ad esaminare l'operazione di concen-

trazione, basando la sua decisione sul fatto che l'Endesa non aveva fornito prove sufficienti a dimostrare la necessità di utilizzare i conti redatti secondo i principi IAS/IFRS e di procedere ad una serie di correzioni.

98 Va ricordato che si ritiene che una concentrazione abbia dimensione comunitaria quando il fatturato complessivo delle imprese interessate supera le soglie previste dal regolamento. Conformemente al diciassettesimo 'considerando' del regolamento, fatto salvo il controllo della Corte, è conferita alla Commissione una competenza esclusiva per l'applicazione del regolamento. Ai sensi dell'art. 1, n. 1, dello stesso, il regolamento si applica a tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria. Pertanto, quando l'operazione di concentrazione ha dimensione comunitaria, la Commissione ha una competenza esclusiva ad esaminarla. Tuttavia, da ciò non deriva automaticamente che la Commissione abbia una competenza esclusiva a stabilire se una concentrazione possiede dimensione comunitaria.

99 Occorre rilevare al riguardo che, ai sensi del regolamento, spetta in primo luogo alle imprese interessate effettuare una prima valutazione della dimensione della concentrazione e stabilire di conseguenza a quali autorità occorra notificare il progetto di concentrazione. In secondo luogo, quando, come nel caso di specie, un'operazione di concentrazione non è notificata alla Commissione, ma alle autorità di uno o più Stati membri, spetta a queste ultime verificare che la concentrazione ad esse sottoposta non è di dimensione comunitaria, in particolare alla luce dell'obbligo di leale cooperazione derivante dall'art. 10 CE e alla luce dell'art. 21 del regolamento, che prevede la competenza esclusiva della Commissione a esaminare la compatibilità delle concentrazioni di dimensione comunitaria e il correlativo divieto per gli Stati membri di applicare la loro normativa nazionale sulla concorrenza a tali concentrazioni. Vero è che in tale ipotesi la Commissione può sempre decidere che la concentrazione, contrariamente al parere delle autorità degli Stati membri, ha effettivamente una dimensione comunitaria e rientra nella sua competenza esclusiva.

100 Inoltre, nel regolamento sul controllo delle concentrazioni non vi sono disposizioni specifiche che prevedano espressamente a carico della Commissione un obbligo di

assicurarsi d'ufficio che ogni operazione di concentrazione che non le viene notificata non sia effettivamente di dimensione comunitaria. Tuttavia, emerge dalla giurisprudenza che, nel caso in cui le venga presentata una denuncia da parte di un'impresa secondo cui una concentrazione non notificata alla Commissione è di dimensione comunitaria, la Commissione è tenuta a pronunciarsi in base al principio della sua competenza quale autorità di controllo (sentenza Schlüsselverlag/ Commissione, cit. supra al punto 66, punti 27 e 28). In tale contesto, in linea di principio è il denunziante che è tenuto a dimostrare la fondatezza della propria denuncia, fermo restando che spetta alla Commissione, nell'interesse di una buona amministrazione, procedere ad un esame diligente e imparziale delle denunce che le vengono sottoposte e rispondere motivatamente agli argomenti dedotti dal denunziante al fine di verificare se la concentrazione rientri nella competenza esclusiva della Commissione.

- 101 Da quanto precede risulta che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la Commissione non è tenuta in linea di principio a dimostrare di non essere competente a statuire su una concentrazione che non le è stata notificata e a dimostrare che tale operazione non è di dimensione comunitaria, e questo anche ove le fosse presentata una denuncia.
- 102 In ogni caso, deve rilevarsi che, al contrario di quanto sostenuto dalla ricorrente, la Commissione non si è limitata a constatare che l'Endesa non aveva dimostrato che la concentrazione avesse dimensione comunitaria, ma ha effettivamente esaminato in dettaglio gli elementi relativi alla dimensione della concentrazione, ed ha concluso che l'operazione non aveva dimensione comunitaria, respingendo gli argomenti della ricorrente.
- 103 Si evince difatti da una lettura della decisione che la Commissione ha effettivamente spiegato le ragioni per cui non aveva ritenuto opportuno né utilizzare i conti IAS/IFRS né effettuare le correzioni proposte.

104 In primo luogo, per quanto riguarda l'asserita necessità di utilizzare i conti redatti sulla base dei principi IAS/IFRS, la Commissione ha indicato, in primo luogo, al punto 20 della decisione, che dall'art. 1 del regolamento e dalla comunicazione deriva il principio generale secondo cui il fatturato dev'essere calcolato sulla base dei conti certificati, e che solo in circostanze eccezionali la Commissione può discostarsi da tale principio. Essa inoltre ha concluso che, essendo appurato che, sulla base del fatturato indicato nei conti dell'Endesa certificati per il 2004, la società ha realizzato oltre due terzi del suo fatturato nella Comunità all'interno della Spagna, spetta dunque all'Endesa fornire elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di circostanze eccezionali che giustificano il riferimento a fatturati diversi da quello indicato nei suoi conti certificati (punto 21 della decisione).

105 Vero è che la Commissione ha affermato in seguito che l'Endesa non ha fornito tali elementi sufficienti (punto 23 della decisione). Tuttavia, la Commissione ha spiegato per quali ragioni non sussistevano nel caso di specie le suddette circostanze eccezionali ed ha indicato i motivi per cui bisognava accordare preferenza alla contabilità redatta secondo i principi contabili generali (in prosieguo: i «PCGA»), respingendo gli argomenti invocati dalla ricorrente.

106 In tale senso, anzitutto la Commissione ha indicato nella decisione, da un lato, che l'Endesa era legalmente tenuta a redigere i suoi conti consolidati ufficiali per il 2004 sulla base dei PCGA e, dall'altro lato, che tale esigenza era conforme ai principi contabili comunitari allora applicabili. Essa inoltre spiega che l'Endesa non era tenuta a compilare conti consolidati certificati conformi ai principi IAS/IFRS prima dell'anno che iniziava il 1° gennaio 2005. Essa aggiunge che l'Endesa era obbligata a redigere conti IAS/IFRS per il 2004 unicamente allo scopo di confrontare i nuovi conti IAS/IFRS dell'esercizio 2005 con la contabilità dell'anno precedente, il che spiega anche perché l'Endesa non fosse tenuta a far verificare i propri conti IAS/IFRS per il 2004. Essa inoltre osserva che detti conti non sono definitivi e possono essere modificati nei limiti i cui i principi IAS/IFRS, sulla cui base va redatta la contabilità del 2005, non sono ancora stati del tutto messi a punto.

- 107 Poi, la Commissione ha spiegato nella decisione che l'obiettivo di misurare la forza economica delle imprese non impone, né le consente, in un singolo caso di applicazione degli artt. 1 e 5 del regolamento, di procedere ad una valutazione generale dei meriti dei diversi approcci contabili previsti dal diritto comunitario o dalla legge degli Stati membri, specie quando esistano soltanto conti certificati sulla base di un unico principio contabile e questo fosse quello richiesto tanto dal diritto nazionale quanto dal diritto comunitario all'epoca che rileva. La Commissione ha spiegato che ciò sarebbe in contrasto con obiettivi altrettanto validi, come quello di applicare criteri semplici e oggettivi per stabilire la competenza della Commissione in materia di concentrazione e quello di rispettare il principio generale della certezza del diritto. Essa ha dichiarato che il suo ruolo si limita a esaminare alcune correzioni imposte dall'art. 5 del regolamento (punto 25 della decisione).
- 108 La decisione precisa inoltre che, sebbene il legislatore comunitario abbia ritenuto che i principi IAS/IFRS adottati dal regolamento n. 1606/2002 dovrebbero permettere di ottenere una rappresentazione fedele della situazione finanziaria di un'impresa, ciò non implica, ipso facto, la superiorità tecnica di tali principi contabili, dato che la stessa esigenza di rappresentazione fedele era altresì presente nella normativa comunitaria che regolava i precedenti principi contabili nazionali (punto 26 della decisione).
- 109 Infine, la Commissione ha spiegato nella decisione che non riteneva, nel caso di specie, che l'uso dei conti IAS/IFRS fosse preferibile per garantire un'applicazione uniforme delle norme sul controllo delle operazioni di concentrazione. Essa spiega che l'uso dei conti IAS/IFRS non certificati nel caso in esame avrebbe creato una disparità di trattamento rispetto all'insieme delle cause in cui la Commissione si era basata su conti certificati dell'esercizio 2004 redatti in base alle norme nazionali.
- 110 Alla luce di quanto precede, si deve constatare che la Commissione non ha fatto gravare sulla ricorrente l'onere di provare la dimensione comunitaria o nazionale dell'operazione di concentrazione ma, da un lato, ha esaminato la dimensione di tale

operazione e indicato i motivi per cui conveniva nel caso di specie basarsi sui conti redatti secondo i PCGA (v., per analogia, sentenza EDP/Commissione, cit. supra al punto 93, punto 73) e, dall'altro lato, ha constatato che la ricorrente non aveva dedotto argomenti tali da rimettere in discussione questa analisi.

- 111 Lo stesso dicasi per quel che riguarda, in secondo luogo, l'asserita necessità di effettuare una serie di correzioni. Vero è che, sia per quel che riguarda la correzione «pass through», sia quella relativa agli scambi di gas, la Commissione ha ribadito nella decisione (punti 32 e 38) che l'Endesa non ha fornito elementi sufficienti a persuaderla che simili correzioni dei suoi conti certificati si giustificavano in forza dell'art. 5 del regolamento e della comunicazione. Tuttavia, va rilevato come la Commissione, pur respingendo gli argomenti della ricorrente, abbia indicato le ragioni per cui essa non ha ritenuto opportuno effettuare le correzioni proposte, senza procedere ad inversioni dell'onere della prova.
- 112 Infatti, anzitutto, per quel che riguarda la correzione «pass through», la Commissione ha osservato nella decisione (punti 30-36) che la comunicazione non si riferisce alla nozione di reddito traslato (in parte) proveniente dalla vendita di prodotti e dalla fornitura di servizi. Essa ha aggiunto che le imprese spagnole di distribuzione di elettricità non si possono assimilare ad imprese che si limitano ad una funzione di intermediazione e il cui fatturato sia costituito unicamente dall'ammontare delle provvigioni da esse riscosse. La Commissione ha peraltro osservato che il rischio di mancato pagamento da parte dei consumatori finali del prezzo regolamentato della fornitura di elettricità è sopportato dalle società di distribuzione e non dai gestori delle reti di trasporto, dai produttori di elettricità o dal consorzio.
- 113 Per quanto riguarda, poi, la correzione relativa agli scambi di gas, nella decisione (punti 37-40) la Commissione ha considerato che tali scambi dovrebbero essere considerati come operazioni con cui l'Endesa vende e acquista una quantità corrispondente di gas, il che sarebbe dimostrato dal fatto che tali operazioni

vengono fatturate a parte. Essa ha inoltre spiegato che il fatto che il prezzo di vendita e di acquisto sia lo stesso non è rilevante al riguardo e significa solo che l'Endesa non realizza alcun margine di profitto su queste operazioni complessivamente considerate.

- 114 Ne deriva che la Commissione non ha neppure fatto gravare sulla ricorrente l'onere della prova in merito a tali correzioni. Al contrario, essa ha esaminato le correzioni proposte e ha indicato i motivi per cui ha ritenuto di non dovervi procedere.
- 115 Si deve peraltro osservare che la Commissione non può essere tenuta ad assicurarsi d'ufficio in ciascun caso che i conti certificati che le sono stati presentati riflettano fedelmente la realtà, né a procedere all'esame di tutte le correzioni ipotizzabili. Solo qualora la sua attenzione venga attirata su problemi specifici la Commissione è tenuta ad esaminarli, come ha fatto nel caso di specie.
- 116 Infine, la ricorrente sostiene, in terzo luogo, che nel fascicolo portato dinanzi alla Commissione non vi sono elementi in base ai quali sia possibile affermare che le informazioni da essa fornite erano insufficienti. Essa inoltre fa rilevare che, al termine di una procedura durata circa due mesi, durante la quale ha collaborato nel modo più stretto possibile con la Commissione, che le avrebbe potuto chiedere qualsiasi informazione complementare ritenuta rilevante, non è possibile affermare che le informazioni fornite erano insufficienti.
- 117 Al riguardo, basta osservare che nella decisione la Commissione non si è affatto limitata a dichiarare che le informazioni fornite dall'Endesa erano insufficienti. Inoltre, come la Commissione mette in rilievo, il dibattito svoltosi nel corso della procedura dinanzi ad essa aveva carattere sostanzialmente giuridico e verteva sull'interpretazione delle disposizioni applicabili. Dai motivi che sono stati accolti

nella decisione per rifiutare la presa in considerazione dei conti redatti sulla base dei principi IAS/IFRS e le correzioni proposte, emerge che la Commissione non ha accusato la ricorrente di non averle fornito le informazioni fattuali necessarie, ma ha messo in rilievo che gli argomenti della ricorrente non erano convincenti.

118 In ogni caso, poiché l'Endesa sosteneva l'opportunità di non utilizzare i suoi conti certificati e di effettuare correzioni che non corrispondevano ad una prassi abituale e non erano previste da nessuna norma vigente, essa si trovava nella situazione di un denunziante ai sensi della sentenza Schlüsselerlag J. S. Moser e a./Commissione, cit. supra al punto 66. Pertanto, essa era tenuta a precisare i propri argomenti e a dimostrarne la fondatezza, tenuto conto in particolare dell'imperativo di celerità che caratterizza le procedure di controllo delle concentrazioni. Tanto meno la ricorrente può lamentare una presunta inversione dell'onere della prova, dato che intendeva contestare la sua propria contabilità e doveva quindi avere una conoscenza precisa di tutti gli elementi rilevanti.

119 Dalle considerazioni che precedono emerge che il secondo motivo è infondato.

Sul terzo motivo, attinente alla mancata utilizzazione dei conti redatti secondo i principi contabili IAS/IFRS

120 La ricorrente divide il suo motivo in tre capi, relativi, rispettivamente, a una mancata utilizzazione dei principi IAS/IFRS in quanto unici principi contabili in vigore, alla preponderanza dei principi contabili IAS/IFRS e, infine, ad errori di diritto ed errori manifesti di valutazione che viziano il rigetto dei conti redatti secondo i principi contabili IAS/IFRS.

Sul primo capo, attinente alla mancata utilizzazione dei principi IAS/IFRS in quanto unici principi contabili in vigore

— Argomenti delle parti

- 121 L'Endesa sostiene che la Commissione non si è pronunciata sul fatto che il 5 settembre 2005, giorno in cui è stata annunciata l'OPA, i soli principi contabili in vigore erano i principi IAS/IFRS. In seguito alla sostituzione di tutti i riferimenti nazionali in tema di contabilità con i principi IAS/IFRS, gli unici conti consolidati che si potevano prendere in considerazione per stabilire la dimensione comunitaria della concentrazione sarebbero stati quelli redatti secondo i principi contabili in vigore.
- 122 L'Endesa fa osservare che la dimensione comunitaria di un'operazione dev'essere determinata alla data in cui sorge l'obbligo di notificazione. Nel presente caso, l'obbligo di notificazione sarebbe sorto alla data dell'annuncio dell'OPA. Secondo l'art. 5 del regolamento, il fatturato comprenderebbe gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi corrispondenti alle normali attività dell'ultimo esercizio. Questo riferimento alle attività dell'ultimo esercizio sarebbe una semplice convenzione formale cui il legislatore ricorre dinanzi all'impossibilità di tener conto del fatturato dell'esercizio in corso al momento della notifica dell'operazione. Il fatto che sia obbligatorio far riferimento, per ragioni pratiche, all'esercizio precedente non significherebbe che debbano o possano essere applicate norme giuridiche abrogate o principi contabili del passato.
- 123 Per stabilire il fatturato allo scopo di accertare la dimensione comunitaria dell'operazione, sarebbe quindi indispensabile tener presente che i soli principi contabili validi erano quelli in vigore alla data in cui è stata annunciata l'OPA della Gas Natural. Poiché i conti messi in conformità esistevano a tale data e per di più

erano pubblici e definitivi, la Commissione avrebbe dovuto utilizzare esclusivamente tali conti nel valutare la dimensione comunitaria della concentrazione.

- 124 La decisione non avrebbe tenuto conto del fatto che la determinazione del fatturato a livello europeo segue principi assai diversi da quelli vigenti in altri sistemi giuridici, come quello degli Stati Uniti. In tale paese, la competenza in tema di concentrazione sarebbe sì stabilita sulla base dei risultati ottenuti nel corso dell'esercizio precedente, ma senza prendere in considerazione quanto accaduto dopo la chiusura di detto esercizio. Il legislatore comunitario avrebbe, al contrario, preferito utilizzare il criterio della forza economica reale delle imprese interessate al momento della notificazione.
- 125 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che invocare il fatto che la nuova normativa contabile era in vigore nel settembre 2005 serve solo a dissimulare che i conti del 2004 dovevano essere obbligatoriamente redatti secondo i PCGA.

— Giudizio del Tribunale

- 126 L'Endesa sostiene che la Commissione non ha tenuto conto del fatto che, il giorno in cui è stata annunciata l'OPA, gli unici principi contabili in vigore erano i principi IAS/IFRS, il che vizierebbe la decisione di nullità.
- 127 Va ricordato che, ai sensi dell'art. 5 del regolamento, «[i]l fatturato totale (...) comprende gli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi realizzati dalle imprese interessate nell'ultimo esercizio e corrispondenti alle loro normali attività».

128 Come riconosciuto dalla ricorrente, il regolamento si riferisce necessariamente, per ragioni pratiche, al fatturato dell'esercizio precedente. Il motivo è che di solito esiste una contabilità certificata solo per l'ultimo esercizio completo, mentre quella relativa a periodi più recenti è priva delle garanzie offerte dai conti certificati.

129 Nel caso di specie, è pacifico che i conti dell'ultimo esercizio, ai sensi dell'art. 5 del regolamento, sono quelli relativi all'esercizio 2004. Va ricordato inoltre che un'impresa tenuta a redigere una contabilità annua soggetta a verifica dispone di un unico tipo di conti ufficiali, ossia quelli redatti e certificati conformemente alla normativa applicabile. Ora, non si può negare che i conti annuali della ricorrente per l'esercizio 2004, che erano soggetti all'obbligo di verifica, dovevano imperativamente essere redatti secondo i PCGA spagnoli. Se avesse presentato per l'esercizio 2004 una contabilità tenuta secondo le norme IFRS, la ricorrente non avrebbe d'altronde adempiuto i propri obblighi giuridici in Spagna. Ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 1606/2002, i principi IFRS sono applicabili ed obbligatori solo a partire dall'esercizio 2005. La «messa in conformità» dei conti dell'esercizio 2004 con i principi IFRS è prevista dal regolamento n. 707/2004 unicamente al fine di facilitare la transizione dai principi precedenti ai nuovi fornendo agli azionisti e agli investitori un riferimento sulla base del quale confrontare i conti dell'esercizio 2005, che sono i primi conti redatti secondo i nuovi principi. Inoltre, i conti oggetto di «messa in conformità» dell'esercizio 2004, compilati unicamente ai fini di confronto, non offrono le medesime garanzie dei conti ufficiali redatti conformemente ai PCGA e soggetti a verifica. Di conseguenza, l'argomento della ricorrente attinente al fatto che la nuova normativa contabile IFRS era in vigore alla data dell'annuncio dell'OPA, il 5 settembre 2005, è privo di rilevanza.

130 Va inoltre osservato che l'argomento della ricorrente porterebbe a scartare, ogni volta che si verificano cambiamenti nella normativa contabile, i conti ufficiali certificati e ad esigere una nuova elaborazione degli stessi conformemente a principi divenuti applicabili nel momento in cui sorge l'obbligo di notificazione, il che non è ragionevole né prudente, in quanto i nuovi conti non certificati non offrono le stesse garanzie dei conti ufficiali soggetti a verifica.

131 La ricorrente è in torto anche quando sostiene che la Commissione ha applicato norme giuridiche abrogate. La Commissione, in realtà, non applica alcuna norma contabile, ma si riferisce, come le impone il regolamento, ai conti delle imprese relativi all'ultimo esercizio, i quali costituiscono un fatto situato nel passato e che devono essere valutati in base alle norme che erano loro applicabili. Nel caso di specie, poiché i conti della ricorrente per l'esercizio 2004 dovevano essere redatti, come sopra osservato, conformemente ai PCGA, la ricorrente non può affermare che la Commissione non ha tenuto conto dell'ambito di applicazione temporale delle norme in questione. Poiché il regolamento n. 1606/2002 ha reso obbligatoria l'applicazione dei principi IFRS solo a partire dall'esercizio 2005, è invece la tesi della ricorrente che porterebbe ad attribuirgli una portata retroattiva, applicandolo ai conti dell'esercizio 2004. Né il regolamento n. 1606/2002 né il regolamento n. 707/2004 permettono di supporre, del resto, che il legislatore comunitario abbia avuto intenzione di escludere i conti ufficiali redatti secondo i principi contabili nazionali in vigore e di sostituirli, in modo generale o ai fini del regolamento sul controllo delle concentrazioni, con i conti dell'esercizio 2004 conformati agli IFRS e redatti unicamente a titolo comparativo.

132 Per quanto riguarda, infine, l'argomento secondo cui la decisione non avrebbe tenuto conto del fatto che la determinazione del fatturato a livello europeo segue principi diversi da quelli esistenti in altri sistemi giuridici, occorre innanzi tutto osservare che il sistema statunitense non fa che confermare la necessità di poter stabilire in modo rapido e prevedibile se una concentrazione debba essere notificata ed eventualmente dinanzi a quale autorità. Va inoltre osservato che benché, a differenza di quello degli Stati Uniti, il sistema comunitario permetta di tener conto di avvenimenti sopraggiunti nella vita dell'impresa dopo la chiusura dell'ultimo esercizio contabile, come cessioni o acquisizioni di imprese durante l'esercizio in corso, tale ipotesi mira, in linea di principio, come risulta dalla comunicazione, a tener conto dei cambiamenti sopraggiunti nella situazione economica dell'impresa e non ad operare una revisione completa del trattamento contabile di una realtà economica rimasta stabile. Far dipendere in ogni caso l'applicabilità del regolamento comunitario sulle concentrazioni da un riesame completo da parte della Commissione della contabilità delle imprese interessate sarebbe contrario ai principi generali di certezza del diritto e di rapidità perseguiti dal legislatore comunitario.

133 Da ciò deriva che il primo capo del terzo motivo dev'essere respinto.

Sul secondo capo, relativo alla prevalenza dei principi contabili IAS/IFRS

— Argomenti delle parti

- ¹³⁴ L'Endesa sostiene che la Commissione avrebbe quanto meno dovuto accertare quali fossero i principi contabili, se gli IAS/IFRS o i PCGA, che avrebbero permesso di determinare nel modo più preciso possibile il fatturato reale corrispondente all'esercizio contabile 2004. Essa aggiunge che, a tal fine, la Commissione avrebbe semplicemente dovuto analizzare le caratteristiche dei diversi principi contabili e dei due bilanci che erano a sua disposizione, essendo entrambi validi, legali e definitivi.
- ¹³⁵ Secondo l'Endesa, ove fosse stata effettuata, tale analisi avrebbe portato necessariamente ad attribuire la preferenza ai conti IAS/IFRS, dato che questi privilegiano più la sostanza che la forma, al contrario delle norme dei PCGA che seguono la direzione esattamente opposta: alcune transazioni, benché prive di contenuto economico effettivo, vengono incluse nella contabilità sulla base di elementi puramente formali.
- ¹³⁶ L'Endesa osserva che la motivazione della decisione (punto 20) muove dall'affermazione che, per principio generale, il fatturato dev'essere calcolato sulla base dei conti certificati dell'impresa, mentre la Commissione potrebbe discostarsi da tale principio solo in circostanze eccezionali. Questo ragionamento sarebbe manifestamente erroneo. Non solo sembrerebbe suggerire che l'obbligo della Commissione di determinare correttamente la dimensione comunitaria si limita ad una semplice verifica dei conti certificati delle imprese interessate, ma si baserebbe per di più su un'interpretazione deliberatamente incompleta delle stesse prassi della Commissione, nonché della comunicazione, poiché assegna la stessa importanza ai conti certificati e ad altri aventi carattere definitivo. Nella decisione, la Commissione ricorderebbe il punto 26 della comunicazione, ma nella motivazione dimentiche-

rebbe che tale punto fa sì riferimento ai conti certificati, ma anche ad altri conti «aventi carattere definitivo», fermo restando che si possono utilizzare conti non definitivi solo in circostanze eccezionali.

137 L'Endesa sostiene che la decisione costituisce una rinuncia inaccettabile da parte della Commissione agli obblighi che le incombono in forza del diritto comunitario, il quale le impone di esercitare le sue competenze esclusive senza nascondersi dietro presunzioni circa la supposta conformità dei conti certificati. Tale presunzione, che sarebbe una creazione ad hoc della Commissione, non troverebbe fondamento in nessuna delle disposizioni del regolamento, il quale evita non solo di far riferimento al fatto che i conti siano stati o meno assoggettati a revisione, ma per di più sancisce un obbligo preciso ed incondizionato, a carico della Commissione, di stabilire in ciascun caso il fatturato effettivo delle imprese interessate. Il riferimento ai conti certificati comparirebbe solo nella comunicazione della Commissione, che non è comunque in grado di modificare il tenore o la portata del regolamento. Il minimo conflitto tra i due sarebbe soggetto al principio della gerarchia delle norme (sentenze della Corte 28 gennaio 1992, causa C-266/90, Soba, Racc. pag. I-287; 16 giugno 1994, causa C-322/93 P, Peugeot/Commissione, Racc. pag. I-2727, e sentenza del Tribunale 12 dicembre 1996, causa T-380/94, AIUFFASS e AKT/Commissione, Racc. pag. II-2169). Tuttavia, nel caso di specie la comunicazione porrebbe sul medesimo piano i conti certificati e altri conti a carattere definitivo, ossia quelli relativi ad un esercizio fiscale completo e chiuso.

138 L'Endesa fa inoltre osservare che la posizione della Commissione al riguardo è in contraddizione con la sua stessa prassi. Difatti, in una precedente causa (M.705 Deutsche Telekom/SAP), la Commissione avrebbe accettato l'uso di conti non certificati più recenti, dato che presentavano notevoli differenze rispetto ai conti certificati ed erano i soli a dimostrare la dimensione comunitaria dell'operazione. La Commissione avrebbe accettato l'uso di conti non certificati anche nella causa M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroeléctrica del Cantábrico.

139 L'Endesa sostiene che la Commissione ha commesso un errore supplementare quando ha ritenuto che i conti consolidati dell'Endesa, redatti secondo i principi IAS/IFRS, comunicati al mercato cinque mesi prima che venisse annunciata l'OPA, non costituissero conti definitivi. La Commissione non avrebbe preso in

considerazione il fatto che i conti IAS/IFRS costituivano un ravvicinamento dei conti certificati del 2004 ai nuovi principi contabili, né il fatto che tutte le imprese quotate in Borsa hanno presentato alla Comisión Nacional del Mercado de Valores (Commissione nazionale per il mercato dei valori, in prosieguo: la «CNMV») la propria contabilità consolidata del 2004 che aveva costituito oggetto di ravvicinamento ai principi contabili IAS/IFRS (in prosieguo: i «conti messi in conformità»), nonché tutte le informazioni periodiche per il 2004, né il fatto che è quest'ultima contabilità ad essere presa come riferimento dal mercato.

¹⁴⁰ La Commissione quindi non solo avrebbe violato le norme di competenza, introducendo una presunzione inesistente nel regolamento, a favore dei conti certificati, ma avrebbe anche commesso un errore manifesto di valutazione considerando che i conti IAS/IFRS non fossero definitivi. Inoltre, la motivazione a questo proposito sarebbe contraddittoria, poiché la Commissione suggerisce, da un lato, che i conti IAS/IFRS non vengono presi in considerazione perchè non sono certificati (dimenticando il riferimento ad altri conti «aventi carattere definitivo» contenuto al punto 26 della comunicazione) e afferma, dall'altro lato, che essi vengono respinti perchè non si tratta di conti definitivi. La decisione dovrebbe pertanto essere annullata a causa di tali vizi e perchè non stabilisce quali sono i conti consolidati del 2004 più vicini ai requisiti di cui all'art. 5 del regolamento.

¹⁴¹ La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che la ricorrente parte dalla premessa errata secondo cui i PCGA e i conti IAS/IFRS per il 2004 hanno identico status e aggiunge che i conti IAS/IFRS per il 2004 presentati dalla ricorrente non possono essere considerati come definitivi.

— Giudizio del Tribunale

¹⁴² Per quanto riguarda, in primo luogo, la presunta maggiore adeguatezza dei conti messi in conformità della ricorrente, va ricordato innanzi tutto che la Commissione, ai punti 19-27 della decisione, ha spiegato per quali ragioni il fatturato della

ricorrente doveva essere determinato in base alla contabilità ufficiale redatta secondo i PCGA e non sulla base dei conti messi in conformità. Come poc'anzi osservato, giustamente essa ha rilevato a questo proposito che l'Endesa era legalmente tenuta a redigere i propri conti consolidati ufficiali per l'esercizio 2004 secondo i PCGA, che tale esigenza rispondeva ai principi contabili comunitari applicabili all'epoca e che i conti messi in conformità dovevano essere compilati unicamente a titolo comparativo.

143 Va inoltre rilevato che, come indicato ai punti 25 e 26 della decisione, non si può accogliere l'argomento della ricorrente secondo cui i principi contabili IFRS rifletterebero in maniera più precisa la potenza economica delle imprese.

144 Da un lato, l'obiettivo di misurare la potenza economica delle imprese non obbliga la Commissione a compiere, in un singolo caso di applicazione degli artt. 1 e 5 del regolamento, una valutazione generale dei meriti dei diversi approcci contabili previsti dal diritto comunitario, in particolare quando esistono conti certificati sulla base di uno solo dei suddetti principi e questo sia proprio il principio imposto tanto dal diritto nazionale quanto dal diritto comunitario applicabile all'epoca.

145 Dall'altro lato, l'affermazione della ricorrente secondo cui i principi IFRS riflettono meglio la realtà economica perché privilegiano la sostanza rispetto alla forma, contrariamente ai principi PCGA, non è affatto dimostrata. Come indicato al punto 26 della decisione, il fatto che secondo il legislatore comunitario i principi contabili internazionali adottati dal regolamento n. 1606/2002 dovrebbero consentire di ottenere un'immagine fedele della situazione economica delle imprese non implica, ipso facto, la superiorità tecnica di tali principi ai fini dell'applicazione dell'art. 5 del regolamento sulle concentrazioni rispetto ai principi contabili applicabili in forza della normativa degli Stati membri fino al 1° gennaio 2005. Il regolamento n. 1606/2002, adottato sulla base dell'art. 95, n. 1, CE, costituisce una misura di armonizzazione e non contiene giudizi di valore sulle varie norme nazionali. Inoltre, come sottolineato dalla Gas Natural, diversi principi contabili spagnoli che

applicano i PCGA prevedono che la sostanza debba sempre prevalere sulla forma e il piano di contabilità generale pone l'accento sull'idea di «immagine fedele», corollario di un «meccanismo in grado di esprimere la realtà economica delle transazioni effettuate».

146 In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento della ricorrente secondo cui i suoi conti messi in conformità si dovrebbero considerare come altri conti «aventi carattere definitivo», ai sensi del punto 26 della comunicazione, va ricordato che, come emerge dalla comunicazione, il fatturato delle imprese interessate va calcolato in base a dati affidabili, oggettivi e facilmente identificabili. Se è vero che il punto 26 della comunicazione precisa che «[d]i norma, pertanto, la Commissione farà riferimento a conti certificati o comunque aventi carattere definitivo» e che essa «è comunque restia ad utilizzare conti gestionali o qualsiasi altra forma di conto provvisorio, se non in casi eccezionali», questo comunque non significa che la comunicazione ponga sullo stesso piano i conti certificati e gli altri conti «aventi carattere definitivo». Il punto 26 della comunicazione non si può interpretare come se presentasse più opzioni tra le quali poter scegliere liberamente, ma come diretto a disciplinare situazioni specifiche in cui non esistano conti certificati per l'ultimo esercizio. Il punto 27 della comunicazione del resto fa riferimento solo ai conti certificati dell'esercizio più recente e non più agli altri conti «aventi carattere definitivo». Orbene, nel caso di specie non si contesta che esistevano conti certificati per l'esercizio 2004, e non vi è dunque motivo di prendere in considerazione altri conti definitivi.

147 In ogni caso, si deve giocoforza constatare che la ricorrente non è riuscita a dimostrare che i conti messi in conformità, da essa presentati, alla Commissione fossero conti approvati o definitivi.

148 A questo proposito, è sufficiente ricordare il tenore dei commenti con cui l'Endesa ha accompagnato i propri conti messi in conformità nel comunicarli alla CNMV il 5 aprile 2005. Nella parte intitolata «Considerazioni generali», l'Endesa sostiene che «[i] bilanci e i conti dei risultati consolidati dell'esercizio 2004, redatti secondo i criteri di valutazione e di classificazione IAS/IFRS, sono attestazioni formali che

serviranno unicamente a titolo di confronto con quelli dell'esercizio 2005, primo esercizio per il quale verrà redatta una contabilità secondo i principi IFRS» (pag. 3, punto 1). L'Endesa indica peraltro che esistono numerose deroghe in occasione della prima applicazione dei principi IAS/IFRS (pag. 13). Infine, nella nota giuridica II (pag. 34), l'Endesa spiega che il Consiglio dei principi contabili internazionali (IASB) potrebbe pubblicare nuovi principi contabili a partire dal 1° gennaio 2005, che non vi è ancora un'autorità competente a vigilare sulla corretta applicazione dei principi e che possa essere consultata a tal fine, che i cambiamenti che potrebbero derivare da quanto detto nonché dall'evoluzione della prassi del settore possono influenzare anche il modo in cui essa interpreta i principi e che, di conseguenza, potrebbero essere apportate modifiche alle informazioni fornite prima della loro pubblicazione (nel 2006) a titolo di comparazione nei conti annuali dell'esercizio 2005.

149 Di conseguenza, si deve concludere che i conti messi in conformità prodotti dall'Endesa non si possono considerare come conti «definitivi» ai sensi della comunicazione.

150 Quanto alle due pratiche richiamate dalla ricorrente, nelle quali la Commissione avrebbe ammesso l'uso dei conti non certificati più recenti, è sufficiente notare che, in tali due pratiche, l'operazione di concentrazione era stata notificata all'inizio dell'anno (la prima nel febbraio 1996 e la seconda nel febbraio 2001) e che le imprese in questione non disponevano ancora di conti certificati per l'ultimo esercizio. Di conseguenza, bisognava decidere se utilizzare i conti certificati di un esercizio precedente (rispettivamente, il 1994 e il 1999) oppure i conti dell'ultimo esercizio, già chiuso, anche se non ancora certificati. In entrambi i casi, peraltro, i conti meno recenti non contenevano indicazioni circa i mutamenti considerevoli nell'attività economica delle imprese che si erano verificati nel corso dell'ultimo esercizio e il loro uso sarebbe stato contrario all'art. 5 del regolamento. Pertanto, le circostanze specifiche delle suddette due pratiche si distinguono in modo determinante dalle circostanze della causa in oggetto.

- 151 Da quanto precede risulta che i conti presentati dall'Endesa, redatti secondo i principi IAS/IFRS, non si possono considerare come definitivi, e di conseguenza gli argomenti secondo cui la Commissione avrebbe dovuto accordare ad essi una preferenza non si possono comunque accogliere.
- 152 Dalle considerazioni che precedono deriva che il secondo capo del terzo motivo dev'essere respinto.

Sul terzo capo, relativo ad errori di diritto ed errori manifesti di valutazione che hanno influito sul rifiuto dei conti messi in conformità

— Argomenti delle parti

- 153 L'Endesa fa valere, in primo luogo, il carattere manifestamente erroneo dei motivi in base ai quali la Commissione ha respinto gli argomenti con cui essa sosteneva l'opportunità di utilizzare conti messi in conformità; in secondo luogo, invoca l'esistenza di circostanze eccezionali nel caso di specie, che comunque giustificerebbero l'uso dei conti messi in conformità; in terzo luogo, essa invoca il carattere manifestamente erroneo dei motivi della decisione relativi alla presunta incompatibilità dell'uso dei conti messi in conformità con l'obiettivo di semplicità, il principio generale della certezza del diritto e l'esigenza di un'applicazione uniforme del regolamento.
- 154 L'Endesa sostiene anzitutto che il ragionamento seguito al punto 24 della decisione è incompleto, perché non tiene conto del fatto che, in base ai principi IFRS-1, adottati con il regolamento n. 707/2004, la data di passaggio ai principi IAS/IFRS è il 1° gennaio 2004. Più precisamente, il legislatore comunitario avrebbe previsto l'obbligo, per le imprese quotate in Borsa, di predisporre una contabilità consolidata e messa in conformità almeno per il 2004. In Spagna, la CNMV aveva fissato al 31

agosto 2005 la data limite per presentare conti messi in conformità per l'esercizio 2004. L'Endesa avrebbe ottemperato il 5 aprile 2005. Di conseguenza, contrariamente alla lettura parziale compiuta dalla Commissione, l'interpretazione coerente e completa dell'intenzione del legislatore comunitario porterebbe a concludere che l'esercizio contabile 2004 era un periodo transitorio, nel corso del quale coesistevano due principi contabili a causa di un'esigenza di tipo giuridico.

155 L'Endesa inoltre osserva che la Commissione indica, sempre al punto 24 della decisione, che i conti IAS/IFRS dell'esercizio 2004 potevano costituire oggetto di modifiche e possedevano un valore puramente comparativo, e che l'assenza di un obbligo giuridico di revisione dei detti conti dimostrerebbe tale tesi. Orbene, la Commissione sembrerebbe ignorare il fatto che tutti i conti di un'impresa hanno uno scopo comparativo e che i conti IAS/IFRS dell'esercizio 2004 sono stati redatti conformemente ad un obbligo previsto dal diritto comunitario. L'inesistenza di un obbligo di sottoporre a revisione tali conti sarebbe legata alle particolarità di un periodo transitorio. Sarebbe in effetti assurdo che il legislatore comunitario o nazionale aggiungesse ai costi della transizione contabile quelli della realizzazione di un doppio audit per un medesimo esercizio, dato che i conti IAS/IFRS del 2004 costituiscono un ravvicinamento con i conti certificati dello stesso esercizio contabile ed hanno il medesimo valore contabile e legale.

156 Per quanto riguarda l'affermazione secondo cui i principi IAS/IFRS potrebbero subire mutamenti fino alla fine dell'esercizio 2005, cosa che, secondo la decisione, impedirebbe di considerarli definitivi, essa starebbe ad indicare una violazione dei principi contabili stabiliti dal legislatore comunitario nonché dei regolamenti di applicazione che la Commissione stessa ha adottato negli ultimi mesi. Da un lato, il nuovo sistema contabile sarebbe applicabile a partire dal 1° gennaio 2005 e il fatto che alcuni principi contabili del nuovo sistema siano stati adottati dalla Commissione dopo il lancio dell'OPA sarebbe privo di incidenza sul carattere definitivo della contabilità, poiché i conti messi in conformità dell'Endesa sono stati redatti in base a dati certi e definitivi, applicando i principi contabili utilizzati fino ad allora nell'attuazione dei principi IAS/IFRS. Ritenere i suddetti conti non definitivi perché successivamente sono state aggiunte altre regole nel nuovo contesto

giuridico sarebbe assurdo quanto affermare che non esistono mai conti definitivi perché l'adattamento e lo sviluppo di un sistema contabile costituiscono un processo continuo.

157 Dall'altro lato, i principi recentemente adottati, con effetto retroattivo, non influirebbero comunque sulla contabilità dell'Endesa, dato che riguardano il settore finanziario e quello assicurativo e non il settore dell'elettricità. Peraltro, le modifiche riguardanti l'IAS 39 non avrebbero alcuna incidenza sulla determinazione del fatturato, poiché sono relative unicamente al trattamento contabile di strumenti finanziari. Inoltre, dopo la data in cui la Gas Natural ha annunciato l'OPA sull'Endesa, non si sarebbe verificata nessuna modifica dei principi IAS/IFRS che potesse influire sulla contabilizzazione dei redditi per gli esercizi 2004 o 2005, né altre potrebbero oramai verificarsene.

158 Di conseguenza, nessuno degli argomenti della Commissione permetterebbe di considerare come non definitivi i conti consolidati dell'esercizio 2004 secondo i principi IAS/IFRS. Rimandare l'uso dei conti IAS/IFRS 2004 fino alla chiusura dell'esercizio 2005 sarebbe manifestamente contrario all'intenzione del legislatore comunitario, il quale avrebbe imposto l'applicazione dei principi contabili comunitari a partire dal 1° gennaio 2005 e non dal 1° gennaio 2006. Pertanto, tutte le informazioni contabili che le imprese quotate in Borsa debbono divulgare al mercato durante il 2005, che facciano riferimento all'esercizio 2005 o 2004, verrebbero comunicate esclusivamente secondo i principi IAS/IFRS.

159 L'Endesa conclude che anche in caso di adozione di modifiche, dato che il perfezionamento di un sistema contabile è un processo permanente, è anche vero, come la Commissione ha ammesso a più riprese, che, «[c]onformemente al regolamento (...) n. 1606/2002, l'obiettivo della Commissione è disporre di una piattaforma stabile di principi contabili internazionali a partire dal 1° gennaio 2005» [quarto 'considerando' del regolamento (CE) della Commissione 19 novembre 2004, n. 2086, che modifica il regolamento n. 1725/2003 (GU L 363, pag. 1), e secondo 'considerando' del regolamento della Commissione 29 dicembre 2004, n. 2238, che modifica il regolamento n. 1725/2003 (GU L 394, pag. 1)].

160 Per quel che riguarda il punto 25 della decisione, l'Endesa fa osservare che la decisione non spiega i motivi per cui la Commissione non potrebbe valutare i diversi metodi contabili disponibili. Questa posizione della Commissione sarebbe evidentemente in contraddizione con il punto 60 della comunicazione, in cui la Commissione stessa spiega che è possibile «applicare norme contabili diverse, in particolare quelle relative all'elaborazione di bilanci consolidati, che sono in certa misura armonizzate ma non identiche all'interno della Comunità» e che «tale considerazione [vale] per qualsiasi tipo di impresa cui si applica il regolamento (...)». Questo punto della comunicazione, pur facendo riferimento principalmente alle holding, indicherebbe però che la possibilità di applicare norme contabili diverse vale per qualunque impresa indipendentemente dal settore cui appartiene.

161 L'Endesa contesta l'affermazione, contenuta al punto 25 della decisione, secondo cui «il ruolo della Commissione, come descritto in dettaglio nella comunicazione sul calcolo del fatturato, si limita all'esame delle correzioni specifiche richieste in forza dell'art. 5 del regolamento (...)» e ritiene al contrario che l'obbligo contenuto nell'art. 5 del regolamento comprenda l'esame delle correzioni dei conti delle imprese interessate per determinare il loro fatturato effettivo.

162 Questa affermazione, contenuta nella decisione, sarebbe nuovamente in manifesta contraddizione con la comunicazione che indica, al punto 26, che «la Commissione cerca di basarsi sulle cifre più accurate ed attendibili a disposizione». Nel caso di specie, in seguito all'opera di armonizzazione svolta dalle istituzioni comunitarie, sarebbero esistite due contabilità consolidate corrispondenti all'esercizio 2004 e sarebbe stato necessario determinare quale delle due fosse la più accurata e attendibile. Orbene, alla luce dei rapporti dei revisori esterni dell'impresa, che la Commissione non menziona nemmeno una volta nella decisione, sarebbe evidente che i conti consolidati redatti secondo i principi contabili spagnoli snaturerebbero in modo significativo i redditi operativi di un'impresa attiva nel settore dell'elettricità.

163 Per quel che riguarda la superiorità tecnica dei principi contabili comunitari rispetto alle norme nazionali, su cui la Commissione esprimerebbe dubbi al punto 26 della decisione, l'Endesa fa osservare che, negli atti preparatori del regolamento n. 1606/2002, la Commissione si riferisce espressamente alla necessità di migliorare, armonizzare e rendere più affidabili le informazioni finanziarie, andando oltre quanto previsto dalla quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (GU L 222, pag. 11) e che, se tale direttiva avesse garantito informazioni tanto chiare e attendibili quanto quelle richieste dal nuovo sistema contabile, l'introduzione di quest'ultimo sarebbe stata inutile. A questo riguardo, la Commissione non avrebbe preso in considerazione i pareri dei revisori esterni dell'Endesa, i quali spiegavano chiaramente le differenze esistenti tra i risultati indicati nei conti redatti secondo i diversi principi contabili.

164 L'Endesa aggiunge che i motivi della decisione, secondo cui sia i principi contabili comunitari attuali che quelli precedenti sono diretti a rappresentare fedelmente la realtà economica delle imprese, non tengono conto delle differenze concrete esistenti tra un'armonizzazione parziale e una totale delle norme nonché dei principi fondamentali del diritto comunitario e della logica più elementare. La Commissione stessa avrebbe del resto constatato che le precedenti direttive contabili «non rispond [evano] alle esigenze delle società che desiderano raccogliere capitali su un mercato mobiliare paneuropeo o internazionale» [v. il punto 9 della comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo 13 giugno 2000, COM(2000) 359 def.] e avrebbe altresì ammesso che «i principi IAS offrono (...) un insieme esauriente e concettualmente solido di principi di informativa finanziaria che dovrebbe rispondere alle esigenze del mondo degli affari internazionale».

165 L'Endesa sostiene che la Commissione sbaglia anche nel considerare che l'uso di conti non certificati sia possibile solo in circostanze eccezionali. Questa interpretazione non comparirebbe né esplicitamente né implicitamente nel regolamento, il quale rappresenterebbe la sola normativa applicabile di natura obbligatoria, e non sarebbe neppure conforme al contenuto del punto 26 della

comunicazione, ai sensi del quale occorre provare l'esistenza di circostanze eccezionali solo nel caso in cui si intendano utilizzare conti di gestione o conti non definitivi.

¹⁶⁶ Quand'anche la tesi della Commissione fosse accolta, si dovrebbe considerare che effettivamente esistono, nel caso di specie, circostanze eccezionali. Da un lato, la questione dell'uso di un principio contabile al posto di un altro sarebbe di per sé eccezionale. Dall'altro lato, il ricorso a diversi sistemi contabili provocherebbe una differenza pari a EUR 4 400 milioni quanto ai redditi dell'Endesa, il che sarebbe un evento raro che riguarda pochi mercati, per cui lo stesso cambiamento di sistema contabile dovrebbe essere considerato come un elemento eccezionale e di grande importanza per il mercato dell'elettricità spagnolo, in cui la presenza di un consorzio obbligatorio moltiplica artificialmente per due, dal punto di vista finanziario, le transazioni, nel caso in cui la compensazione delle voci non venga realizzata così come imposto dal nuovo sistema di contabilità.

¹⁶⁷ L'Endesa contesta inoltre i motivi contenuti al punto 25 della decisione, secondo cui l'uso dei conti IAS/IFRS sarebbe stato contrario ad un altro «obiettivo, ugualmente valido, ossia quello di applicare criteri semplici ed oggettivi per determinare la competenza della Commissione nelle cause di concentrazione, nonché al principio generale della certezza del diritto».

¹⁶⁸ Quanto all'obiettività, l'Endesa sostiene che la Commissione non spiega per quali ragioni i conti IAS/IFRS sarebbero meno oggettivi di altri e dimenticherebbe che il revisore esterno dell'Endesa ha certificato che essi si basavano su dati corretti e verificati e che era corretto anche il metodo di ravvicinamento.

- 169 Quanto alla semplicità, tutte le imprese comunitarie quotate in Borsa sarebbero state informate da anni dell'introduzione dei nuovi criteri e sapevano che il 2004 sarebbe stato un anno di transizione. L'Endesa aggiunge che la considerazione secondo cui la semplicità delle norme di interpretazione è un obiettivo che ha lo stesso valore giuridico dell'obbligo di individuare correttamente la competenza della Commissione si concilia difficilmente con la comunicazione, che, ai punti 60 e 61, sottolinea la necessità di compiere un'analisi dettagliata, rigorosa, perfino onerosa dei conti quando il fatturato si approssima alle soglie fissate dal regolamento (pratica IV/M.213 — Hong Kong and Shanghai Bank/Midland).
- 170 Quanto al principio della certezza del diritto, dalla giurisprudenza della Corte emergerebbe che tale principio garantisce una normativa «chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza» (sentenze della Corte 9 luglio 1981, causa 169/80, Gondrand Frères e Garancini, Racc. pag. 1931; 13 febbraio 1996, causa C-143/93, Van Es Douane Agenten, Racc. pag. I-431, punto 27, e 14 aprile 2005, causa C-110/03, Belgio/Commissione, Racc. pag. I-2801). Ciò non significherebbe che la determinazione del fatturato debba essere «facile» in tutti i casi e non giustificerebbe il fatto che non si prendano in considerazione tutte le informazioni disponibili. L'Endesa ricorda che il ravvicinamento dei conti è un obbligo derivante da norme comunitarie che si suppongono note da alcuni anni a qualsiasi operatore prudente e che la protezione dei diritti degli operatori economici non è giustificata qualora «l'operatore economico prudente e accorto (...) sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario» (sentenza della Corte 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, Di Lenardo e Dilexport, Racc. pag. I-6911, punto 70). Nel caso di specie, i principi IAS/IFRS erano a suo parere chiari, precisi e noti agli operatori prudenti e accorti al momento del lancio dell'OPA, per cui non si configurerebbe alcuna violazione del principio della certezza del diritto.
- 171 Quanto all'ultimo motivo, contenuto al punto 27 della decisione, secondo cui «l'uso di cifre IAS/IFRS non sottoposte a revisione nel caso di specie creerebbe una differenza di trattamento rispetto a tutte le altre pratiche in cui la Commissione ha fatto riferimento a cifre redatte in base alle norme nazionali nei conti sottoposti a revisione per il 2004», l'Endesa sottolinea che la Commissione non ha tenuto conto della giurisprudenza secondo cui una disparità di trattamento esiste non solo quando due situazioni analoghe ricevono un trattamento diverso, ma anche quando

due situazioni dissimili ricevono un trattamento analogo. Orbene, essa avrebbe fornito numerosi rapporti nel corso della fase amministrativa del procedimento, spiegando il trattamento contabile particolare applicabile alle imprese del settore dell'elettricità spagnole, che non riguarderebbe le altre imprese spagnole né le imprese dello stesso settore o di altri settori aventi sede in altri Stati membri.

172 L'obbligatorietà del consorzio in Spagna, unitamente alla natura dei precedenti principi contabili, che non permettevano la compensazione delle voci, provocherebbe tra l'altro l'effetto che alcune transazioni realizzate tra imprese dello stesso gruppo, o che in definitiva corrispondono ad una sola transazione economica, vengono contabilizzate due volte. Pertanto, in realtà sarebbe la decisione a determinare un trattamento discriminatorio, perché nell'ipotesi in cui la stessa operazione fosse stata realizzata tra imprese di dimensioni identiche a quelle della Gas Natural e dell'Endesa, ma operanti in settori economici diversi o in altri paesi della Comunità, i fatturati delle imprese interessate sarebbero stati calcolati evitando la duplicazione delle voci.

173 L'Endesa conclude che, per tutti questi motivi, la Commissione ha commesso un errore nell'analisi delle informazioni da essa fornite, che si traduce in un grave difetto nella motivazione della decisione, nonché un errore manifesto derivante dalla mancata applicazione dei principi derivanti dall'art. 5 del regolamento e dalla comunicazione.

174 Secondo la Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, nessuno degli argomenti invocati dalla ricorrente è fondato.

— Giudizio del Tribunale

175 Per quanto riguarda, in primo luogo, gli argomenti della ricorrente relativi al fatto che la Commissione ha commesso un errore escludendo la possibilità di utilizzare i

conti messi in conformità, è sufficiente rinviare alla valutazione dei due primi capi del motivo. Difatti, è già stato osservato che i soli conti dell'Endesa validi per valutare la dimensione comunitaria o nazionale dell'operazione di concentrazione sono quelli dell'esercizio 2004, redatti conformemente alla normativa spagnola in vigore al momento dell'OPA, certificati dai revisori e approvati dagli azionisti e che, in ogni caso, i conti messi in conformità, compilati unicamente a fini comparativi, che la ricorrente ha presentato alla Commissione non si potevano considerare come definitivi. Il carattere non definitivo dei conti messi in conformità della ricorrente è peraltro confermato dal fatto che il 19 settembre 2005 essa li ha modificati per includervi alcune correzioni che diminuivano il fatturato realizzato in Spagna di un importo pari a EUR 111 milioni rispetto ai conti adattati ai principi IFRS che erano stati presentati alla CNMV il 5 aprile 2005. Infine, la circostanza che gli ulteriori cambiamenti apportati ai principi IAS/IFRS non riguardassero il settore dell'elettricità nulla toglie al fatto che i principi IAS/IFRS che dovevano essere applicati all'esercizio 2005 non avessero ancora un contenuto stabile e definitivo nel settembre 2005, né soprattutto che non vi fosse ancora un'autorità chiamata ad interpretare questi nuovi principi. Si deve sottolineare del resto che lo stesso commissario responsabile per i conti dell'Endesa ha precisato che non poteva pronunciarsi sulla validità dei metodi di ravvicinamento operati.

- 176 In secondo luogo, per quanto riguarda le circostanze eccezionali che imporrebbero l'uso dei conti messi in conformità, va rilevato che nessuna delle circostanze invocate si può ritenere eccezionale. Infatti, per quel che riguarda, anzitutto, le peculiarità del settore dell'elettricità in Spagna, è sufficiente osservare che in detto paese il consorzio esiste sin dal 1998 e che né l'Endesa né alcun'altra impresa del settore hanno addotto che fosse necessario procedere ad una qualunque correzione dei propri conti PCGA in nessuna delle procedure di controllo delle concentrazioni, nazionali o comunitarie, cui hanno preso parte. Occorre inoltre osservare che le presunte peculiarità e distorsioni gravi della contabilità delle imprese del settore dell'elettricità in Spagna, asserite dalla ricorrente, non costituiscono neanche esse circostanze eccezionali, in quanto l'opportunità di procedere ad eventuali correzioni per tenerne conto può essere esaminata indipendentemente dal sistema contabile. Nel caso di specie, la Commissione ha comunque effettuato l'esame delle principali correzioni proposte dalla ricorrente al riguardo.

- 177 Il fatto, poi, che i principi IAS/IFRS fossero destinati a sostituire i PCGA a partire dall'esercizio 2005 non si può considerare come eccezionale, e lo stesso vale per la necessità di redigere conti messi in conformità per il 2004 a fini comparativi. Vero è che un mutamento della normativa contabile costituisce un evento importante e poco frequente nella vita di un'impresa, ma la ricorrente non invoca alcun elemento basato sulla lettera e sugli obiettivi del regolamento che faccia di tale mutamento una circostanza eccezionale. Inoltre, l'applicazione obbligatoria dei nuovi principi contabili non significa necessariamente che i principi contabili applicabili in precedenza fossero poco affidabili o imprecisi.
- 178 Infine, neppure il fatto che l'uso di diversi sistemi contabili comporti una differenza di EUR 4 400 milioni riguardo ai redditi dell'Endesa si può considerare eccezionale. Infatti, tale differenza deriva da correzioni la cui opportunità può essere esaminata indipendentemente dal sistema contabile.
- 179 In ogni caso, va osservato che le circostanze eccezionali menzionate ai punti 26 e 27 della comunicazione si riferiscono unicamente, salvo per quel che riguarda le differenze esistenti con i principi contabili degli Stati non membri dell'Unione europea, alla necessità di tener conto dei cambiamenti significativi e permanenti che colpiscono la realtà economica delle imprese interessate (acquisizioni e cessioni successive alla certificazione dei conti, chiusure di stabilimenti). Orbene, nel caso di specie la ricorrente non ha evocato cambiamenti di questo tipo.
- 180 In terzo luogo, per quanto riguarda la censura vertente sulla violazione del principio di certezza del diritto, è sufficiente rilevare come i conti certificati offrano maggiori garanzie oggettive, dato che impegnano la responsabilità dell'impresa e del revisore dei conti. Al contrario, sarebbe l'uso di conti non approvati dagli azionisti né confortati da un audit esterno ad essere contrario all'obiettivo di applicare criteri semplici ed oggettivi per stabilire la dimensione di una concentrazione. Occorre ricordare che il fondamento stesso del sistema di soglie istituito dall'art. 1 del regolamento è quello di fornire un metodo semplice ed efficace per individuare

l'autorità competente. Come giustamente sottolineato dalla Commissione, l'uso di conti ufficiali e certificati e, il linea di principio, la limitazione delle correzioni da apportarvi a quanto strettamente indispensabile alla luce dell'art. 5 del regolamento sono elementi essenziali di questo metodo semplice, prevedibile ed efficace.

181 Peraltro, accogliere la tesi dell'Endesa equivarrebbe ad ammettere che la Commissione deve procedere ad un esame contabile preliminare di ogni operazione di concentrazione, al fine di verificare la conformità dei conti delle imprese interessate rispetto ai principi indicati all'art. 5 del regolamento.

182 Quanto all'argomento dell'Endesa secondo cui l'uso dei conti messi in conformità non avrebbe affatto pregiudicato il principio di certezza del diritto, poiché qualsiasi operatore accorto era in grado di prevedere l'entrata in vigore di un nuovo sistema contabile, va detto che un operatore accorto e ragionevole non avrebbe potuto prevedere che la Commissione si sarebbe discostata dagli unici conti ufficiali certificati. Occorre peraltro ricordare che i principi contabili IAS/IFRS, e ancor di più la loro interpretazione, non erano ancora definitivamente fissati nel settembre 2005.

183 In ogni caso, va ricordato ancora che i conti messi in conformità che la ricorrente ha presentato alla Commissione non si possono considerare come definitivi.

184 Infine, la censura relativa ad una presunta discriminazione rispetto a concentrazioni che hanno interessato altri settori o altri Stati membri dev'essere respinta come manifestamente priva di ogni fondamento. Da un lato, essa si basa su semplici asserzioni e sulla premessa non dimostrata che i conti ufficiali e certificati dell'esercizio 2004 dell'Endesa non riflettono la realtà economica. Dall'altro lato,

poiché la prassi della Commissione consiste nel basarsi sui conti ufficiali certificati, è al contrario l'abbandono di detta prassi in assenza di circostanze eccezionali che avrebbe potuto essere percepito come una discriminazione. Inoltre, i conti certificati utilizzati per valutare la dimensione dell'operazione possono essere oggetto di eventuali correzioni al fine di tener conto di possibili peculiarità del settore o del paese in questione. A tal proposito, va ricordato che la Commissione ha preso in esame le correzioni proposte dalla ricorrente.

185 Da quanto precede deriva che il terzo capo del terzo motivo non può essere accolto.

186 Di conseguenza, il terzo motivo dev'essere respinto.

Il quarto motivo, attinente al rifiuto della correzione «pass through» e di quella riguardante gli scambi di gas

187 Nell'ambito del presente motivo, l'Endesa contesta il fatto che la Commissione abbia respinto due correzioni da essa sollecitate, l'una riguardante le operazioni di distribuzione (la correzione «pass through»), l'altra gli scambi di gas. Va osservato, in via preliminare, che i conti annuali della ricorrente, redatti secondo i PCGA per il 2004, indicano che il fatturato da essa realizzato in Spagna rappresentava l'80,07% del suo fatturato comunitario. Nel caso in cui si ammettesse che le due correzioni in parola proposte dall'Endesa sono fondate, la percentuale del fatturato della ricorrente realizzato in Spagna verrebbe ridotta al 73,94% del suo fatturato comunitario. Ne consegue che, se anche questo motivo fosse accolto, questo non significherebbe automaticamente che l'operazione di cui si tratta ha dimensione comunitaria, ma piuttosto che la Commissione dovrebbe valutare le altre correzioni proposte dalla ricorrente nonché quelle suggerite dalla Gas Natural, su cui non si è pronunciata nella decisione, poiché solo una combinazione di più correzioni permetterebbe di passare al di sotto della soglia dei due terzi.

188 Poiché in ogni caso la correzione «pass through» è necessaria per il raggiungimento della dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione, occorre esaminare innanzi tutto il primo capo del motivo, ad essa relativo.

— Argomenti delle parti

189 L'Endesa rileva che l'art. 5, n. 1, del regolamento rappresenta la copia letterale del paragrafo 23 della legge tedesca sulla concorrenza (GWB), il cui paragrafo 29 precisa che i «redditi delle attività non ordinarie verranno presi in considerazione solo in casi eccezionali». Pertanto, nel determinare il fatturato dell'impresa di distribuzione si dovrebbe tener conto solo della quota dei redditi legata all'attività di distribuzione, ossia solo dell'emolumento corrispondente a tale attività.

190 L'Endesa lamenta a questo proposito la valutazione erronea della Commissione riguardo al valore giuridico della comunicazione e il fatto che essa ha ommesso di esaminare le correzioni proposte conformemente al regolamento. Essa fa notare che, al punto 33 della decisione, la Commissione afferma che, «[a] questo proposito, occorre rilevare come la comunicazione (...) non si riferisce in alcun punto alla nozione di importo "traslato" (in parte) proveniente dalla vendita di prodotti e dalla fornitura di servizi da parte dell'impresa». Orbene, l'unica base giuridica per calcolare il fatturato sarebbe il regolamento, poiché la comunicazione possiede unicamente valore di atto interpretativo della Commissione. Qualunque interpretazione contraria violerebbe il principio della gerarchia delle norme. Nel caso di specie, poiché l'attività dell'impresa di distribuzione comporta costi corrispondenti a semplici importi «traslati», solo l'emolumento corrispondente a tali attività dovrebbe considerarsi come rientrante nel concetto di «normali attività» di cui all'art. 5 del regolamento.

191 L'Endesa aggiunge che, seguendo l'erronea impostazione consistente nel basare la propria motivazione sulla comunicazione, la Commissione fa riferimento al

contenuto dei punti 7, 11 e 13 della comunicazione, affermando che, «tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, le imprese spagnole di distribuzione di elettricità non si possono assimilare ad imprese che svolgono una semplice funzione di intermediazione e il cui fatturato sia costituito unicamente dall'importo delle provvigioni riscosse». La Commissione in tal modo descriverebbe il funzionamento dell'attività delle imprese di distribuzione e del consorzio in Spagna senza indicare i motivi per cui, nel caso di specie, le imprese di distribuzione non sarebbero semplici intermediari. La Commissione non valuterebbe se le imprese di distribuzione traggano effettivamente da tale attività utili che vanno oltre la semplice remunerazione dei loro servizi determinata da tariffe regolamentate. Infatti la Commissione non terrebbe conto del fatto che il regio decreto con cui annualmente vengono stabilite le tariffe elettriche fissa il compenso che le imprese di distribuzione percepiscono per l'esercizio delle loro funzioni nel corso di tale periodo, compenso che sarebbe indipendente dalle vendite di energia realizzate da tali imprese e, di conseguenza, dalla quantità di energia ad esse fornita.

¹⁹² Orbene, poiché le operazioni compiute dalle imprese di distribuzione non aggiungono valore alla transazione, dal momento che il compenso dell'attività di distribuzione viene stabilito ex ante, prima e indipendentemente dalle operazioni di acquisto e di vendita di energia, esse costituirebbero operazioni neutre ai fini del calcolo del fatturato. Il ruolo di intermediazione svolto dalle imprese di distribuzione deriverebbe espressamente dall'art. 4 del regio decreto 26 dicembre 1997, n. 2017/1997, che organizza e regola la procedura di liquidazione dei costi di trasporto, distribuzione e vendita secondo un tariffario, nonché dei costi permanenti del sistema, della diversificazione e della sicurezza dell'approvvigionamento, in modo che, al contrario di quel che avviene nel settore liberalizzato, il distributore che abbia riscosso la tariffa regolamentata conserva unicamente la remunerazione del suo servizio e trasferisce il residuo pagato dall'utente ai restanti operatori. Nel caso vi fosse un deficit di recupero, esso sarebbe a carico del produttore.

¹⁹³ Per quanto riguarda il motivo della decisione secondo cui le imprese di distribuzione sopportano il rischio finanziario del mancato pagamento, e quindi non sono intermediari, l'Endesa fa rilevare che la Commissione interpreta erroneamente le informazioni da essa fornite su questo punto nonché la nozione di «intermediario» contenuta al punto 13 della comunicazione.

- 194 Essa ricorda, da un lato, che le imprese di distribuzione non assumono rischi finanziari di mancato pagamento che non siano compensati da un elemento incorporato nelle tariffe, dal momento che il sistema regolamentato (e non l'operatore in maniera unilaterale) prevede un meccanismo di garanzie che permette di evitare i suddetti rischi. Dall'altro lato, essa spiega che l'esistenza o meno di un rischio finanziario permette di distinguere la situazione dell'agente da quella di un commissionario indipendente. La Commissione interpreterebbe senza alcun fondamento giuridico la nozione di «intermediario» come se facesse riferimento solo agli agenti, mentre la si dovrebbe collegare alla natura delle attività degli agenti.
- 195 La qualifica di intermediari delle imprese di distribuzione corrisponderebbe alla prassi abituale nel settore dell'energia in Spagna. Basterebbe osservare che anche la Gas Natural effettua la correzione «pass through» non solo nei suoi conti IAS/IFRS, ma anche nei conti redatti secondo i principi contabili spagnoli. Rifiutando la correzione «pass through» all'Endesa, la Commissione le avrebbe quindi impedito di armonizzare il fatturato della sua attività di distribuzione con quello dell'impresa acquirente.
- 196 Secondo l'Endesa, il rifiuto di considerare la correzione da essa proposta è viziato inoltre da una grave carenza nell'analisi di un elemento alla fine ritenuto determinante dalla Commissione, che si traduce in un eccesso di potere e in un'insufficienza della motivazione. L'Endesa rileva come la Commissione abbia improvvisamente espresso dubbi a questo proposito nella fase finale della procedura, mentre prima non le aveva mai chiesto spiegazioni al riguardo. Più precisamente, la Commissione non avrebbe manifestato dubbi né chiesto spiegazioni tra il 19 settembre e l'8 novembre 2005, data in cui essa aveva concesso all'Endesa un termine di 24 ore per rispondere ad una serie di questioni che sarebbero state determinanti nella motivazione della decisione.
- 197 Inoltre, l'analisi di tale correzione sarebbe anche incompleta riguardo ad altri elementi e la motivazione della decisione sarebbe manifestamente contraddittoria. Secondo l'Endesa, se si ritiene che le società di distribuzione non agiscono come

intermediari, occorre verificare se parte delle operazioni di distribuzione non costituisca operazioni all'interno del gruppo, e in particolare se la stessa transazione non venga contabilizzata due volte, dal momento che l'energia distribuita dall'Endesa Distribución viene acquistata presso la Endesa Generación attraverso il consorzio.

198 A questo proposito l'Endesa indica che, il 10 novembre 2005, la Commissione le ha chiesto verbalmente spiegazioni su questo aspetto della correzione. Con due messaggi di posta elettronica dell'11 e del 12 novembre 2005, l'Endesa avrebbe insistito sul fatto che la logica di tale correzione andava al di là della semplice eliminazione della quota all'interno del gruppo, proponendo comunque di fornire dati relativi alle operazioni all'interno del gruppo. La Commissione non avrebbe mai replicato ai suddetti messaggi, né si sarebbe pronunciata su tale aspetto nella decisione.

199 L'analisi compiuta dalla Commissione sarebbe contraddittoria, in quanto nella decisione essa spiega che non si sarebbe pronunciata sulla correzione proposta riguardo alla fatturazione interna al gruppo, pur respingendo la correzione «pass through» che comprende una parte notevole delle vendite all'interno del gruppo. Inoltre, la decisione insisterebbe sulla scarsa importanza delle eventuali transazioni all'interno del gruppo, anche se si ribadisce che l'Endesa non ha fornito dati sulle loro percentuali, e ciò malgrado i menzionati messaggi di posta elettronica ai quali la Commissione non ha replicato.

200 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, deduce che le imprese di distribuzione non sono semplici intermediari o semplici commissionari e che pertanto gli argomenti della ricorrente vanno respinti.

— Giudizio del Tribunale

201 La ricorrente invoca diversi argomenti, di motivazione e sostanziali, contro il rifiuto della Commissione di effettuare una correzione dei redditi delle imprese di

distribuzione interessate per eliminare gli introiti percepiti a nome di terzi. In sostanza, essa dichiara che nel diritto spagnolo le imprese distributrici di elettricità sono tenute a riscuotere determinati importi dai loro clienti per poi trasmetterli ai produttori di elettricità e agli operatori della rete e che tali importi dovrebbero pertanto essere detratti dai redditi che compaiono nella contabilità dell'Endesa, dato che non derivano dalla «vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi realizzati dalle imprese interessate (...) e corrispondenti alle loro normali attività» ai sensi dell'art. 5, n. 1, del regolamento.

202 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'argomento della ricorrente secondo cui la Commissione è incorsa in un errore basando la sua valutazione sul semplice fatto che la comunicazione non prevede correzioni per situazioni di traslazione dei costi, va rilevato innanzi tutto che la ricorrente non contesta la legalità della comunicazione, ma sostiene che la Commissione le ha attribuito una portata eccessiva, mentre si tratta solo di un atto con valore interpretativo, e che essa avrebbe dovuto prendere in esame la correzione proposta conformemente alle disposizioni del regolamento, il quale costituisce l'unica base giuridica per il calcolo del fatturato.

203 Va ricordato al riguardo che la Commissione è tenuta ad applicare la comunicazione nei limiti in cui questa non sia in contrasto con il regolamento e che nella stessa comunicazione si precisa che in via eccezionale si deve procedere a determinate correzioni in determinate circostanze. Poiché, nel corso della fase amministrativa del procedimento, la ricorrente ha cercato di collegare le correzioni proposte alle categorie di correttivi indicate nella comunicazione, non si può contestare alla Commissione di aver fatto riferimento, nella decisione, ai punti 7, 11 e 13 della comunicazione per confutare gli argomenti esposti dalla ricorrente nella fase amministrativa del procedimento riguardo ai suddetti punti.

204 Occorre inoltre rilevare che, se è vero che la decisione indica che la comunicazione non fa alcun riferimento alla nozione di importo «traslato» proveniente dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi da parte dell'impresa, il fatto che la comunicazione non preveda correzioni in caso di traslazione dei costi non è tuttavia l'unica ragione per cui la Commissione non ha proceduto alla suddetta correzione.

Sempre nella decisione (punti 33 in fine, 34 e 35), infatti, la Commissione ha osservato che le imprese spagnole di distribuzione dell'elettricità non si possono assimilare a imprese che svolgono una semplice funzione di intermediari e il cui fatturato sia costituito unicamente dall'importo delle commissioni da esse riscosse per i seguenti motivi: le società distributrici di elettricità debbono non solo trasportare l'elettricità sulle proprie reti di distribuzione, ma anche fornire l'elettricità ai clienti che decidono di rimanere entro il sistema regolamentato; la distribuzione di elettricità implica la vendita a consumatori finali di prodotti precedentemente acquistati dai distributori; le spese legate all'acquisto di elettricità dovrebbero essere considerate come costi per le società di distribuzione; il rischio che i clienti finali non paghino il prezzo dell'elettricità fornita è a carico delle società di distribuzione, ed è sul distributore che grava la responsabilità del mancato rispetto degli obblighi derivanti dal contratto stipulato con il cliente finale.

205 Di conseguenza, la censura della ricorrente secondo cui la Commissione ha commesso un errore basando la sua valutazione unicamente sul fatto che la comunicazione non prevede alcuna correzione «pass through» dev'essere disattesa.

206 In secondo luogo, quanto all'asserita insufficienza della motivazione, per dichiararne l'inammissibilità basta rinviare ai punti 30-36 della decisione, che espongono i motivi in base ai quali la Commissione ha respinto la correzione «pass through», precedentemente riepilogati in sintesi.

207 Occorre poi esaminare se legittimamente la Commissione abbia ritenuto nella decisione che non vi era motivo di effettuare la correzione «pass through».

208 A questo riguardo occorre innanzi tutto ricordare che, come indicato al punto 9 della comunicazione, la nozione di fatturato contenuta nell'art. 5 del regolamento si

riferisce esplicitamente agli «importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi». La vendita, riflesso dell'attività dell'impresa, è quindi il criterio essenziale per stabilire il fatturato, che si tratti di prodotti o della prestazione di servizi.

209 Inoltre, gli imperativi di certezza del diritto e di rapidità che operano nell'ambito del controllo delle concentrazioni implicano che tanto le imprese, quanto le autorità della concorrenza, possano basarsi, in linea di principio, su un criterio prevedibile e di accesso immediato. Pertanto, il fatturato da prendere in considerazione al fine di stabilire l'autorità competente a conoscere un'operazione di concentrazione dev'essere in via di principio definito sulla base della contabilità annuale pubblicata. Solo a titolo eccezionale dunque, quando circostanze particolari lo giustifichino, è necessario procedere a certe correzioni volte a riflettere nel modo migliore la realtà economica delle imprese interessate.

210 Si deve ancora sottolineare che l'art. 5 del regolamento si riferisce al fatturato complessivo e non soltanto ad una parte di esso. In via eccezionale, la comunicazione ha previsto la possibilità di stabilire, in determinate circostanze, il fatturato in modo diverso dal riferimento al complesso delle vendite di prodotti e delle prestazioni di servizi. Il punto 13 della comunicazione precisa al riguardo:

«Tenuto conto della complessità del settore dei servizi, questo principio generale può essere adattato alle condizioni specifiche del servizio prestato. In certi settori di attività (ad esempio turismo, pubblicità, ecc.), il servizio può essere prestato tramite un terzo. Data la varietà di questi settori è possibile prospettare diversi casi: ad esempio, un'impresa di servizi che agisce da intermediaria può avere per solo fatturato l'importo delle commissioni riscosse».

- 211 Occorre rilevare innanzi tutto che questo punto della comunicazione riguarda una categoria particolare di intermediari appartenenti unicamente al settore dei servizi, la cui unica remunerazione è costituita dall'importo delle commissioni riscosse. Si tratta pertanto di un'eccezione alla regola generale secondo cui il fatturato rilevante dev'essere determinato sulla base dell'importo complessivo delle vendite. Di conseguenza, questa nozione di intermediario va interpretata restrittivamente.
- 212 Si deve inoltre osservare che la ricorrente non sostiene che, nel diritto spagnolo, la sua attività viene svolta nell'ambito di un contratto di agenzia o di commissione o sotto un'altra forma analoga di contratto. Va osservato difatti che la ricorrente non vende elettricità al consumatore finale in nome e per conto dei produttori di elettricità o degli operatori della rete.
- 213 Inoltre, in mancanza di elementi di diritto dedotti dall'Endesa in senso contrario, il rapporto giuridico esistente tra quest'ultima e i consumatori finali dev'essere qualificato come un contratto di vendita di elettricità. Questa vendita è un atto commerciale che implica un trasferimento di proprietà.
- 214 Lo stesso vale per il rapporto giuridico esistente tra l'Endesa e il produttore di elettricità che la fornisce, o tramite l'intermediazione della Borsa dell'elettricità OMEL o in altro modo. L'art. 41, n. 2, della legge spagnola n. 54/1997, relativa al sistema di produzione e di distribuzione dell'elettricità, prevede che i distributori di elettricità hanno tra l'altro diritto ad acquistare l'elettricità necessaria per garantire il rifornimento dei loro clienti e di riscuotere la remunerazione corrispondente all'esercizio dell'attività di distribuzione. Ai sensi dell'art. 45, n. 1, lett. h), della stessa legge, le imprese di distribuzione, ai fini della fornitura dell'energia elettrica, sono tenute ad acquistare l'energia necessaria per lo sviluppo delle loro attività e ad effettuare il pagamento dei loro acquisti secondo la procedura di liquidazione a tal fine prevista.

- 215 Alla luce di tali disposizioni, vanno respinti gli argomenti presentati in udienza dalla ricorrente secondo i quali il distributore non sarebbe proprietario dell'energia, perché, nel momento in cui il produttore mette l'energia in circolazione nel sistema, questa diventa istantaneamente proprietà del cliente. L'art. 11, n. 4, della legge n. 54/1997 stabilisce d'altronde che, salvo accordi contrari, si ritiene che il trasferimento della proprietà dell'energia elettrica si realizzi nel momento in cui questa entra negli impianti dell'acquirente.
- 216 Di conseguenza, l'attività dei distributori, consistente in particolare nell'acquistare elettricità o gas presso i loro fornitori e nel garantirne la distribuzione e la vendita al consumatore finale, non si può qualificare come prestazione di servizi limitata alla fornitura di un prodotto per conto dei produttori e di altri operatori. Da un punto di vista giuridico, quindi, l'Endesa non si può considerare come un semplice intermediario ai sensi del punto 13 della comunicazione e non può, in linea di principio, essere oggetto della deroga in esso prevista, dal momento che gli introiti che essa percepisce dalla distribuzione corrispondono alle sue normali attività ai sensi dell'art. 5, n. 1, del regolamento. Pertanto, la correzione in parola non può essere giustificata dal preteso carattere eccezionale dell'attività di vendita delle imprese di distribuzione.
- 217 Si deve peraltro osservare che l'art. 20 della legge n. 54/1997 non introduce disposizioni particolari per tener conto di una peculiarità delle imprese come quella della ricorrente. Il n. 2, terzo comma, di tale articolo dispone infatti: «Per quanto riguarda le società aventi come oggetto sociale la realizzazione delle attività regolamentate, conformemente alle disposizioni dell'art. 11, n. 2, della presente legge, tali società mantengono una contabilità separata per i redditi e per i costi strettamente imputabili all'attività di trasporto, all'attività di distribuzione e, eventualmente, alle attività di commercializzazione e di vendita ai clienti a prezzi fissi». Come osservato giustamente dalla Commissione, questa disposizione non si riferisce ai PCGA spagnoli applicabili ai semplici commissionari.

- 218 L'Endesa tuttavia sostiene che la Commissione non ha controllato se le imprese di distribuzione traessero effettivamente vantaggi economici da tale attività, che andassero oltre la semplice remunerazione dei loro servizi stabilita da tariffe regolamentate.
- 219 A questo riguardo, occorre innanzi tutto rilevare che il semplice fatto che la remunerazione dell'attività di distribuzione sia regolamentata, in modo più o meno ampio, non basta di per sé a concludere che la remunerazione dei distributori dev'essere qualificata come semplice commissione ai fini dell'applicazione del regolamento.
- 220 L'Endesa però sostiene che il ruolo di intermediario delle imprese di distribuzione deriva esplicitamente dall'art. 4 del regio decreto 26 dicembre 1997, n. 2017/1997, che organizza e regola la procedura di liquidazione dei costi di trasporto, di distribuzione e di commercializzazione secondo un tariffario, nonché i costi permanenti del sistema, della diversificazione e della sicurezza degli approvvigionamenti.
- 221 Tuttavia, da tale disposizione non emerge che l'attività di distribuzione sia quella di un semplice intermediario. In particolare, essa non indica che un'impresa di distribuzione conserva solo la remunerazione del suo servizio trasferendo il surplus agli altri operatori, ma stabilisce un elenco di redditi e di costi liquidabili ai fini dell'applicazione del regio decreto.
- 222 Quanto al fatto, dedotto dalla ricorrente, che le operazioni realizzate dalle imprese di distribuzione non apportano alcun valore alla transazione, va osservato, come fa la Commissione, che la distribuzione comprende una serie di attività che vanno oltre la semplice fornitura di energia. Per esempio, il distributore utilizza in più il proprio marchio, fornisce un servizio integrale al cliente, che comprende il servizio al

cliente, le avvertenze sulla sicurezza, l'ispezione degli impianti, la rilevazione dei contatori, la fatturazione e il recupero. Va inoltre osservato che il fatto che un settore sia regolamentato non dà luogo ad alcuna finzione economica secondo cui la distribuzione non genera valore aggiunto né flusso di redditi.

223 Per quanto riguarda gli argomenti della ricorrente secondo cui, da un lato, la retribuzione delle imprese di distribuzione sarebbe fissata ogni anno indipendentemente dagli acquisti e dalle vendite di energia e, dall'altro lato, tali imprese non assumerebbero rischi di mancato pagamento, va rilevato, innanzi tutto, che il regio decreto n. 2819/1998, relativo alla regolamentazione delle attività di trasporto e di distribuzione di energia elettrica, fissa, all'art. 15, gli elementi della retribuzione dell'attività di distribuzione, ossia: i costi di investimento, di gestione e di conservazione degli impianti, i costi dell'energia erogata, i costi di un modello che individui le aree di distribuzione, i costi degli incentivi alla qualità della fornitura e alla riduzione delle perdite e gli altri costi necessari all'esercizio dell'attività di distribuzione, tra i quali figurano quelli relativi alla gestione commerciale.

224 Poiché uno degli elementi della retribuzione dell'attività distributiva è il costo dell'energia erogata, l'affermazione della ricorrente secondo cui il compenso delle imprese di distribuzione è totalmente indipendente dalle vendite di energia realizzate e, quindi, dalla quantità di energia che è loro fornita, risulta infondato.

225 Va poi osservato che, sebbene, conformemente all'art. 20 del regio decreto n. 2819/1998, la retribuzione complessiva dell'attività di distribuzione sia calcolata annualmente ex ante, i distributori debbono però sostenere alcuni rischi derivanti dalla loro stessa gestione, in particolare per quel che riguarda le loro previsioni di domanda. Infatti, il distributore acquista l'elettricità dal consorzio al prezzo di mercato ma, come deriva dall'art. 4, lett. e), del regio decreto n. 2017/1997, viene retribuito sulla base del prezzo medio ponderato. Così, all'atto della liquidazione dei costi per l'acquisto dell'energia, ai sensi dell'allegato I.6 del regio decreto n. 2017/1997, il costo imputato al distributore non è quello che egli ha effettivamente pagato sul mercato, ma il prezzo medio ponderato degli acquisti di

energia effettuati dai distributori durante il periodo di liquidazione. Pertanto, il distributore che paga un prezzo superiore alla media perderà la differenza, poiché avrà sopportato un costo effettivo superiore a quello che gli viene effettivamente pagato. Al contrario, il distributore che paga un prezzo inferiore alla media otterrà un utile aggiuntivo. Di conseguenza, come del resto riconosce la ricorrente rispondendo ad un quesito scritto del Tribunale, il sistema in vigore assicura unicamente una remunerazione teorica dell'attività di distribuzione, mentre la remunerazione effettiva dipenderà dal livello di efficacia dei distributori al momento dell'acquisto dell'energia.

226 Peraltro, riguardo alle vendite di elettricità dei distributori ai consumatori finali, va rilevato che la ricorrente non ha dimostrato l'inesattezza dell'affermazione contenuta al trentacinquesimo 'considerando' della decisione, secondo cui il rischio del mancato pagamento da parte dei clienti finali del prezzo (regolamentato) dell'elettricità fornita è a carico delle società di distribuzione. Se è vero che esiste un meccanismo che permette di tener conto, entro certi limiti, del rischio del mancato pagamento in modo generale, ciò non toglie che sia il distributore a sopportare il rischio di mancato pagamento, come deriva dall'art. 4, lett. a), ultima frase, del regio decreto n. 2017/1997, ai sensi del quale «nella procedura di liquidazione vengono presi in considerazione i redditi ottenuti a questo titolo a partire dai dati di fatturazione, indipendentemente dalla loro riscossione». Poiché questa disposizione fa riferimento alla fatturazione e non agli importi effettivamente incassati, si deve ritenere che il rischio di mancato pagamento della fattura da parte del cliente gravi sull'impresa di distribuzione.

227 Questa conclusione non è invalidata dal fatto che l'art. 79, n. 7, del regio decreto n. 1955/2000, relativo alla regolamentazione delle attività di trasporto, di distribuzione, di commercializzazione, di fornitura, nonché delle procedure di autorizzazione degli impianti di energia elettrica, preveda che le imprese di elettricità possano esigere la costituzione di un deposito cauzionale. Infatti, da un lato, l'importo di detto deposito si limita alla fatturazione mensile di 50 ore di utilizzo per la potenza installata. Dall'altro lato, tale disposizione prevede inoltre che alcune categorie di consumatori, secondo aree geografiche determinate, possano essere esonerate dal pagamento del deposito. Infine, secondo la sesta disposizione transitoria del suddetto regio decreto, il deposito non può essere preteso nei

confronti di consumatori che, al momento della sua entrata in vigore, ricevano già la fornitura ad una tariffa regolamentata. Orbene, come fa osservare la Commissione, senza essere contraddetta dalla ricorrente su questo punto, la grande maggioranza dei consumatori di elettricità a tariffa regolamentata aveva sottoscritto un contratto di fornitura di elettricità prima del 2000. Ne consegue che i depositi cauzionali coprono soltanto una parte del rischio di mancato pagamento.

228 Quanto al fatto che la qualificazione delle imprese di distribuzione come intermediari corrisponde alla prassi abituale nel settore dell'energia in Spagna, si deve comunque osservare, benché ciò non sia decisivo, che a seguito del quesito scritto posto dal Tribunale e delle osservazioni presentate dalle parti in udienza, è emerso che non vi era unanimità riguardo alla prassi della correzione «pass through» nelle imprese del settore.

229 Infine, in merito all'affermazione della ricorrente secondo cui il rifiuto di considerare la correzione «pass through» è viziato da una grave carenza nell'analisi, che si traduce in un eccesso di potere e in un'insufficienza nella motivazione, in quanto la Commissione ha improvvisamente palesato dubbi riguardo a tale correzione nella fase finale della procedura, mentre in precedenza non aveva mai chiesto all'Endesa spiegazioni in merito, è sufficiente rilevare che il fatto che certe informazioni siano state raccolte al termine della procedura non può di per sé pregiudicare la legalità della decisione. Inoltre, la complessità della causa è tale da giustificare che la Commissione cerchi di ottenere informazioni complementari, anche in una fase avanzata della procedura e dopo aver acquisito una conoscenza più precisa del contesto. Peraltro, si deve osservare in ogni caso che la richiesta di informazioni inviata dalla Commissione il 28 settembre 2005 conteneva già diverse questioni relative all'eventuale eliminazione di alcuni redditi percepiti in Spagna (questioni 2 e 3) e che la ricorrente ha dato nella sua risposta chiarimenti riguardo alla correzione «pass through» (lettera del 5 ottobre 2005).

230 Da quanto precede deriva che gli argomenti della ricorrente dedotti a sostegno della censura riguardante la mancata correzione «pass through» debbono essere disattesi.

- 231 Di conseguenza, il Tribunale constata che non è necessario esaminare la fondatezza della tesi svolta dalla ricorrente in subordine, secondo cui, anche qualora si considerasse che le società di distribuzione non agiscono come intermediari, occorre ancora verificare se le operazioni di distribuzione non costituiscano in parte operazioni all'interno del gruppo. Infatti, dalla risposta che la ricorrente ha dato al quesito scritto del Tribunale emerge che questa correzione corrispondente è pari a EUR 1 510 milioni. Orbene, dal fascicolo risulta che, anche se tutte le altre correzioni proposte dalla ricorrente fossero state accettate e tutte le «contro-correzioni» proposte dalla Gas Natural respinte, detto importo non sarebbe sufficiente a conferire all'operazione di concentrazione una dimensione comunitaria.
- 232 Alla luce di tali considerazioni, occorre respingere il primo capo del quarto motivo.
- 233 Poiché la correzione «pass through» è comunque necessaria perché si possa raggiungere la dimensione comunitaria dell'operazione di concentrazione, non vi è ragione di esaminare nemmeno il secondo capo del motivo, riguardante gli scambi di gas.
- 234 Da quanto precede deriva che il quarto motivo va respinto.

Sul quinto motivo, attinente alla violazione dei criteri indicati nella comunicazione, all'assenza di analisi e di motivazione e a allo sviamento di potere

Argomenti delle parti

- 235 L'Endesa sostiene che, per le ragioni menzionate nel secondo, terzo e quarto motivo di annullamento, nonché in ragione dei vizi di procedura che inficiano la decisione, quest'ultima deve essere annullata senza che occorra pronunciarsi sulla valutazione

manifestamente erronea che la Commissione fa delle altre correzioni proposte. Considerata la sua domanda diretta a che il ricorso venga trattato secondo la procedura accelerata, la ricorrente spiega di volersi limitare a dedurre l'insufficienza della motivazione della decisione a questo riguardo.

236 L'Endesa critica l'approccio seguito dalla Commissione, che ha fatto leva sulla mancanza di fondamento giuridico specifico nella comunicazione per respingere una serie di correzioni, prendendo in esame alcune correzioni e non altre.

237 Quanto al primo punto, la Commissione trascurerebbe nuovamente che la base giuridica per il calcolo del fatturato delle imprese interessate è l'art. 5 del regolamento, e non la comunicazione. Ritenere ammissibili unicamente le correzioni previste in questa o nei termini che vi sono indicati, senza chiedersi se esse siano conformi o meno al regolamento, costituirebbe un errore manifesto.

238 Quanto al secondo punto, l'Endesa ritiene che la Commissione avrebbe dovuto spiegare secondo quale criterio essa ha selezionato le correzioni meritevoli di essere oggetto di analisi e quelle per le quali detta analisi si poteva omettere. La giustificazione fornita al punto 70 della decisione, secondo cui «la Commissione (...) non considera necessario trarre delle conclusioni sul punto, dato che la concentrazione non ha dimensione comunitaria, anche se fossero accettate le suddette correzioni», sarebbe inaccettabile, poiché si sarebbe potuta dare la stessa giustificazione per numerose altre correzioni molto meno importanti e che tuttavia sono state prese in esame.

239 L'Endesa fa valere altri elementi che, considerati nel loro complesso, costituirebbero indici chiari e univoci di uno sviamento di potere. Sarebbe per lo meno singolare, ad esempio, che la Commissione non valuti nessuna delle correzioni proposte dalla Gas Natural, con l'eccezione di una sola, relativa alle «società non consolidate» del

gruppo, che opera, anche se in modo trascurabile, nei suoi confronti. Ancora più significativo sarebbe osservare che la Commissione ha ommesso di menzionare nella decisione il caso di un'altra società non consolidata (Ergon Energía) citata dall'Endesa nella sua risposta alla domanda di informazioni della Commissione del 4 novembre 2005. Ora, se si tenesse conto di tutte le società non consolidate, la bilancia penderebbe a favore della dimensione comunitaria dell'operazione. La motivazione del punto relativo ai redditi supplementari dell'Endesa in Italia (punti 60-64 della decisione) sarebbe altrettanto sorprendente, in quanto la Commissione fa riferimento a due voci, ma non si pronuncia su quella che era economicamente la più importante.

240 Secondo l'Endesa, una lettura attenta della decisione permette di capire che il solo obiettivo della Commissione è stato quello di limitare i rischi di un annullamento della decisione da parte del Tribunale, quando essa era invece tenuta a mettere in atto le regole in materia di competenza e, in particolare, ad esporre le ragioni per le quali negava le correzioni proposte.

241 Essa afferma che il fatto che la Commissione abbia rinunciato alle responsabilità su di essa gravanti riguardo all'individuazione della propria competenza costituisce uno sviamento di potere che, per di più, viola i diritti della difesa in mancanza di una motivazione sufficiente, quando invece essa ha attivamente collaborato, durante tutta la fase amministrativa del procedimento, fornendo una serie di dati richiesti dalla Commissione.

242 Il termine di 24 ore concesso all'Endesa per rispondere ad una domanda di informazioni inviata 50 giorni dopo l'avvio della procedura, e che doveva rivelarsi determinante nella motivazione della decisione, sarebbe un indizio supplementare di uno sviamento di potere, oltre a costituire una violazione dei diritti della difesa.

243 Alla luce degli elementi appena menzionati, e in particolare dell'assenza di giustificazione della scelta delle correzioni prese in esame e dell'insufficienza della motivazione, e tenuto conto degli argomenti dedotti in merito alle due censure principali (relativi ai principi contabili, da un lato, e alla correzione «pass through» nonché alla correzione riguardante gli scambi di gas, dall'altro lato), l'Endesa ritiene che sia inutile sviluppare gli argomenti con cui contesta la valutazione delle diverse correzioni prese in esame ai punti 37-72 della decisione.

244 La Commissione, sostenuta dalle parti intervenienti, afferma che il presente motivo si compone di argomenti diversi, che sostanzialmente si limitano ad esprimere la sorpresa della ricorrente di fronte a taluni aspetti della decisione, e il cui unico scopo sembra essere quello di far sì che si considerino come contestate le valutazioni delle correzioni che non sono oggetto di critica esplicita. La Commissione sostiene che detta critica non è affatto suffragata e non rinvia ad alcun passaggio preciso della decisione. Pertanto, essa ritiene che si tratti di un motivo irricevibile perché non risponde ai requisiti di forma sanciti dall'art. 44 del regolamento di procedura. Inoltre, se anche i presunti errori fossero reali, non potrebbero costituire prova di uno sviamento di potere.

Giudizio del Tribunale

245 Nell'ambito del presente motivo, la ricorrente formula una serie di argomenti eterogenei relativi alle altre correzioni respinte nella decisione, alle correzioni sulle quali la Commissione non si è pronunciata nella decisione, o ai tempi accordati per rispondere ad una richiesta di informazioni. Infine, la ricorrente invoca uno sviamento di potere.

246 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'esame delle altre correzioni proposte e che hanno costituito oggetto di analisi nella decisione, la ricorrente si limita a sostenere che la Commissione le ha respinte unicamente perché non sono previste nella comunicazione.

247 Vero è, come ricorda la Commissione, che il Tribunale ha già avuto occasione di spiegare che una procedura accelerata, che non prevede un secondo scambio di memorie, presuppone che gli argomenti della ricorrente vengano individuati chiaramente e definitivamente sin dal ricorso (sentenza EDP/Commissione, cit. supra al punto 93, punto 183). Tuttavia, nel caso di specie, la censura è ammissibile in quanto, benché esposta in modo assai sintetico e poco suffragata, può tuttavia essere intesa come riguardante un errore della Commissione, la quale avrebbe considerato ammissibili solo le correzioni previste nella comunicazione, senza verificare se tali correzioni fossero conformi o meno alle previsioni del regolamento.

248 Tuttavia, la censura va disattesa nel merito. Emerge infatti dall'esame della decisione che, al contrario di quel che sostiene la ricorrente, la Commissione non ha respinto alcuna delle correzioni in esame solo perché non erano esplicitamente previste nella comunicazione.

249 Difatti, il rigetto delle correzioni indicate ai punti 41-44 della decisione non è basato sulla comunicazione, bensì sulla circostanza che si tratta di correzioni che non sono state sottoposte ad audit o che non erano fondate (punto 44 della decisione). Né si fa riferimento alla comunicazione riguardo alla correzione analizzata ai punti 45-50 della decisione. Peraltro, il rigetto della correzione presa in esame ai punti 51-55 della decisione si basa sulla considerazione che si tratta di costi che le imprese di elettricità debbono sostenere per rimanere operative sul mercato e la conclusione fa riferimento all'art. 5, n. 1, del regolamento. La correzione esaminata ai punti 56 e 57 della decisione viene respinta perché, sotto un profilo contabile, il trasferimento di attivi di cui si tratta si dovrebbe considerare di per sé come un reddito, indipendentemente dal fatto che gli attivi trasferiti generino reddito o meno. Inoltre, la Commissione ha ritenuto che questo tipo di prassi fosse abituale o, per lo meno, non eccezionale. La conclusione fa rinvio sempre all'art. 5, n. 1, del regolamento. La critica della ricorrente non è fondata neppure per quel che riguarda la correzione esaminata ai punti 58 e 59, in cui si spiega che l'Endesa non ha dimostrato in modo sufficientemente chiaro che i redditi in questione riguardavano effettivamente anni precedenti, né per quel che riguarda la correzione esaminata ai

punti 60-64 della decisione, che è respinta sulla base del principio di prudenza e del regolamento stesso. Infine, per quanto riguarda la correzione valutata ai punti 65-68 della decisione, la conclusione fa riferimento sempre all'art. 5 del regolamento.

250 Da ciò consegue che la censura della ricorrente relativa alle altre correzioni respinte nella decisione non può essere accolta.

251 Occorre inoltre rilevare che la ricorrente non si può riservare la possibilità di dedurre in un momento successivo nuovi motivi o argomenti. Si deve pertanto ritenere che la decisione sia definitiva per quel che riguarda le altre correzioni proposte dall'Endesa e che hanno costituito oggetto di analisi da parte della Commissione nella decisione.

252 In secondo luogo, per quel che riguarda la censura attinente alle correzioni su cui la Commissione non si è pronunciata, la ricorrente sostiene che essa avrebbe dovuto spiegare secondo quale criterio ha scelto le correzioni meritevoli di analisi e quelle per cui tale analisi poteva non essere effettuata. A suo parere, tale scelta è totalmente ingiustificata ed ha per conseguenza di privare la decisione di fondamento qualora il Tribunale accolga uno dei due motivi principali, o entrambi, uno relativo ai principi contabili da utilizzare, l'altro relativo alla correzione «pass through» e a quella concernente gli scambi di gas.

253 Tale censura non può essere accolta. È chiaro difatti che, anche se l'insieme delle correzioni su cui la Commissione non si è pronunciata fossero accettate, la concentrazione non sarebbe di dimensione comunitaria, circostanza che si può verificare solo se, in più, dovessero essere accettati i conti IFRS prodotti dalla ricorrente, vuoi le due correzioni riguardanti la traslazione e gli scambi di gas. Dato che la Commissione ha concluso nella decisione per il rigetto sia dei conti IFRS sia delle due correzioni, era inutile che esaminasse le restanti correzioni proposte dall'Endesa.

- 254 La ricorrente non può neppure lamentare un difetto di motivazione al riguardo. Infatti, l'obbligo di motivazione, in particolare nell'ambito del controllo delle concentrazioni che esige un'adozione rapida delle decisioni, non impone alla Commissione di prendere posizione su correzioni che, anche se venissero accettate, sarebbero prive di conseguenze, dato che già dal rifiuto di altre correzioni risulta chiaro a sufficienza che l'operazione di concentrazione non ha dimensione comunitaria.
- 255 Per identici motivi, vanno respinti gli argomenti attinenti al fatto che la Commissione non ha valutato nessuna delle correzioni proposte dalla Gas Natural (con l'eccezione di quella che gioca a sfavore dell'Endesa) né quelle relative alle società non consolidate, in particolare la Ergon Energía. Per di più, va rilevato che, se la Commissione ha comunque accettato una delle correzioni proposte dalla Gas Natural, ciò dipende dal fatto che la ricorrente stessa ne aveva riconosciuto la fondatezza. Infine, l'accusa di non aver esaminato le correzioni proposte dalla Gas Natural è priva di senso, dal momento che l'effetto di queste «contro-correzioni» sarebbe quello di aumentare la proporzione del fatturato che la ricorrente realizza in Spagna.
- 256 In terzo luogo, per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo cui una lettura accorta della decisione permette di intuire che l'unico obiettivo della Commissione è stato quello di limitare i rischi di annullamento della decisione da parte del Tribunale, è sufficiente osservare che non si può accusare la Commissione di volersi garantire circa la legalità delle proprie decisioni perché non vengano annullate dal Tribunale.
- 257 In quarto luogo, per quanto riguarda la censura attinente al fatto che le è stato accordato un termine di sole 24 ore per rispondere ad una richiesta di informazioni inviata 50 giorni dopo l'avvio della procedura e che si sarebbe rivelato determinante nella motivazione della decisione, è sufficiente osservare che la ricorrente non ha domandato proroghe del termine ed ha potuto rispondere entro i tempi prescritti.

258 Infine, in quinto luogo, per quanto riguarda la censura riguardante uno sviamento di potere, va ricordato che un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista per far fronte alle circostanze del caso di specie (v. sentenze della Corte 21 giugno 1984, causa 69/83, Lux/Corte dei conti, Racc. pag. 2447, punto 30; 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e a., Racc. pag. I-4023, punto 24; 13 luglio 1995, causa C-156/93, Parlamento/Commissione, Racc. pag. I-2019, punto 31; 14 maggio 1998, causa C-48/96 P, Windpark Groothusen/Commissione, Racc. pag. I-2873, punto 52, e 22 novembre 2001, causa C-110/97, Paesi Bassi/Consiglio, Racc. pag. I-8763, punto 137). Poiché non risulta fondato nessuno dei vizi o degli errori invocati dalla ricorrente, nell'ambito tanto del presente motivo quanto degli altri motivi del ricorso, al fine di dimostrare l'esistenza di un presunto sviamento di potere, la censura va disattesa. In ogni caso, anche supponendo che gli asseriti errori fossero reali, essi non sono idonei a dimostrare uno sviamento di potere.

259 Il quinto motivo dev'essere quindi respinto.

260 Da quanto precede risulta che il ricorso dev'essere respinto in quanto infondato.

Sulle spese

261 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la ricorrente è risultata soccombente e tanto la Commissione quanto le parti intervenienti ne hanno chiesto la condanna alle spese, si deve dichiarare che la ricorrente sopporterà, oltre alle proprie spese, quelle della Commissione e della Gas Natural, comprese quelle relative al procedimento sommario.

262 Ai sensi dell'art. 87, n. 4, del regolamento di procedura, gli Stati membri intervenuti nella causa sopportano le proprie spese. Pertanto, il Regno di Spagna sopporterà le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) **Il ricorso è respinto.**

- 2) **La ricorrente sopporterà le proprie spese, nonché quelle sostenute dalla Commissione e dalla Gas Natural SDG SA, comprese quelle relative al procedimento sommario.**

- 3) **Il Regno di Spagna sopporterà le proprie spese.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 14 luglio 2006.

Il cancelliere

Il presidente

E. Coulon

M. Jaeger

Indice

Contesto normativo	II - 2543
Regolamenti relativi al controllo delle concentrazioni	II - 2543
Normativa sulla contabilità delle società	II - 2548
Comunicazione sul calcolo del fatturato	II - 2551
Fatti all'origine della controversia	II - 2552
Procedimento	II - 2556
Conclusioni delle parti	II - 2559
In diritto	II - 2560
Sul primo motivo, attinente a vizi di procedura	II - 2561
Sul primo capo, concernente l'adozione delle decisioni sulle richieste di rinvio prima della decisione	II - 2561
— Argomenti delle parti	II - 2561
— Giudizio del Tribunale	II - 2562
Sul secondo capo, relativo alla mancanza di trasparenza e alla violazione dei diritti della difesa	II - 2565
— Argomenti delle parti	II - 2565
— Giudizio del Tribunale	II - 2566
Sul terzo capo, relativo alla mancata sospensione della procedura nazionale ..	II - 2568
— Argomenti delle parti	II - 2568
— Giudizio del Tribunale	II - 2570
Sul secondo motivo, attinente all'inversione dell'onere della prova e al difetto di motivazione	II - 2571
Argomenti delle parti	II - 2571
Giudizio del Tribunale	II - 2573
	II - 2625

Sul terzo motivo, attinente alla mancata utilizzazione dei conti redatti secondo i principi contabili IAS/IFRS	II - 2580
Sul primo capo, attinente alla mancata utilizzazione dei principi IAS/IFRS in quanto unici principi contabili in vigore	II - 2581
— Argomenti delle parti	II - 2581
— Giudizio del Tribunale	II - 2582
Sul secondo capo, relativo alla prevalenza dei principi contabili IAS/IFRS	II - 2585
— Argomenti delle parti	II - 2585
— Giudizio del Tribunale	II - 2587
Sul terzo capo, relativo ad errori di diritto ed errori manifesti di valutazione che hanno influito sul rifiuto dei conti messi in conformità	II - 2591
— Argomenti delle parti	II - 2591
— Giudizio del Tribunale	II - 2598
Il quarto motivo, attinente al rifiuto della correzione «pass through» e di quella riguardante gli scambi di gas	II - 2602
— Argomenti delle parti	II - 2603
— Giudizio del Tribunale	II - 2606
Sul quinto motivo, attinente alla violazione dei criteri indicati nella comunicazione, all'assenza di analisi e di motivazione e a allo sviamento di potere	II - 2616
Argomenti delle parti	II - 2616
Giudizio del Tribunale	II - 2619
Sulle spese	II - 2623