

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Seconda Sezione)

21 settembre 2005 *

Nella causa T-87/05,

EDP — Energias de Portugal, SA, con sede in Lisbona (Portogallo), rappresentata dagli avv.ti C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht e J. Ruiz Calzado,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. A. Bouquet e M. Schneider, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

sostenuta da:

Gas Natural SDG, SA, con sede in Barcellona (Spagna), rappresentata dagli avv.ti J. Perez-Bustamante Köster e P. Suárez Fernández,

interveniente,

* Lingua processuale: l'inglese.

avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione della Commissione 9 dicembre 2004, C (2004) 4715 def., che dichiara incompatibile con il mercato comune l'operazione di concentrazione con cui l'EDP — Energias de Portugal, SA e Eni Portugal Investment, SpA, mirano all'acquisizione del controllo congiunto della Gás de Portugal SGPS, SA (caso COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP),

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

composto dai sigg. J. Pirrung, presidente, N.J. Forwood e S. Papasavvas, giudici,
cancelliere: sig. J. Plingers, amministratore

vista la fase scritta del procedimento ed in seguito all'udienza del 5 luglio 2005,

ha emanato la presente

Sentenza

Contesto normativo

¹ L'art. 2, n. 3, del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395,

pag. 1), nel testo rettificato (GU 1990, L 257, pag. 13), e modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento n. 4064/89 »), così recita:

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

- 2 L'art. 18, n. 2, del regolamento (CE) della Commissione 1° marzo 1998, n. 447, relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni di cui al regolamento (CE) n. 4064/89 del Consiglio (GU L 61, pag. 1), così dispone:

«Gli impegni proposti alla Commissione dalle imprese interessate a norma dell'articolo 8, paragrafo 2, del [regolamento n. 4064/89] che costituiscano, nelle intenzioni delle parti, la base per una decisione in forza di detto articolo 8, paragrafo 2, devono essere comunicati alla Commissione entro tre mesi dalla data di avvio del procedimento. In circostanze eccezionali la Commissione può prorogare tale termine».

- 3 Ai termini del punto 43 della comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 4064/89 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 447/98 della Commissione (GU 2001, C 68, pag. 3; in prosieguo: la «comunicazione concernente le misure correttive»):

«(...) Qualora le parti modifichino successivamente gli impegni proposti, la Commissione potrà accettare gli impegni modificati solo se è in grado di determinare chiaramente — in base alla propria valutazione delle informazioni già

ricevute nel corso dell'indagine, compresi i risultati della precedente indagine di mercato e senza dover ricorrere ad un'altra indagine — che tali impegni, una volta attuati, risolvono i problemi concorrenziali individuati e se viene lasciato un tempo sufficiente per un'adeguata consultazione degli Stati membri».

- 4 L'art. 3, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/55/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE (GU L 176, pag. 57; in prosieguo: la «seconda direttiva gas»), prevede quanto segue:

«Gli Stati membri, in base alla loro organizzazione istituzionale e nel dovuto rispetto del principio di sussidiarietà, fanno sì che le imprese di gas naturale (...), siano gestite secondo i principi della presente direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale, e si astengono da qualsiasi discriminazione tra tali imprese riguardo ai loro diritti o obblighi».

- 5 L'art. 2, n. 31, della seconda direttiva gas definisce il mercato emergente quale «uno Stato membro in cui la prima fornitura commerciale del primo contratto di fornitura a lungo termine di gas naturale è stata effettuata da non oltre dieci anni».

- 6 L'art. 28, nn. 2 e 3, della seconda direttiva gas così recita:

«2. Uno Stato membro avente le caratteristiche per essere considerato mercato emergente che, a seguito dell'attuazione della presente direttiva, incontrerebbe seri problemi può derogare agli articoli 4 e 7, all'articolo 8, paragrafi 1 e 2, all'articolo 9,

all'articolo 11, all'articolo 12, paragrafo 5, all'articolo 13, all'articolo 17, all'articolo 18, all'articolo 23, paragrafo 1 e/o all'articolo 24 della presente direttiva. Tale deroga scade automaticamente allorché tale Stato membro non può più essere considerato mercato emergente. Qualsiasi deroga di questo tipo è notificata alla Commissione.

3. Alla scadenza della deroga di cui al paragrafo 2, la definizione di clienti idonei si tradurrà in un'apertura del mercato pari almeno al 33 % del consumo totale annuo di gas del mercato nazionale. Due anni dopo è applicato l'articolo 23, paragrafo 1), lettera b) e tre anni dopo, l'articolo 23, paragrafo 1), lettera c). Fintantoché si applica l'articolo 23, paragrafo 1, lettera b), lo Stato membro di cui al paragrafo 2 può decidere di non applicare l'articolo 18 per quanto riguarda i servizi ausiliari e lo stoccaggio provvisorio per il processo di rigassificazione e la successiva consegna al sistema di trasporto».

I fatti

- 7 La ricorrente, EDP — Energias de Portugal, SA (in prosieguo: l'«EDP» o la «ricorrente»), è storicamente la società portoghese dell'energia elettrica. Le sue principali attività consistono nella produzione, nella distribuzione e nella fornitura di elettricità dal Portogallo. L'EDP è quotata alla borsa Euronext di Lisbona (Portogallo). Lo Stato portoghese ne è il maggiore azionista possedendo, direttamente o indirettamente il 30 % del capitale, ove il restante azionariato è molto diversificato. L'EDP controlla la Hidrocontábrico, società operante nei settori dell'elettricità e del gas in Spagna. L'EDP possiede partecipazioni nella Turbogás (20 %) e nella Tejo Energia (10 %), società operanti nel settore della produzione di elettricità in Portogallo. L'EDP possiede parimenti il 30 % della Rede Eléctrica National, SA, gestrice della rete elettrica portoghese.
- 8 L'Eni SpA è un'impresa italiana che opera a tutti i livelli nella catena di fornitura e distribuzione di energia.

- 9 La Gás de Portugal SGPS, SA (in prosieguito: la «GDP») è storicamente la società portoghese del gas. La GDP è controllata al 100% dalla società portoghese Galp Energia SGPS, SA (in prosieguito: la «Galp»). La Galp è attualmente controllata dallo Stato portoghese e dall'Eni ed ha interessi sia nel settore petrolifero che in quello del gas. La GDP e le sue controllate coprono tutti i livelli della catena di fornitura del gas in Portogallo. Tramite la propria filiale Transgás, la GDP importa gas naturale in Portogallo per mezzo di un gasdotto e della terminale LNG («Liquefied Natural Gas», gas naturale liquefatto) di Sinès ed è responsabile del trasporto, del deposito, della distribuzione e della fornitura tramite gasdotti ad alta pressione (in prosieguito: la «rete dei gas»). La GDP opera parimenti nel settore della fornitura di gas naturale ai grandi clienti industriali e nello sviluppo e gestione futura del più importante deposito sotterraneo di gas naturale. Tramite la propria controllata GDP Distribuição Energia, SA, controlla inoltre cinque della sei imprese locali di distribuzione del gas.
- 10 La Rede Eléctrica Nacional SA (in prosieguito: la «REN») è una società portoghese risultante dalla privatizzazione («spin-off»), avuta luogo nel 1994, della rete elettrica portoghese precedentemente appartenente all'EDP. La REN gestisce attualmente la rete elettrica portoghese ed agisce in qualità di «unico acquirente», ai sensi delle direttive comunitarie, atteso che acquista l'elettricità presso i produttori e la rivende ai distributori/fornitori per la fornitura ai clienti «non idonei», vale a dire ai clienti che non possono scegliere i propri fornitori. Lo Stato portoghese controlla direttamente o indirettamente il 70% della REN.
- 11 Nel 2003 il governo portoghese varava una politica di ristrutturazione del settore dell'energia in Portogallo in vista della futura liberalizzazione completa del detto settore, liberalizzazione richiesta dalle pertinenti direttive comunitarie. Come originariamente previsto dal governo portoghese, tale ristrutturazione doveva articolarsi sulle seguenti fasi:
- la separazione delle attività della Galp relative al gas e al petrolio in tre settori distinti: a) il trasporto di gas (Transgás), b) la distribuzione e la fornitura di gas (GDP), e c) la raffinazione dei prodotti petroliferi (Petrogal);

- la promozione dell'integrazione delle attività relative al gas e all'elettricità in seno allo stesso gruppo economico;
 - l'acquisizione delle attività del trasporto del gas (in particolare, la rete del gas e, potenzialmente, altri elementi oggetto di regolamentazione) da parte della REN.
- 12 Ai termini di un accordo di acquisto di azioni del 31 marzo 2004, l'EDP, l'Eni (tramite la propria controllata al 100 %, l'Eni Portugal Investment, SpA) e la REN dovevano acquistare congiuntamente alla Galp l'intero capitale della GDP. In pari data veniva concluso un altro accordo riguardante la partecipazione temporanea della REN nella GDP nonché la futura vendita della rete del gas alla REN a titolo di contropartita della propria partecipazione nella GDP. La conclusione di tutta l'operazione era subordinata alla sua approvazione in toto da parte delle competenti autorità in materia di concorrenza.
- 13 In data 9 luglio 2004, la Commissione riceveva notifica di tutta l'operazione, conformemente all'art. 4 del regolamento n. 4064/89. Ritenendo che l'operazione, complessivamente considerata, implicasse due operazioni distinte, l'una diretta al controllo esclusivo della rete del gas da parte della REN e l'altra diretta all'acquisizione del controllo congiunto della GDP da parte dell'EDP e dell'Eni (in prosieguo: le «parti») per effetto di contratti di acquisto di pacchetti azionari, la Commissione concludeva che quest'ultima operazione (in prosieguo: la «Concentrazione») presentasse dimensione comunitaria (GU C 185, pag. 3).
- 14 In pari data, l'acquisizione da parte della REN del controllo esclusivo della rete del gas veniva notificata all'autorità portoghese in materia di concorrenza.
- 15 In esito ad un esame preliminare, la Commissione concludeva che la Concentrazione desse adito a seri dubbi quanto alla sua compatibilità con il mercato comune. Conseguentemente, l'istituzione avviava, il 12 agosto 2004, un procedimento al riguardo ai termini dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89.

- 16 Il 12 ottobre 2004 la Commissione inviava alle parti una comunicazione di addebiti in cui dichiarava, a titolo provvisorio, che la Concentrazione era incompatibile con il mercato comune.
- 17 Le parti replicavano alla comunicazione degli addebiti in data 27 ottobre 2004.
- 18 Il giorno seguente le parti offrivano impegni diretti a risolvere i problemi concorrenziali individuati dalla Commissione nella comunicazione degli addebiti.
- 19 Il 29 ottobre ed il 4 novembre 2004 la Commissione inviava un questionario, ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 4064/89, ai potenziali concorrenti dell'ente scaturito dalla fusione, alle autorità di regolamentazione spagnole e portoghesi nonché all'operatore della rete del gas spagnolo (in prosieguo: il «test di mercato»).
- 20 Il 17 novembre 2004 le parti presentavano modificazioni dei loro precedenti impegni.
- 21 Il 26 novembre seguente le parti presentavano nuove modifiche dei propri impegni relativi al settore dell'elettricità ed annunciavano nuove modifiche dei propri impegni relativi al settore del gas. La sera del 3 dicembre 2004 comunicavano alla Commissione il testo definitivo delle modifiche relative al settore del gas.

- 22 Con decisione 9 dicembre 2004 [caso COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP C (2004) 4715 def.] (in prosieguo: la «decisione impugnata»), la Commissione dichiarava la Concentrazione incompatibile con il mercato comune.
- 23 In considerazione delle esigenze della specie, la decisione impugnata può essere riassunta nei seguenti termini.
- 24 In primo luogo, la Commissione ha individuato i seguenti otto mercati, quali i mercati che possono essere interessati dalla Concentrazione:

— per l'elettricità:

— il mercato della fornitura di elettricità all'ingrosso in Portogallo;

— il mercato della fornitura di elettricità al dettaglio alle grandi utenze industriali in Portogallo;

— il mercato della fornitura di elettricità al dettaglio alle piccole utenze industriali, commerciali e domestiche in Portogallo;

— il mercato del bilanciamento dell'offerta e della domanda di elettricità («balancing power»; in prosieguo: il «bilanciamento») e i servizi ausiliari in Portogallo;

- per il gas:
 - il mercato della fornitura di gas ai produttori di elettricità con centrali a gas («Combined Cycle Gas Turbine»; in prosieguo: le «CCGT») in Portogallo;
 - il mercato della fornitura di gas alle società di distribuzione locali («Local Distribution Companies»; in prosieguo: le «LDC») in Portogallo;
 - il mercato della fornitura di gas alle grandi utenze industriali in Portogallo;
 - il mercato della fornitura di gas alle piccole utenze industriali, commerciali e domestiche in Portogallo o su scala locale.

²⁵ In secondo luogo, la Commissione riteneva che, sotto il profilo della concorrenza, la Concentrazione producesse i seguenti effetti:

- sui mercati dell'elettricità:
 - eliminasse la concorrenza potenziale significativa della GDP sul mercato all'ingrosso nell'elettricità (effetto orizzontale);

- eliminasse la concorrenza potenziale significativa della GDP sui singoli mercati al dettaglio dell'elettricità (effetto orizzontale);

- eliminasse la concorrenza potenziale significativa della GDP sul mercato del bilanciamento e dei servizi ausiliari (effetto orizzontale);

- ponesse l'EDP a conoscenza dei costi di acquisto e del fabbisogno giornaliero di gas dei suoi concorrenti attuali e dissuadesse o ritardasse l'ingresso di concorrenti potenziali che intendessero gestire una nuova CCGT (effetto non orizzontale);

- consentisse all'EDP un accesso privilegiato e preferenziale alle risorse di gas naturale disponibili in Portogallo (effetto non orizzontale);

- consentisse all'EDP di escludere in modo significativo i propri concorrenti e la incitasse in tal senso, aumentando il livello dei prezzi del gas e/o diminuendo la qualità della fornitura (effetto non orizzontale);

- impedisse ai produttori di elettricità di accedere alla domanda sul mercato della fornitura di gas (effetto non orizzontale);

- sui mercati del gas:

- impedisse alle LDC l'accesso alla domanda sul mercato alla fornitura di gas (effetto non orizzontale);

- eliminasse la concorrenza potenziale significativa dell'EDP sul mercato della fornitura di gas alle grandi utenze (effetto orizzontale);

- eliminasse la concorrenza potenziale significativa dell'EDP sul mercato della fornitura di gas alle piccole utenze (effetto orizzontale).

²⁶ Come rilevato supra, le parti proponevano alla Commissione una serie di impegni in data 28 ottobre 2004 (A — P), 17 novembre 2004 (EDP.1 — EDP.5; ENI.II — ENI.XIV), 26 novembre 2004 e 3 dicembre 2004. Tali impegni contenevano le seguenti misure correttive:

- vendita del terminale di regassificazione di Sinès alla REN (A/ENI.II);

- vendita degli impianti di deposito sotterraneo di Carriço alla REN (B/ENI.III);

- vendita anticipata della rete del gas alla REN (ENI.IV);

- garanzie di accesso alla rete del gas nell'attesa della pubblicazione del codice di accesso alla rete per i terzi ovvero la vendita della rete alla REN (C/ENI.V);

- liberazione delle capacità del gas a Campo Maior, punto d'ingresso del gasdotto in Portogallo, attualmente riservate ed inutilizzate dalla Transgás (D/ENI.VI);

- impegno di non riservare capacità supplementari a Campo Maior (E/ENI.VII);

- impegno di non riservare capacità supplementari del gasdotto di Estremadura (F/ENI.VIII);

- impegno di rendere disponibili capacità del gasdotto di Estremadura e/o a Campo Maior in presenza di determinate condizioni (ENI.IX);

- emendamento dell'accordo di acquisto del 31 marzo 2004 con riferimento ai diritti della GDP detti «meccanismo di allineamento sulla migliore offerta», che riguarda le offerte di approvvigionamento di gas dell'EDP, a breve termine, sul mercato; (G/ENI.X);

- misure dirette ad eliminare le preoccupazioni relative ad un possibile accesso privilegiato alle informazioni sui prezzi (H/ENI.XI);

- misure destinate a garantire un'effettiva liberalizzazione della domanda delle grandi utenze (I/ENI.XII);

- misure di impegno di vendere una o più LDC controllate da una delle parti (J/ENI.XIV);

- impegno di non realizzare duplici offerte di gas naturale e di elettricità alle grandi e piccole utenze sino alla liberalizzazione di tali mercati (K/ENL.XIII);

- riduzione della partecipazione dell'EDP nel capitale della REN dal 30 % al 5 % circa (L/EDP.1);

- moratoria sulla costruzione di nuove CCGT (M/EDP.3);

- impegno di cedere temporaneamente in locazione la capacità di una delle tre CCGT dell'EDP situate a Ribatejo («TER») (N/EDP.4);

- impegno di vendere la partecipazione dell'EDP nella Tejo Energia (O/EDP.2);

- impegno di sospendere temporaneamente taluni diritti di voto dell'EDP in seno alla Turbogás e di nominare nel direttorio membri indipendenti (P/EDP.5).

²⁷ In terzo luogo, la Commissione procedeva alla valutazione degli effetti del gruppo di impegni del 28 ottobre 2004, quindi degli effetti del gruppo di impegni modificati del 17 novembre 2004, ritenendo in conclusione che nessun impegno risolvesse i problemi concorrenziali da essa individuati. La Commissione riteneva che il gruppo di impegni modificato proposto il 26 novembre 2004 non eliminasse completamente e senza ambiguità i problemi concorrenziali, eccezion fatta per il mercato della fornitura di gas alle LDC, e che i detti impegni risultavano, in parte, meramente intenzionali. L'istituzione respingeva parimenti il gruppo di impegni modificato proposto il 3 dicembre 2004 e confermativo del gruppo proposto il 26 novembre

precedente, sulla base del duplice rilievo, da un lato, che tali impegni erano stati presentati all'istituzione troppo tardivamente e, dall'altro, che si trattava di impegni meramente esecutivi di quelli sottoposti il 26 novembre precedente.

- 28 In definitiva, per i summenzionati motivi, individualmente o complessivamente considerati, la Commissione giungeva alla conclusione che, malgrado gli impegni proposti dalle parti, la Concentrazione rafforzasse le posizioni determinanti dell'EDP sui mercati all'ingrosso dell'elettricità, del bilanciamento e dei servizi ausiliari nonché sui mercati al dettaglio e dell'elettricità per le grandi e piccole utenze in Portogallo e, parimenti, le posizioni dominanti della GDP sui mercati della fornitura di gas alle CCGT, alle grandi e piccole utenze, con conseguente risultato di un significativo ostacolo alla concorrenza in una sostanziale parte del mercato comune. La Concentrazione doveva essere quindi dichiarata incompatibile con il mercato comune, conformemente all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89.

Procedimento e conclusioni delle parti

- 29 Con atto registrato presso la cancelleria del Tribunale in data 25 febbraio 2005, la ricorrente ha proposto il presente ricorso avverso la decisione impugnata.
- 30 Con separato atto depositato in pari data, la ricorrente ha parimenti chiesto l'applicazione della procedura generale, ai sensi dell'art. 76 bis del regolamento di procedura del Tribunale.
- 31 Nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento di cui all'art. 64 del regolamento di procedura, la ricorrente e la convenuta sono state invitate ad assistere ad una riunione informale in data 6 aprile 2005 con il giudice relatore al

fine di esaminare la possibilità di accoglimento della domanda di procedura accelerata. Al termine di tale riunione informale la ricorrente si è impegnata a depositare il proprio ricorso in forma sintetica, conformemente alle esigenze di cui alle istruzioni pratiche del Tribunale alle parti, e la Commissione ha chiesto una proroga del termine al fine di predisporre le proprie difese. Il giudice relatore ha proceduto all'elaborazione di un calendario previsionale del procedimento. Il 22 aprile 2005 la ricorrente ha depositato il proprio ricorso in forma sintetica, che differisce principalmente dall'originale per l'abbandono del primo e del secondo motivo. La Commissione ha depositato il proprio controricorso il 14 maggio seguente.

32 Il 25 maggio 2005 la Seconda Sezione del Tribunale, a cui la causa è stata rimessa, ha deciso di concedere, nel presente giudizio, il beneficio della procedura accelerata.

33 Con ordinanza del presidente della Seconda Sezione del Tribunale 13 giugno 2005, sentite le parti principali, la Gas Natural è stata autorizzata, all'udienza, ad intervenire nel presente procedimento, ai sensi dell'art. 76 bis del regolamento di procedura, a sostegno delle conclusioni della Commissione ed è stata parimenti accolta la domanda di confidenzialità delle parti principali, con riserva di osservazioni dell'interveniente. Quest'ultima ha confermato di non aver eccezioni da sollevare con riguardo alla domanda di confidenzialità.

34 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale ha deciso di passare alla fase orale e, a titolo di misure di organizzazione del procedimento, ha invitato l'interveniente a fornire, anzitutto, il piano dettagliato del proprio intervento all'udienza. Su domanda della ricorrente, il Tribunale ha invitato la Commissione e l'interveniente a produrre il verbale di una riunione svoltasi tra i medesimi a Madrid il 27 agosto 2004, invito al quale le dette parti hanno ottemperato. Infine, il Tribunale ha posto taluni quesiti alle parti principali, invitandole a rispondergli all'udienza. La ricorrente ha risposto per iscritto a tutti i quesiti posti alla vigilia dell'udienza (in prosieguo: la «risposta all'udienza»). Tale risposta è stata comunicata alle altre parti in pari giorno.

35 Le difese orali delle parti e le loro risposte ai quesiti del Tribunale sono state sentite all'udienza del 5 luglio 2005. I documenti prodotti dalla ricorrente all'udienza non sono stati inseriti negli atti del procedimento.

36 La ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

- annullare la decisione impugnata;
- condannare la Commissione alle spese.

37 La Commissione conclude che il Tribunale voglia:

- respingere il ricorso;
- condannare la ricorrente alle spese.

38 L'interveniente conclude che il Tribunale voglia respingere il ricorso.

Sul merito

39 Occorre rilevare, in limine, che, in considerazione dei vincoli risultanti dalla procedura accelerata concessa nella specie, d'altronde con l'accordo delle parti principali, viene richiamata, in linea di principio — ed unicamente laddove

necessario —, solamente la sostanza degli argomenti della parte soccombente sul relativo mezzo. A tal riguardo, sono stati presi in considerazione tutti gli argomenti delle parti atti ad incidere sulla soluzione della controversia, ivi compresi quelli non espressamente rilevati nella relazione d'udienza, approvata dalle parti con riserva di modifiche minori. Conseguentemente, l'esposizione del ragionamento del Tribunale è limitata alla motivazione necessaria per sorreggere compiutamente ed interamente il dispositivo della presente decisione (v., in tal senso, sentenza della Corte 15 giugno 2000, causa C-237/98 P, Dorsch Consult/Consiglio e Commissione, Racc. pag. I-4549, punto 51).

40 Il Tribunale rileva che la ricorrente ha espressamente accettato di desistere, subordinatamente alla concessione della procedura accelerata, dai suoi due primi motivi nonché dal terzo capo del terzo motivo del ricorso iniziale, al fine di contribuire alla rapida emanazione di una decisione giurisdizionale. Tale desistenza è stata motivata dal fatto che, nell'ipotesi di un annullamento della decisione impugnata sui primi motivi di forma, relativi al mancato accesso agli atti ed alla carenza di motivazione, ovvero sulla base del terzo capo del terzo motivo, relativo alla violazione del principio di sana amministrazione, la Commissione non sarebbe stata tenuta, a priori, ad applicare, in un'eventuale nuova decisione, criteri differenti in materia di concorrenza rispetto a quelli seguiti nella decisione impugnata. Atteso che la procedura accelerata è stata concessa nella specie, il Tribunale prende atto della desistenza da tali due motivi e dal terzo capo del terzo motivo.

41 Nel ricorso sintetico la ricorrente deduce quattro motivi. In primo luogo, deduce che la Commissione avrebbe ignorato la deroga di cui beneficia il Portogallo ai termini dell'art. 28, n. 2, della seconda direttiva gas. In secondo luogo, la ricorrente invoca la violazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 nella parte in cui la Commissione non avrebbe accettato la ricorrenza del secondo criterio indicato dal detto articolo. In terzo luogo, la ricorrente lamenta violazioni formali e/o procedurali dell'art. 8, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89. In quarto luogo, la ricorrente deduce errori di valutazione da parte della Commissione con riguardo agli impegni assunti ai sensi dell'art. 8, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89.

- 42 Si deve anzitutto rilevare che taluni motivi di ordine generale, vale a dire non specificamente connessi ad uno dei mercati di cui trattasi, sono di per sé idonei a determinare l'annullamento della decisione impugnata. Conseguentemente, occorre anzitutto esaminare tali motivi di ordine generale, vale a dire il secondo e il terzo motivo, quindi il primo motivo relativo, principalmente, ai mercati del gas e, infine, il quarto motivo.
- 43 All'udienza la Commissione ha formulato riserve in ordine alla circostanza che la ricorrente aveva fornito la propria risposta all'udienza per iscritto. Si deve rammentare, a tal riguardo, che, su 23 quesiti posti alle parti principali, il Tribunale aveva richiesto la forma scritta solamente per due risposte della ricorrente. Tuttavia, quest'ultima ha fornito tutte le sue risposte per iscritto alla vigilia dell'udienza e, all'udienza, si è limitata a rinviare a tali scritti. Laddove la Commissione intende far valere una violazione dei propri diritti di difesa, si deve sottolineare che tali risposte scritte le sono state trasmesse nel tardo pomeriggio alla vigilia dell'udienza e che era quindi materialmente possibile per l'istituzione commentarle all'udienza. L'indiscutibile verità del termine in tal modo offerto alla Commissione resta tuttavia nell'ordine dell'accettabile nell'ambito della procedura accelerata che caratterizza il presente giudizio, nell'ambito del quale termini estremamente brevi sono stati imposti a tutte le parti ivi compreso il Tribunale. Inoltre, la possibilità fornita alla Commissione di esaminare la sostanza delle risposte della ricorrente già alla vigilia dell'udienza anziché il giorno stesso ha garantito un miglior svolgimento del contraddittorio.

I — *Sul secondo motivo, relativo alla violazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89*

- 44 Con il presente motivo la ricorrente deduce, sostanzialmente, in primo luogo, che l'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 contiene due criteri distinti e, in secondo luogo, che, nella decisione impugnata, la Commissione non ha valutato se il secondo criterio fosse soddisfatto.

- 45 Il Tribunale rammenta che l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89 detta, infatti, due criteri cumulativi relativi, il primo, alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante e, il secondo, al fatto che una concorrenza effettiva nel mercato comune non sia ostacolata in modo significativo dall'instaurazione o dal rafforzamento di una posizione siffatta (v., in tal senso, sentenze del Tribunale 19 maggio 1994, causa T-2/93, Air Francia/Commissione, Racc. pag. II-323, punto 79; 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione, Racc. pag. II-2137, punto 156, e 25 ottobre 2002, causa T-5/02, Tetra Laval/Commissione, Racc. pag. II-4381, punto 146).
- 46 Tuttavia, in taluni casi, l'instaurazione o il rafforzamento di una posizione dominante può di per sé produrre la conseguenza di ostacolare in modo significativo la concorrenza.
- 47 In tal senso, può costituire un abuso il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto tale che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza (sentenza della Corte 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215, punto 26). La pertinenza di tale giurisprudenza risulta avvalorata dal fatto che la fattispecie esaminata dalla Corte nella detta sentenza, ad un'epoca in cui il regolamento n. 4064/89 ancora non esisteva, appare del tutto affine alla possibile fattispecie risultante da un'operazione di concentrazione ai sensi del regolamento medesimo.
- 48 Parimenti, in materia di concentrazione, una posizione dominante è caratterizzata da una situazione di forza economica detenuta da una o più imprese idonea a consentire loro di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi, dando loro la possibilità di attuare comportamenti indipendenti, in misura apprezzabile, nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, infine, dei consumatori (sentenza del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punto 200).

- 49 Ne consegue che la prova della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, può coincidere, in determinati casi, con la prova di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Tale accertamento non implica minimamente che il secondo criterio si confonda giuridicamente con il primo, bensì unicamente che da una stessa analisi in punto di fatto di un determinato mercato possa emergere che i due criteri siano soddisfatti.
- 50 Ne consegue che, laddove dai 'considerando' di una decisione che dichiara l'incompatibilità di un'operazione di concentrazione nel mercato comune — ivi compresi quelli formalmente dedicati ad un'analisi della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante — emerga che tale operazione produrrà effetti anticoncorrenziali significativi, tale decisione non potrà essere considerata viziata da illegittimità unicamente in base al motivo che la Commissione non abbia esplicitamente e specificamente ricollegato la descrizione di tali elementi al secondo criterio enunciato all'art. 2 del regolamento n. 4064/89, con riguardo tanto all'obbligo di motivazione ex art. 253 CE, quanto al merito. Infatti, diversamente ragionando si imporrebbe alla Commissione un obbligo puramente formale che la costringerebbe ad invocare due volte talune considerazioni identiche, in primo luogo, nell'ambito dell'analisi della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante su un determinato mercato e, una seconda volta, con riguardo all'ostacolo significativo alla concorrenza nel mercato comune.
- 51 Nella specie occorre respingere, in limine, la tesi della Commissione secondo cui il presente motivo si fonderebbe su una carenza di motivazione. Anche ammesso che dalla decisione impugnata emerga che la Commissione non abbia esaminato se il secondo criterio di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 fosse soddisfatto ovvero non abbia dimostrato che tale criterio fosse soddisfatto, si dovrebbe giungere alla conclusione che l'istituzione non si è conformata a tale disposizione. Infatti, nell'ambito di tale regolamento, la carenza di motivazione a tal riguardo non può significare altro che l'assenza o l'insufficienza sostanziale dell'esame dell'ottemperanza a tale secondo criterio e non che tale esame sarebbe stato sì effettuato omettendone peraltro l'esposizione.

52 Per quanto attiene alla censura principale della ricorrente, si deve ritenere che la Commissione si è premurata di verificare, nella decisione impugnata, per ognuno dei mercati interessati, la ricorrenza dei due criteri enunciati all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. In tal senso, la Commissione ha concluso che la Concentrazione rafforzava le posizioni dominanti preesistenti dell'EDP e della GDP, con la conseguenza che una concorrenza effettiva sarebbe stata significativamente ostacolata per il mercato all'ingrosso dell'elettricità ('considerando' 364, 379, 410, 428 e 429), per il mercato del bilanciamento e dei servizi ausiliari ('considerando' 432), per i mercati dell'elettricità al dettaglio ('considerando' 473), per i mercati della fornitura di gas ai produttori di elettricità ('considerando' 528), alle LDC ('considerando' 538), ai grandi clienti ('considerando' 550), ai piccoli clienti ('considerando' 602) e in generale ('considerando' 609), ivi compreso con l'esame di tutti gli impegni ('considerando' 914).

53 Si deve, certamente, parimenti rilevare che, nella decisione impugnata, la Commissione ha esaminato congiuntamente e senza distinzione gli elementi che l'hanno indotta a ritenere sussistente un rafforzamento delle posizioni dominanti preesistenti dell'EDP e della GDP nonché quelli che l'hanno indotta a concludere che la Concentrazione avrebbe inoltre prodotto la conseguenza di un significativo ostacolo di una concorrenza effettiva.

54 Tuttavia, tenuto conto del fatto che gli elementi esposti nella decisione impugnata, a dimostrazione del rafforzamento significativo delle posizioni dominanti dell'EDP e della GDP e quelli esposti a dimostrazione dell'ostacolo significativo alla concorrenza per effetto della Concentrazione sono spesso gli stessi, il semplice fatto che la Commissione non abbia dedicato capitoli specifici all'analisi dell'ostacolo significativo alla concorrenza non implica la conclusione che la Commissione abbia tralasciato il secondo criterio di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Così, nella specie, la maggior parte se non tutte le considerazioni sulla base delle quali la Commissione è giunta alla conclusione di un rafforzamento delle posizioni dominanti preesistenti sono fondate su una restrizione effettiva della concorrenza tale da poter sussistere in assenza della Concentrazione; tali considerazioni sono pertanto parimenti volte a dimostrare che anche il secondo criterio dettato dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 è soddisfatto. In particolare, laddove la Concentrazione non determina, ovvero determina solo accessoriamente un aumento delle quote di mercato delle parti su uno dei mercati di

cui trattasi, gli effetti anticoncorrenziali della Concentrazione risultano principalmente, se non essenzialmente, a parere della Commissione, da restrizioni effettive alla concorrenza sui singoli mercati di cui trattasi. Ad esempio, la dimostrazione, ottenuta nella decisione impugnata, del rafforzamento delle posizioni dominanti dell'EDP e della GDP per effetto della sparizione di un concorrente potenziale rilevante o significativo sulla maggior parte dei mercati interessati si fonda sulla dimostrazione di un ostacolo significativo alla concorrenza che sarebbe stato effettivo, a parere della Commissione, in conseguenza della Concentrazione (v., per esempio, per quanto attiene alla sparizione della GDP quale più probabile concorrente potenziale rilevante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità, i 'considerando' 335-364, sui mercati al dettaglio dell'elettricità, i 'considerando' 450-473, o, quanto alla posizione dell'EDP quale concorrente potenziale più significativo sul mercato al dettaglio del gas, i 'considerando' 559-599).

55 Ne consegue parimenti che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, nella decisione impugnata la Commissione non ha inteso la questione se fosse soddisfatto il secondo criterio dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 quale conseguenza automatica del primo criterio, bensì, inversamente, ha basato il proprio ragionamento sul fatto che gli ostacoli significativi alla concorrenza rafforzavano le posizioni dominanti dell'EDP o della GDP.

56 Conseguentemente, nemmeno l'analisi degli impegni da parte della Commissione, fondata su tale ragionamento, risulta intaccata dal vizio contestato dalla ricorrente. In tal senso, la Commissione, laddove ha concluso che gli impegni fossero insufficienti per risolvere i problemi concorrenziali previamente individuali, ha ritenuto che il rafforzamento delle posizioni dominanti dell'EDP o della GDP persistesse per effetto della sussistenza di ostacoli significativi alla concorrenza (v., ad esempio, per quanto attiene alla sparizione della GDP quale più probabile concorrente potenziale rilevante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità, i 'considerando' 650-675, sui mercati al dettaglio dell'elettricità, i 'considerando' 708-714, ovvero, per quanto attiene alla sparizione dell'EDP quale più significativo concorrente potenziale sul mercato al dettaglio del gas, i 'considerando' 735-738).

57 Si deve infine rilevare che la censura della ricorrente non va al di là di una critica di principio. In particolare, nell'ambito di tale motivo, la ricorrente non deduce né, a fortiori, dimostra che, su uno dei mercati di cui trattasi, le considerazioni concorrenziali svolte dalla Commissione sarebbero inidonee a provare materialmente l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

58 Da tutte le suesposte considerazioni emerge che la Commissione non ha trascurato il secondo criterio di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Il primo motivo dev'essere conseguentemente respinto.

II — Sul terzo motivo, relativo alla violazione dell'art. 8, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89

59 La ricorrente deduce quattro capi a sostegno del motivo concernente gli impegni, relativi, in primo luogo, alla violazione dell'onere della prova, in secondo luogo, al mancato riconoscimento del carattere globale degli impegni, in terzo luogo, ad uno sviamento di potere e, in quarto luogo, all'amplificazione delle difficoltà di verifica del rispetto di taluni impegni comportamentali.

A — Sul primo capo del terzo motivo, relativo all'onere della prova

60 A parere della ricorrente, da un lato, la Commissione si è erroneamente fondata sulla presunzione secondo cui spettava alle parti provare che i loro impegni avrebbero eliminato le preoccupazioni concorrenziali individuate dalla Commis-

sione. In tal modo la Commissione avrebbe applicato criteri di controllo erronei, come esposto al punto 6 della comunicazione relativa alle misure correttive.

- 61 Si deve rammentare che, a termini dell'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, la Commissione «deve» dichiarare compatibile un'operazione di concentrazione che non crei o non rafforzi una posizione dominante che produca la conseguenza di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune. Ne consegue che spetta alla Commissione dimostrare che un'operazione di concentrazione non può essere dichiarata compatibile con il mercato comune.
- 62 Inoltre, a termini dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, la Commissione adotta una decisione che dichiara l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune, qualora rilevi che un'operazione di concentrazione notificata, «se del caso, dopo che le imprese interessate vi abbiano apportato modifiche», soddisfi il criterio di cui all'art. 2, n. 2, del medesimo regolamento n. 4064/89. Ne deriva che un'operazione di concentrazione modificata da impegni risponde agli stessi criteri, per quanto attiene all'onere della prova, rispetto ad un'operazione non modificata.
- 63 Conseguentemente, da un lato, la Commissione è tenuta ad esaminare un'operazione di concentrazione come modificata dagli impegni validamente proposti dalle parti all'operazione (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 30 settembre 2003, causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. pag. II-3825, punto 280) e, d'altro lato, la Commissione può dichiararla incompatibile con il mercato comune unicamente nel caso in cui tali impegni risultino insufficienti per impedire la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante da cui derivi un significativo ostacolo ad una concorrenza effettiva. A tal riguardo occorre tuttavia rammentare che, per quanto concerne le valutazioni di ordine economico complesso, l'onere della prova incombente alla Commissione non pregiudica l'ampio potere discrezionale

dell'istituzione in tale settore (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 3 aprile 2003, causa T-342/00, *Petrolessence e SG2R/Commissione*, Racc. pag. II-1161, punto 101, e la giurisprudenza ivi richiamata, e sentenza della Corte 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione/Tetra Laval*, Racc. pag. I-987, punto 38).

64 Peraltro, il fatto che nel punto 6 della comunicazione concernente le misure correttive si affermi che «spetta alle parti dimostrare che le misure correttive proposte elimineranno (...) la creazione o il rafforzamento della posizione dominante individuati dalla Commissione» non può modificare tali rapporti giuridici. Anche ammettendo che la Commissione intenda far pesare, in tal modo, sulle parti di un'operazione notificata la dimostrazione dell'efficacia degli impegni proposti, dimostrazione che è conforme ai loro interessi, la Commissione non potrebbe concludere che, in caso di dubbio, essa debba vietare l'operazione. Al contrario, in definitiva, è la Commissione che è tenuta a dimostrare che tale operazione, come eventualmente modificata dagli impegni, debba essere dichiarata incompatibile con il mercato comune in considerazione della persistenza della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante che ostacoli significativamente una concorrenza effettiva.

65 Ne consegue che spetta alla Commissione provare che gli impegni validamente presentati dalle parti di un'operazione di concentrazione non rendano l'operazione medesima, come modificata dai detti impegni, compatibile con il mercato comune.

66 La Commissione sostiene che occorre distinguere, a tal riguardo, tra gli impegni proposti anteriormente o successivamente alla data limite prevista, ai fini della sottoposizione di impegni, dall'art. 18, n. 2, del regolamento n. 447/98. Nella specie, è pacifico che le parti hanno presentato modifiche alla loro prima serie di impegni sia prima della scadenza della detta data limite, vale a dire il 17 novembre 2004, sia successivamente, vale a dire il 26 novembre 2004 e il 3 dicembre seguente. Orbene, il punto 43 della comunicazione relativa alle misure correttive, letto alla luce dei precedenti punti 41 e 42, non opera alcuna distinzione a seconda che la modificazione degli impegni venga proposta anteriormente o successivamente alla

data limite. Nondimeno, il detto punto 43 dispone che gli impegni modificati devono consentire, segnatamente, alla Commissione di determinare chiaramente, senza necessità di indagini supplementari e lasciando all'istituzione un tempo sufficiente per un'adeguata consultazione degli Stati membri, che tali impegni, una volta attuati, risolveranno i problemi concorrenziali individuati.

67 A tal riguardo, da un lato, dal tenore del punto 43 della comunicazione relativa alle misure correttive non emerge che spetterebbe alle parti di un'operazione di concentrazione provare che i propri impegni modificati eliminino chiaramente i problemi concorrenziali individuati. Dall'altro, la Commissione, essendosi obbligata ad accettare, a talune condizioni, impegni modificati, non dispone tuttavia del potere di modificare il regime dell'onere della prova istituito dal regolamento n. 4064/89 per quanto attiene all'adozione di una decisione definitiva, ai sensi dell'art. 8, nn. 2 o 3, del regolamento medesimo, in base al rilievo che l'operazione di concentrazione risponde ai criteri enunciati all'art. 2, nn. 2 o 3, del regolamento stesso. Conseguentemente, in base alla specifica disciplina istituita dal punto 43 della comunicazione relativa alle misure correttive, spetta parimenti alla Commissione dimostrare che gli impegni modificati non sono sufficienti a determinare chiaramente, senza necessità di indagini supplementari o in assenza di un termine utile per consultare gli Stati membri, che essi elimineranno i problemi concorrenziali individuati.

68 Infine, si deve sottolineare che, secondo la logica sottesa alla procedura amministrativa in materia di concentrazione, la Commissione individua, su base provvisoria, i problemi concorrenziali insiti, a suo parere, nell'operazione di concentrazione, in primo luogo, spiegando i motivi per i quali essa considera necessario avviare il procedimento ex art. 6, n. 1, del regolamento n. 4064/89, quindi, in secondo luogo, trasmettendo una comunicazione degli addebiti alle parti dell'operazione. In tale fase, le parti dell'operazione possono contestare la sussistenza stessa di tali problemi concorrenziali e/o offrire impegni idonei a risolverli, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga in occasione della loro risposta alla comunicazione degli addebiti ovvero in una fase ulteriore della discussione. È quindi evidente che, proponendo impegni, le parti dell'operazione intendono convincere la Commissione del fatto che tali impegni sono idonei a risolvere pienamente e interamente i problemi concorrenziali previamente

individuati. All'inverso, la Commissione, ove giudichi tali impegni insufficienti, ritiene necessariamente che le parti stesse dell'operazione non le abbiano fornito il convincimento del valore dei loro impegni ai fini dell'eliminazione dei problemi anticoncorrenziali sollevati dall'operazione di cui trattasi.

69 Ne consegue che il fatto che la Commissione consideri insufficienti impegni validamente presentati — vale a dire a titolo di prima proposta ovvero, ai sensi del punto 43 della comunicazione relativa alle misure correttive, quali modifiche ai primi impegni — non costituisce un'indebita inversione dell'onere della prova se non nel caso in cui la Commissione fondi la valutazione di tale insufficienza non su un esame degli impegni condotto alla luce di criteri oggettivi e verificabili, bensì piuttosto sull'affermazione secondo cui le parti avrebbero omesso di fornire sufficienti elementi di prova per consentirle di pronunciarsi sul merito. Infatti, in quest'ultimo caso, il dubbio non opererebbe a favore delle parti dell'operazione e si dovrebbe concludere che l'onere della prova della compatibilità di una siffatta operazione con il mercato comune sia stato invertito.

70 Nella specie, la ricorrente deduce un unico esempio attinente al 'considerando' 833 della decisione impugnata, relativo agli impegni del 17 novembre 2004 presentati anteriormente alla data limite, secondo cui «permangono dubbi ed incertezze considerevoli quanto alla questione se l'effetto combinato [delle misure proposte] compenserà sufficientemente la sparizione dell'EDP quale concorrente potenziale maggiore sul mercato della fornitura di gas ai grandi clienti. Nella decisione impugnata la Commissione fonda esplicitamente tale valutazione sulla comunicazione relativa alle misure correttive.

71 Si deve rilevare che la Commissione ha concluso il 'considerando' di cui trattasi in termini del tutto affermativi, sostenendo che le misure proposte dalle parti non impedirebbero, quale risultato della Concentrazione, il rafforzamento della posizione dominante della GDP sul mercato interessato. In tal modo la Commissione ha dichiarato che gli impegni di cui trattasi erano insufficienti per consentire l'autorizzazione della Concentrazione.

72 Inoltre, i dubbi e le incertezze indicate dalla Commissione riguardano la questione se gli impegni fossero, segnatamente, certi ed incondizionati. Nel 'considerando' 832 della decisione impugnata, l'istituzione ha enunciato cinque motivi per i quali riteneva che gli impegni di cui trattasi fossero insufficienti per garantire che capacità aggiuntive di gas sarebbero state rese effettivamente disponibili per soggetti terzi (esclusione delle controllate spagnole delle parti dall'impegno di non riservare capacità supplementari; assenza di approvazione obbligatoria del codice di accesso di terzi da parte del regolatore spagnolo; diritto delle parti di riservare capacità cosiddette «strategiche»; ridotta efficacia dell'impegno di liberare capacità a Campo Maior in considerazione delle attuali limitate capacità del gasdotto e delle conseguenze negative sulle capacità disponibili presso il terminale LNG di Sinès; diritti speciali delle parti nei confronti dell'operatore di tale terminale e possibilità di costruzione di un luogo di immagazzinamento del gas naturale). Pertanto, i dubbi espressi si riferiscono non ad eventuali pregiudizi per la concorrenza risultanti dalla Concentrazione, bensì all'impossibilità di garantire che gli impegni di cui trattasi siano pienamente operativi. Orbene, la Commissione legittimamente può respingere impegni non vincolati o — cosa equivalente — impegni i cui effetti possano essere smorzati o perfino eliminati dalle parti. In tal modo, la Commissione non ha trasferito l'onere della prova sulle parti, bensì ha negato il carattere certo e verificabile degli impegni che queste ultime dovevano possedere. Si deve infine rilevare che, nell'ambito di tale motivo, la ricorrente non ha contestato dinanzi al Tribunale il carattere incerto degli effetti degli impegni in questione.

73 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rilevare che, nella decisione impugnata, la Commissione non ha invertito l'onere della prova su di essa incombente quanto al proprio obbligo di dimostrare l'incompatibilità della Concentrazione con il mercato comune. Al contrario, l'istituzione ha cercato di provare per qual motivo la Concentrazione dovesse essere vietata nonostante gli impegni proposti.

74 Conseguentemente, il primo capo del terzo motivo deve essere respinto.

B — *Sul secondo capo del terzo motivo, relativo alla valutazione complessiva della Concentrazione come modificata*

- 75 La ricorrente sostiene, sostanzialmente, che la Commissione non ha valutato la situazione che si verrebbe a creare successivamente alla Concentrazione, tenuto conto degli impegni, rispetto a quella che sussisterebbe ove la Concentrazione non dovesse realizzarsi. Nella propria risposta scritta presentata all'udienza, la ricorrente ha precisato il proprio argomento nel senso che contesta alla Commissione di aver valutato i punti deboli individuabili negli impegni piuttosto che valutare i probabili effetti della Concentrazione come modificata su un determinato mercato, il che condurrebbe ad un diverso risultato. Inoltre, la Commissione avrebbe valutato gli impegni considerandoli isolatamente. Nella propria risposta scritta la ricorrente ha citato, a titolo di esempio, l'esame distinto degli impegni diretti a risolvere il problema orizzontale sul mercato all'ingrosso dell'elettricità e di quelli relativi ai problemi non orizzontali sul mercato medesimo.
- 76 Si deve rilevare che la decisione impugnata è formalmente strutturata in maniera tale da presentare, in successione, l'individuazione dei problemi concorrenziali provocati dalla Concentrazione come notificata sui singoli mercati ('considerando' 280-609), quindi la valutazione, sotto il profilo della concorrenza, degli impegni del 28 ottobre del 2004 ('considerando' 650-738), quindi la valutazione di quelli del 17 novembre 2004 ('considerando' 741-841) e, infine, di quelli del 26 novembre 2004 ('considerando' 860-912). Nell'ambito delle proprie valutazioni la Commissione ha esaminato in successione i singoli impegni ritenuti pertinenti con riguardo ai singoli mercati interessati. Nel caso in cui siano stati individuati su determinati mercati più problemi concorrenziali, la Commissione ha esaminato, in successione, i singoli impegni con riferimento ad uno di tali problemi. In tutti i casi — ad esclusione del mercato della fornitura di gas alle LDC — l'istituzione è giunta alla conclusione che gli impegni erano insufficienti ad eliminare il problema concorrenziale individuato e/o il rafforzamento della posizione dominante in questione (v., per quanto attiene al mercato all'ingrosso dell'energia elettrica scelto dalla ricorrente a titolo di esempio, con riguardo al problema orizzontale, i 'considerando' 675, 767 e 868 ovvero, per quanto riguarda i problemi non orizzontali, i 'considerando' 700, 702, 703, 801, 874 e 875).

- 77 Si deve ricordare che la Commissione è tenuta ad esaminare un'operazione di concentrazione come modificata per effetto degli impegni validamente proposti dalle parti (v. supra, punto 63). Tuttavia, come riconosciuto dalla ricorrente all'udienza, tale obbligo non impedisce un esame successivo dei problemi provocati da tale operazione sulla concorrenza, quindi degli impegni offerti dalle parti dell'operazione medesima ai fini dell'eliminazione di tali problemi, né un successivo esame dei singoli impegni pertinenti con riguardo ai detti problemi, sempre che la Commissione giunga, infine, ad una valutazione complessiva dell'operazione di concentrazione come modificata, vale a dire degli effetti di tale operazione sui singoli mercati individuati con riguardo a tutti gli impegni pertinenti sul mercato medesimo.
- 78 Spetta peraltro alla Commissione esaminare tutti gli impegni pertinenti con riguardo ad un problema di ordine concorrenziale individuato sull'uno o sull'altro dei mercati di cui trattasi, ivi compresi quelli non espressamente indicati come tali dalle parti di un'operazione di concentrazione. Tuttavia, la Commissione, laddove proceda alla valutazione unicamente degli impegni specifici riguardanti un solo mercato ovvero un solo aspetto concorrenziale con riferimento a tale mercato o a tale problema, non incorre in un errore di diritto qualora gli altri impegni non risultino pertinenti e non rivestano un reale significato economico in tale contesto.
- 79 Nella specie, la censura della ricorrente si fonda su un assunto non realistico e su un'erronea lettura della decisione impugnata.
- 80 In primo luogo, si deve rammentare che gli impegni offerti dalle parti di un'operazione di concentrazione sono specificamente diretti a risolvere i problemi di ordine concorrenziale previamente individuati. È quindi inevitabile per la Commissione interrogarsi anzitutto, a fronte di un impegno, sulla portata del medesimo e, in particolare, sulle sue eventuali carenze intrinseche, quindi, verificare se tale impegno sia idoneo, in tutto o in parte, a risolvere il problema individuato. Infatti, l'analisi dei probabili effetti dell'operazione di concentrazione modificata presuppone la valutazione, anzitutto, della portata di tale modificazione. A tal riguardo, si deve rilevare che la ricorrente — nel proprio ricorso e nei relativi allegati

— ha parimenti proceduto a tale successivo passo, inducendo dunque il Tribunale a procedere parimenti. Non è peraltro realistico immaginare che la Commissione possa, in considerazione dei vincoli temporali imposti dal regolamento n. 4064/89, ricominciare interamente la propria analisi di un'operazione di concentrazione, a fronte della proposizione di impegni, come se tale operazione fosse stata nuovamente notificata nel testo emendato dagli impegni. Un siffatto modus procedendi contrasterebbe con l'imperativo di celerità che caratterizza l'economia generale del regolamento n. 4064/89 (sentenza del Tribunale 28 aprile 1999, causa T-221/95, Endemol/Commissione, Racc. pag. II-1299, punto 68). Il carattere non realistico del modus procedendi proposto implicitamente dalla ricorrente appare avvalorato, nella specie, dal fatto che tre, anzi quattro serie di impegni sono stati proposti in successione, la o le ultime tardivamente, quando il procedimento si stava concludendo. A tal riguardo, l'argomento della ricorrente secondo cui tali serie successive non costituirebbero altro che modificazioni dei precedenti impegni e non nuovi impegni non cambia tale conclusione. In tale contesto la Commissione è tenuta, di volta in volta, a porre a raffronto tali nuovi elementi con la propria analisi, al fine di verificare se le modifiche siano tali da invalidare le sue precedenti conclusioni.

- 81 In secondo luogo, nella decisione impugnata la Commissione si è premurata di spiegare sotto quale profilo le carenze dei singoli impegni non consentivano loro di risolvere, di per sé, il problema concorrenziale di cui trattasi. L'istituzione ha tuttavia fatto sistematicamente seguire dall'analisi puntuale della conclusione secondo cui tutti gli impegni pertinenti con riguardo a tale problema erano parimenti insufficienti ai fini della sua soluzione. Per quanto attiene agli impegni del 18 ottobre e del 17 novembre 2004, essa ha precisato che il rafforzamento della posizione dominante in questione persisteva (v., ad esempio, con riguardo al mercato all'ingrosso dell'elettricità menzionato dalla ricorrente, con riguardo al problema orizzontale, i 'considerando' 675 e 767 ovvero, per quanto riguarda i problemi non orizzontali, i 'considerando' 700, 702, 703 e 801). La Commissione ha parimenti esaminato, laddove lo ha ritenuto necessario, gli impegni diversi da quelli specificamente proposti dalle parti ai fini della soluzione di un determinato problema di ordine concorrenziale ('considerando' 809-812). In tal modo, l'analisi compiuta dalla Commissione è risultata equivalente all'analisi della Concentrazione come modificata dagli impegni. Se, quanto agli impegni del 26 novembre 2004, la Commissione si è limitata a concludere che tali impegni erano insufficienti ai fini della soluzione dei problemi concorrenziali de quibus, essa nondimeno ha proceduto ad una valutazione complessiva degli impegni medesimi con riferimento

ai detti problemi (v., per quanto attiene al problema orizzontale sul mercato all'ingrosso dell'elettricità, il 'considerando' 868 ovvero, quanto ai problemi non orizzontali sul mercato medesimo, i 'considerando' 874 e 875). Inoltre, atteso che l'esame degli impegni tardivi risponde ai requisiti specifici stabiliti dalla comunicazione concernente le misure correttive, dalla circostanza che la Commissione non abbia esplicitamente formulato la conclusione di un rafforzamento delle posizioni dominanti esaminate non può dedursi che non abbia proceduto ad un'analisi complessiva della Concentrazione come modificata.

- 82 Ne consegue che la Commissione ha proceduto effettivamente ad un'analisi complessiva della Concentrazione come modificata dagli impegni proposti dalle parti.
- 83 Per quanto attiene all'esame isolato, indicato a titolo esemplificativo, degli impegni relativi ai problemi orizzontali e ai problemi non orizzontali sul mercato all'ingrosso dell'elettricità menzionato dalla ricorrente, si deve rilevare che tale argomento si confonde completamente con l'argomento esposto nell'ambito del quarto motivo, secondo cui gli impegni relativi ai problemi non orizzontali consentirebbero l'ingresso sul mercato di un certo numero di concorrenti, laddove la GDP sarebbe stata solo un concorrente potenziale. Anche ammesso che la Commissione abbia erroneamente ritenuto di potersi permettere di soprassedere all'esame della portata indiretta di taluni impegni con riguardo ad un determinato problema concorrenziale o ad un mercato con riguardo al quale tali impegni non apparivano direttamente pertinenti, la Commissione non sarebbe incorsa in un errore di diritto, bensì in un errore di valutazione. Infatti, se è pur vero che la Commissione è tenuta ad esaminare tutti gli impegni pertinenti con riguardo ad un determinato problema concorrenziale su uno dei mercati di cui trattasi, ivi compresi quelli non esplicitamente designati come tali dalle parti di un'operazione di concentrazione, la questione se l'uno o l'altro impegno sia pertinente con riguardo ad un problema specifico sollevato da un'operazione di concentrazione ricade nella valutazione economica dell'operazione de qua e dev'essere esaminato in tale contesto.
- 84 Atteso che la ricorrente ha parimenti dedotto tale argomento nell'ambito del proprio quarto motivo, relativo alla sussistenza di errori di valutazione della Commissione con riguardo alla Concentrazione come modificata, tale argomento dovrà essere esaminato nell'ambito dell'analisi del detto motivo.

85 Alla luce delle suesposte conclusioni, il secondo capo del terzo motivo dev'essere respinto.

C — Sul terzo capo del terzo motivo, relativo alla sussistenza di uno sviamento di potere

86 La ricorrente sostiene, sostanzialmente, che la Commissione, esigendo che gli impegni mirassero alla liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas, avrebbe violato i poteri attribuitile dal regolamento n. 4064/89.

87 Secondo costante giurisprudenza, la nozione di sviamento di potere fa riferimento al fatto che un'autorità amministrativa abbia fatto uso dei propri poteri per raggiungere fini diversi da quelli per i quali tali poteri le sono stati conferiti. Una decisione è viziata da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottata allo scopo esclusivo di raggiungere tali fini (sentenze della Corte 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e a., Racc. pag. I-4023, punto 24, e 10 maggio 2005, causa C-400/99, Italia/Commissione, Racc. pag. I-3657, punto 38). In caso di pluralità di scopi perseguiti, anche qualora un motivo non giustificato si fosse aggiunto a motivi legittimi, la decisione non sarebbe per questo inficiata da sviamento di potere, dal momento che essa non sacrifica lo scopo essenziale (sentenza della Corte 21 dicembre 1954, causa 2/54, Italia/Alta Autorità, Racc. pagg. 77, 105, e, in tal senso, sentenza del Tribunale 8 luglio 1999, causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissione, Racc. pag. II-2329, punto 131).

88 Si deve anzitutto rilevare che è pacifico che la concentrazione ricade nella sfera di applicazione del regolamento n. 4064/89 ('considerando' 12 e 13 della decisione impugnata). Si deve parimenti rilevare che la ricorrente non pretende che la Concentrazione non potesse costituire oggetto di una decisione di avvio del procedimento di esame ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 4064/89 e, quindi, di una decisione finale ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 4064/89. A tal riguardo, la

ricorrente riconosce, segnatamente nella propria risposta scritta all'udienza, che la Concentrazione notificata rafforzava le posizioni dominanti dell'EDP sui mercati dell'energia elettrica. Conseguentemente, era inevitabile che le parti presentassero impegni ai fini dell'ottenimento di una decisione che dichiarasse la Concentrazione compatibile con il mercato comune.

- 89 Si deve quindi necessariamente rilevare che la Commissione, prendendo in considerazione gli impegni proposti ai fini dell'adozione della decisione impugnata, ha pienamente collocato la propria azione nel contesto del regolamento n. 4064/89. La Commissione ha pertanto perseguito l'obiettivo del detto regolamento, diretto a vietare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante atta a produrre un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 90 La ricorrente sostiene tuttavia che la Commissione abbia preteso un *quid pluris* rispetto ai detti impegni, che sarebbe andato al di là di quanto necessario per garantire l'assenza di un rafforzamento delle posizioni dominanti dell'EDP o della GDP. In particolare, la Commissione avrebbe preteso un livello di apertura del mercato che sarebbe andato al di là della soluzione al problema concorrenziale provocato dalla Concentrazione.
- 91 I vari esempi dedotti dalla ricorrente — secondo cui, sostanzialmente, la Commissione avrebbe ritenuto gli impegni insufficienti per garantire l'ingresso di nuovi concorrenti sui mercati di cui trattasi (v., in particolare, i 'considerando' 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 e 888 della decisione impugnata) — dimostrano semplicemente che l'obiettivo del regolamento n. 4064/89, vale a dire impedire la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti da cui derivi l'effetto che un'operazione di concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza obiettiva, è stato perseguito dalla Commissione. Infatti, l'ingresso di nuovi concorrenti sui mercati nei quali l'EDP e la GDP detengono incontestabilmente posizioni dominanti molto forti costituisce una preoccupazione essenziale sul piano della concorrenza nell'ambito dell'applicazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Conseguentemente, l'obiettivo essenziale perseguito dalla Commissione con il diniego di modificare la propria posizione a fronte degli impegni assunti si è pienamente collocato nell'ambito del regolamento n. 4064/89.

- 92 A tal riguardo si deve rilevare che, nell'ambito del proprio motivo relativo alla valutazione, sotto il profilo della concorrenza, della Concentrazione come modificata, la ricorrente si è richiamata al fatto che la Concentrazione costituirebbe un passo in avanti importante ai fini dell'apertura alla concorrenza dei mercati del gas e dell'energia elettrica. Conseguentemente, salvo cadere in contraddizione con se stesso, la ricorrente riconosce che la risoluzione, mediante gli impegni, dei problemi sollevati dalla Concentrazione sul piano della concorrenza ed il perseguimento di un'apertura alla concorrenza dei mercati possono coesistere..
- 93 Anche ammesso — come sarà esaminato in prosieguo — che la constatazione dell'insufficienza dei singoli impegni proposti o la richiesta, da parte della Commissione, di un impegno particolare possano essere considerati eccessivi ai fini della risoluzione dei problemi concorrenziali individuati dalla Commissione nella decisione impugnata, tale errore costituirebbe una violazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 e non uno sviamento di potere.
- 94 La ricorrente ritiene, peraltro, che la Commissione sembri essere stata attirata dalla tesi esposta in una relazione elaborata dal Cambridge Economic Policy Associates su richiesta dell'autorità portoghese in materia di concorrenza, intitolata «Rapporto sui mercati dell'energia elettrica e del gas in Portogallo», secondo la quale, a parere della ricorrente, la Commissione dovrebbe utilizzare attivamente la Concentrazione al fine di migliorare la situazione della concorrenza. Tuttavia, si deve rilevare che, nei passi della decisione impugnata che menzionano tale relazione (v., in particolare, i 'considerando' 137, 172, 333 e 573), la Commissione non ha minimamente fatto proprio l'obiettivo eventualmente proposto da tale relazione, bensì si è limitata a trarne valutazioni economiche oggettive. I richiami a tale relazione non possono quindi costituire l'indizio di uno sviamento di potere.
- 95 Quanto agli altri elementi dedotti dalla ricorrente, in particolare le dichiarazioni del sig. Monti, allora membro della Commissione responsabile per il settore della concorrenza, o altre decisioni della Commissione in materia di concentrazione nel settore dell'energia (decisione della Commissione 7 febbraio 2001, pratica COMP/M.1853 — EDF/EnBW; decisione della Commissione 19 marzo 2002, pratica COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico), essi non possono

costituire indizi pertinenti per dimostrare l'esistenza di uno sviamento di potere nella specie, considerato che la decisione impugnata non si fonda su tali elementi. Inoltre, anche qualora le predette decisioni emanate in materia di concentrazione presentassero il preteso vizio sostenuto dalla ricorrente, vale a dire la richiesta di un'apertura dei mercati non necessaria rispetto ai problemi concorrenziali individuati nelle decisioni medesime, ciò non significherebbe che la decisione impugnata, riguardante una fattispecie concorrenziale specifica, presenti lo stesso vizio.

- ⁹⁶ La circostanza dedotta dalla ricorrente, secondo cui la Commissione avrebbe in realtà perseguito la realizzazione degli obiettivi della seconda direttiva gas laddove tale direttiva è basata sull'art. 47, n. 2, CE (diritto di stabilimento), sull'art. 55 CE (libera prestazione dei servizi) e sull'art. 95 CE (ravvicinamento delle legislazioni), non dimostra che la Commissione abbia illegittimamente inteso perseguire tali obiettivi. Da un lato, il fondamento normativo di tale direttiva tenderebbe piuttosto a dimostrare che la Commissione abbia potuto perseguire le finalità di tale direttiva solo in modo del tutto indiretto, privilegiando l'ingresso di nuovi concorrenti, in particolare nazionali, sui mercati di cui trattasi. Dall'altro, si deve rilevare che la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 giugno 1998, 98/30CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (GU L 204, pag. 1; in prosieguo: la «prima direttiva gas»), e la seconda direttiva gas hanno come scopo, se non come oggetto, segnatamente, la realizzazione di una concorrenza in un settore sino a quel momento tradizionalmente ad essa non soggetto [v. 'considerando' 2, 6, 21, 22, 26 e, in particolare, 31 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/54/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE (GU L 176, pag. 37; in prosieguo: la «seconda direttiva elettricità»), nonché i 'considerando' 2, 7, 19, 21, 25, 27 e, in particolare, 30 della seconda direttiva gas; v., parimenti, per quanto attiene alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 dicembre 1996, 96/92/CE, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (GU L 27, pag. 20), la sentenza della Corte 7 giugno 2005, causa C-17/03, VEMW e a., Racc. pag. I-4983, punto 62]. Ne consegue che uno degli scopi della seconda direttiva gas è chiaramente di natura concorrenziale. Pertanto, non deve sorprendere che l'obiettivo concorrenziale del regolamento n. 4064/89 sia parimenti insito in uno degli obiettivi della seconda direttiva elettricità e della seconda direttiva gas. Conseguentemente, il perseguimento della realizzazione della seconda direttiva gas non può costituire un indizio di sviamento di potere, atteso che il suo obiettivo è parimenti quello per il quale il detto regolamento ha attribuito i relativi poteri alla Commissione.

- 97 La ricorrente sostiene, infine, che la liberalizzazione dei settori dell'energia avrebbe dovuto essere attuata mediante applicazione dell'art. 86 CE. Senza necessità di risolvere la questione se la Commissione potesse ancora far uso dei poteri conferitile da tale articolo malgrado l'esistenza della seconda direttiva elettricità e della seconda direttiva gas, l'argomento della ricorrente è privo di pertinenza nell'ambito del presente capo. Infatti, anche ammesso che l'art. 86 CE consenta di realizzare la liberalizzazione dei mercati di cui trattasi, tale presunzione non potrebbe che condurre alla constatazione che tale disposizione in materia di concorrenza ed il regolamento n. 4064/89, i cui obiettivi risultano essere stati correttamente perseguiti dalla Commissione, possono essere applicati parallelamente.
- 98 Alla luce delle suesposte considerazioni, il terzo capo del terzo motivo dev'essere respinto.

D — Sul quarto capo del terzo motivo, relativo alle difficoltà di controllo di taluni impegni di natura comportamentale

- 99 Secondo la ricorrente, la Commissione ha respinto taluni impegni in considerazione della loro natura comportamentale e della necessità di procedere ad un loro controllo ex post. In tal modo, avrebbe violato la giurisprudenza nonché la propria prassi amministrativa recente e non avrebbe tenuto conto della possibilità di far effettuare tali controlli ex post dalle competenti autorità portoghesi.
- 100 Si deve rammentare, in limine, che gli impegni comportamentali non sono, per loro natura, insufficienti ad impedire l'emergere o il rafforzarsi di una posizione dominante e devono essere esaminati caso per caso al pari degli impegni strutturali (sentenze Gencor/Commissione, cit. supra al punto 48, punto 319, e Tetra Laval/Commissione, cit. supra al punto 45, punto 161, confermata dalla sentenza della Corte 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, cit. supra al punto 63, punto 85).

- 101 Tuttavia, la censura della ricorrente si fonda su una lettura erronea della decisione impugnata, atteso che, nei tre esempi da essa richiamati, la Commissione non ha respinto i relativi impegni unicamente in considerazione della loro natura comportamentale ovvero delle difficoltà di controllo di tali impegni, bensì in considerazione della loro insufficienza complessiva con riguardo ai problemi concorrenziali individuali.
- 102 In tal senso, al 'considerando' 663, la Commissione ha, invero, concluso che l'impegno relativo alla locazione della capacità di produzione equivalente ad una CCGT del TER era lungi dal procurare i vantaggi di un impegno strutturale e che occorrevano ulteriori ampie verifiche da parte sua. Tuttavia, la Commissione intendeva in tal modo sottolineare che le parti avevano previsto la fine anticipata di tale impegno con il verificarsi di condizioni complesse e che essi avevano chiesto all'istituzione di verificare l'effettività del verificarsi delle singole condizioni. La Commissione ha quindi ritenuto, fondamentalmente, che con tali condizioni i detti impegni risultavano afflitti da gravi incertezze. In primo luogo, la Commissione non ha respinto tale impegno in considerazione della sua natura comportamentale. In secondo luogo, la difficoltà di verifica di tali condizioni risultava dalla complessità e dall'inidoneità di tali condizioni e non dal diniego della Commissione di procedere ad una verifica ex post. In terzo ed ultimo luogo, nei 'considerando' 662 e 664 vengono menzionati tali altri fattori, quali, in particolare, il fatto che il locatario non sarebbe in grado di gestire la CCGT autonomamente, che diverrebbe dipendente dell'EDP, ovvero che le condizioni, in presenza delle quali l'impegno terminerebbe anticipatamente, si fondano su considerazioni transnazionali laddove il relativo mercato resterà nazionale, il che giustificava parimenti, agli occhi della Commissione, la reiezione del detto impegno.
- 103 Al 'considerando' 678, la Commissione ha dedotto solamente a titolo di motivo supplementare marginale la circostanza che l'impegno relativo alla vendita del terminale LNG di Sinès esigeva un ulteriore ampio controllo da parte della Commissione. Essa non si è minimamente fondata sulla natura comportamentale di tale impegno e la quasi totalità del relativo 'considerando' riguarda altri motivi, quali, segnatamente, la data del disinvestimento, le carenze relative all'accesso di terzi alle capacità di gas ed il mantenimento di una partecipazione minoritaria della GDP nell'operatore gestore del terminale, motivi che hanno indotto la Commissione a concludere, nel 'considerando' successivo, che gli effetti positivi di tale impegno rischiavano di essere in larga misura vanificati.

- 104 Al 'considerando' 719, la Commissione ha, invero, ritenuto che l'impegno relativo alla sospensione dei diritti di voto dell'EDP nel direttorio Turbogas in ordine alle questioni relative alla fornitura di gas ed agli investimenti e relative alla nomina di membri indipendenti nel direttorio del Turbogas fosse puramente comportamentale e sarebbe stato difficile da controllare. Tuttavia, tale aspetto è stato sottolineato solamente a titolo supplementare e fa seguito a tre motivi principali per i quali la Commissione ha ritenuto tale impegno insufficiente, vale a dire la circostanza che l'indipendenza dei membri nominati non risultava garantita, la circostanza che l'EDP avrebbe conservato i propri diritti di voto su questioni importanti e avrebbe potuto indirettamente influire sulla scelta del fornitore di gas, nonché la circostanza che la sospensione dei diritti di voto sarebbe stata limitata a tre anni.
- 105 Infine, per quanto attiene alla censura secondo cui la Commissione avrebbe omesso di prendere in considerazione la possibilità che le competenti autorità portoghesi procedessero ai necessari controlli per accertare il verificarsi delle condizioni che avrebbero consentito di terminare anticipatamente gli impegni di cui trattasi, si deve rilevare, in primo luogo, che, per quanto attiene alla locazione del TER, sono le parti stesse che hanno espressamente previsto di chiedere alla Commissione di accertare il verificarsi di tali condizioni. La Commissione non era quindi in grado, salvo modificare essa stessa l'impegno proposto, cosa che esulerebbe dalle sue competenze, di demandare tale controllo alle autorità nazionali. Parimenti, per quanto attiene agli altri due impegni richiamati dalla ricorrente, la Commissione non era obbligata — anche qualora ne avesse avuto la possibilità nell'ambito delle discussioni con le parti — di istituire un metodo di sorveglianza particolare, segnatamente, delegato alle autorità nazionali competenti. Spettava, per contro, alle parti proporre impegni completi ed efficaci sotto ogni profilo, in particolare nel caso in cui tali impegni comportamentali presentassero carenze intrinseche quanto al loro carattere vincolante che giustificava una verifica ex post.
- 106 Alla luce delle suesposte considerazioni, il quarto capo del terzo motivo dev'essere respinto.
- 107 Conseguentemente, il terzo motivo dev'essere respinto in toto.

III — *Sul primo motivo, relativo alla deroga di cui beneficia la Repubblica portoghese in virtù della seconda direttiva gas*

- 108 La ricorrente afferma, sostanzialmente, che la Commissione, nell'esame della situazione concorrenziale sui mercati non aperti alla concorrenza, ha violato, in primo luogo, la deroga temporanea nel calendario di liberalizzazione di cui beneficia la Repubblica portoghese per effetto della seconda direttiva gas e, in secondo luogo, l'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 laddove ha proiettato la propria analisi concorrenziale su un periodo successivo ai cinque anni seguenti la concentrazione.

A — *Osservazioni preliminari*

- 109 Si deve rammentare, in limine, che i mercati dell'elettricità e del gas nella Comunità costituivano, de facto, mercati non obbligatoriamente aperti alla concorrenza prima dell'emanazione della prima e della seconda direttiva gas, per effetto dei monopoli nazionali esistenti in taluni Stati membri. Tuttavia, la Corte ha avuto modo di ricordare che le disposizioni in materia di concorrenza contenute nel Trattato CE erano applicabili alle decisioni di imprese operanti in tali settori (sentenza della Corte 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a., Racc. pag. I-1477, punti 34-51). Tuttavia, la prima direttiva gas, e successivamente la seconda direttiva gas, che ha accelerato il calendario previsto dalla prima, si fondano entrambe sul postulato secondo cui gli Stati membri non erano immediatamente obbligati, sin dalla data di attuazione di tali direttive, ad aprire i mercati del gas alla concorrenza. Si deve quindi riconoscere che i vari mercati del gas non sono obbligatoriamente soggetti alla concorrenza prima delle scadenze fissate nella seconda direttiva gas.
- 110 La seconda direttiva gas mira a ristabilire un mercato interno del gas in cui sussista una concorrenza leale ('considerando' 30 della seconda direttiva gas), vale a dire a fornire la possibilità ai consumatori di scegliere liberamente i propri fornitori e ai fornitori di fornire liberamente i propri prodotti ai propri clienti ('considerando' 4 della seconda direttiva gas). Uno degli assi portanti di tale liberalizzazione dei mercati del gas consiste nell'istituzione del calendario di apertura progressiva dei

mercati medesimi, basato sul progressivo aumento del numero di clienti idonei, vale a dire di clienti liberi di acquistare gas presso il fornitore di propria scelta. Ai termini della seconda direttiva gas, a tutti i clienti che non siano utenze domestiche tale possibilità dovrà essere consentita al 1° luglio 2004, mentre per la totalità dei clienti tale possibilità dovrà sussistere al 1° luglio 2007.

- 111 Tuttavia, ai sensi dell'art. 28, n. 2, della seconda direttiva gas, gli Stati membri aventi caratteristiche per essere considerati mercati emergenti sono assoggettati ad un calendario derogatorio. Sino alle scadenze previste dal detto calendario, i rispettivi Stati membri possono derogare ai seguenti obblighi: autorizzazione non discriminatoria per la costruzione o gestione di impianti di gas, designazione dei gestori del sistema, definizione dei compiti di tali gestori, separazione giuridica dei gestori del sistema di trasporto, designazione dei gestori del sistema di distribuzione, definizione dei compiti di bilanciamento della rete di distribuzione da parte del gestore del sistema, separazione giuridica dei gestori del sistema di distribuzione, separazione delle contabilità, attuazione di un accesso dei terzi alla rete del gas naturale ed agli impianti LNG, istituzione del calendario di liberalizzazione ed istituzione di un regime per le condotte dirette (v. supra, punto 6).
- 112 Ne risulta chiaramente che tale deroga esenta lo Stato membro interessato dall'obbligo di applicare le principali disposizioni della seconda direttiva gas che garantiscono l'apertura di vari mercati alla concorrenza e garantiscono una concorrenza effettiva. Si deve quindi ritenere, in conclusione, che, per effetto di tale deroga, i rispettivi mercati del gas non siano aperti alla concorrenza sino a quando lo Stato membro interessato non abbia aperto i mercati medesimi.

B — Sul primo capo del primo motivo, relativo alla violazione della deroga concessa alla Repubblica portoghese

- 113 Con il primo capo del primo motivo, la ricorrente sostiene che la Commissione, nel valutare gli effetti della Concentrazione sui mercati non aperti alla concorrenza,

avrebbe violato il diritto della Repubblica portoghese di procedere alla ristrutturazione del settore del gas nell'ambito del periodo concesso dalla deroga prevista dall'art. 28 della seconda direttiva gas. Per contro, la Commissione ritiene, in primo luogo, che la concentrazione risulti unicamente da decisioni provenienti da imprese e che essa debba essere anzitutto esaminata con riguardo al regolamento n. 4064/89. In secondo luogo, l'istituzione sostiene di aver salvaguardato, non valutando gli effetti della Concentrazione durante il periodo oggetto della deroga, la necessaria coerenza tra il detto regolamento e la seconda direttiva gas. In terzo luogo, la Commissione ritiene che tale deroga non attribuisca ad uno Stato membro il diritto di favorire un'operazione di concentrazione che, scaduta la deroga, incida significativamente sulla concorrenza.

114 È pacifico che la Repubblica portoghese benefici della deroga di cui all'art. 28, n. 2, della seconda direttiva gas e che tale deroga scadrà nel 2007, il che implicherà l'applicazione del calendario di progressiva apertura dei mercati del gas alla concorrenza.

115 La Repubblica portoghese si è avvalsa di tale deroga per istituire un'industria del gas nazionale che opera in regime di monopolio in tutti i settori del gas (trasporto, stoccaggio, distribuzione, fornitura). Dev'essere rilevato che creazione di tali monopoli non ha costituito oggetto di alcuna contestazione da parte della Commissione con riguardo alla disciplina della concorrenza. Parimenti, nella specie, il governo portoghese non ha ancora ufficialmente aperto alla concorrenza alcuno dei mercati di cui trattasi. La Commissione sostiene, segnatamente, che l'apertura del mercato della fornitura del gas ai produttori di energia elettrica era stata prevista per il 2004 e poi rinviata al 2005 ('considerando' 211 della decisione impugnata). Tuttavia, non è stata fornita alcuna prova documentale dell'apertura effettiva di tale mercato. Inoltre, sempre a parere della Commissione, alla data di emanazione della decisione impugnata il mercato medesimo non era ancora stato aperto alla concorrenza. La Commissione rileva, peraltro, il fatto che la Repubblica portoghese intende portare avanti con la massima decisione la liberalizzazione di tutti i mercati del gas. Tuttavia, anche ammessa una siffatta accelerazione del calendario di liberalizzazione in Portogallo, precedente qualsivoglia liberalizzazione effettiva, tutti i relativi mercati del gas continuano a ricadere nella deroga. Inoltre, nulla lascia intendere che la Repubblica portoghese accetterebbe di accelerare il calendario di liberalizzazione senza che si realizzi la Concentrazione.

- 116 Ne consegue che, alla data di emanazione della decisione impugnata, i mercati del gas in Portogallo non erano aperti alla concorrenza. Orbene, tale circostanza incide direttamente ed inevitabilmente sull'applicazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 ai mercati medesimi.
- 117 Da un lato, per quanto attiene al primo criterio di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, vale a dire la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, tale criterio non può trovare applicazione, in quanto la GDP possiede attualmente una situazione di monopolio sui mercati della fornitura di gas ai produttori di energia elettrica, agli LDC e ai grandi clienti (v. 'considerando' 475 della decisione impugnata). Infatti, su un determinato mercato un monopolio rappresenta la posizione dominante assoluta, il che esclude, di per sé, un rafforzamento sul mercato stesso. L'unico mercato sul quale la posizione dominante della GDP avrebbe potuto rafforzarsi è quello della fornitura di gas da parte degli LDC ai piccoli clienti, considerato che la GDP non possiede che cinque dei sei LDC esistenti. Nondimeno, si deve rilevare che ognuno di tali LDC possiede un monopolio geografico che impedisce qualsiasi concorrenza effettiva tra i medesimi.
- 118 D'altro lato, per quanto attiene al secondo criterio dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, vale a dire l'ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, criterio che, come rilevato precedentemente, costituisce un criterio autonomo, esso non può tantomeno ritenersi soddisfatto nell'ambito di un mercato non concorrenziale. Infatti, in assenza di qualsiasi concorrenza, nessuna concorrenza effettiva può risultare ostacolata in modo significativo da parte della concentrazione alla data di adozione della decisione impugnata.
- 119 Tale conclusione risulta pienamente avvalorata dalla giurisprudenza generale in materia di concorrenza. In tal senso, in materia di intese e di abuso di posizione dominante, è stato affermato che, nel caso in cui una disciplina nazionale istituisca un contesto normativo che elimini qualsiasi possibilità di comportamento concorrenziale da parte delle imprese, l'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE resta esclusa (v. sentenze della Corte 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, Racc. pag. 1663, punti 71 e 72, e 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 P e

C-379/95 P, Commissione e Francia/Ladbroke Racing, Racc. pag. I-6265, punto 33; sentenza del Tribunale 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98, da T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line e a./Commissione, Racc. pag. II-3275, punto 1130). Parimenti, in materia di aiuti di Stato, il Tribunale ha affermato che «un regime di aiuti istituito in un mercato inizialmente chiuso alla concorrenza deve essere considerato, al momento della liberalizzazione di tale mercato, come un regime di aiuti esistenti, nei limiti in cui esso non rientrava, al momento della sua istituzione, nel campo di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato, applicabile soltanto nei settori aperti alla concorrenza, alla luce delle condizioni fissate da tale disposizione, relative all'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri ed alle ripercussioni sulla concorrenza» (sentenza del Tribunale 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, da T-600/97 a T-607/97, T-1/98, da T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, Alzetta e a./Commissione, Racc. pag. II-2319, punto 143, indirettamente confermata a seguito di impugnazione dalla sentenza della Corte 29 aprile 2004, causa C-298/00 P, Italia/Commissione, Racc. pag. I-4087, punti 66-68).

- ¹²⁰ Si deve rilevare che tale situazione riguarda unicamente la rispondenza ai requisiti dettati dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 e non la sua applicazione ovvero l'applicabilità di tutto il detto regolamento alla Concentrazione. Infatti, qualora un'operazione di concentrazione ricada nella sfera di applicazione del detto regolamento, tale operazione è soggetta al regolamento stesso, conformemente all'art. 1 del medesimo, non potendo essere tuttavia vietata in considerazione dei suoi effetti su mercati non caratterizzati dalla concorrenza.
- ¹²¹ A tale riguardo si deve rilevare che la Commissione sostiene di aver rispettato la deroga avendo proiettato, nella decisione impugnata, la propria analisi sotto il profilo della concorrenza ad una data in cui i mercati del gas dovrebbero essere aperti alla concorrenza, in considerazione vuoi del calendario previsto dalle autorità portoghesi vuoi del calendario, più ritardato ma vincolante, della deroga. In tal modo la Commissione conferma, in parte, la propria posizione, precedentemente richiamata, in ordine all'impossibilità di soddisfare, per quanto attiene ai mercati non aperti alla concorrenza, i criteri dettati dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89.
- ¹²² L'argomento della Commissione dev'essere respinto. Infatti, il fatto di traslare l'oggetto dell'analisi sotto il profilo della concorrenza ad una data successiva a quella

di scadenza della deroga non significa che tale deroga sia stata presa in considerazione. Vietando all'operatore in regime di monopolio sul mercato del gas di procedere immediatamente ad operazioni economiche che conducano alla modifica della propria posizione concorrenziale, laddove la deroga riconosciuta alla Repubblica portoghese la esenta dall'osservanza delle comuni regole di concorrenza, la Commissione ha fatto in tal modo venir meno, per tale Stato, la possibilità di strutturare liberamente il proprio mercato del gas durante il periodo di sussistenza della deroga. In altri termini, la Commissione ha vietato alle parti di beneficiare degli effetti della Concentrazione sui mercati del gas durante il periodo nel corso del quale la Concentrazione non poteva essere vietata per effetto del regolamento n. 4064/89 e della seconda direttiva gas.

123 Inoltre, prendendo unicamente in considerazione gli effetti futuri della Concentrazione sui mercati del gas alla data in cui essi potranno rispondere ai requisiti dettati dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, vale a dire quando tali mercati saranno aperti alla concorrenza, la Commissione ha deliberatamente ommesso di prendere in considerazione gli effetti immediati della Concentrazione sui mercati medesimi.

124 Orbene, la Commissione, quando esamina, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, un'operazione di concentrazione, deve determinare se la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, tale da ostacolare in modo significativo e duraturo la concorrenza effettiva esistente nel mercato o nei mercati in questione, costituirebbe la conseguenza diretta ed immediata della concentrazione. In mancanza di una modifica sostanziale della concorrenza presente, l'operazione dovrebbe essere autorizzata a priori (sentenza del Tribunale 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours/Commissione*, Racc. pag. II-2585, punto 58, e la giurisprudenza citata). È pur vero che la Commissione può eventualmente prendere in considerazione gli effetti di un'operazione di concentrazione nel futuro a breve termine (sentenza del Tribunale 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval/Commissione*, Racc. pag. II-4381, punto 153), e persino fondare su tali effetti futuri il proprio divieto dell'operazione di concentrazione. Tuttavia, ciò non l'autorizza a omettere l'esame degli effetti immediati di una siffatta operazione, ove essi esistano, e di tenerne conto nell'ambito della valutazione complessiva dell'operazione.

- 125 Nella specie, la Commissione non ha esaminato il periodo compreso tra la data della Concentrazione e la data di apertura di mercati del gas alla concorrenza, vale a dire, a seconda dei singoli mercati, un periodo, successivo alla Concentrazione, da tre a sei o otto anni. Orbene, la Concentrazione, come modificata dagli impegni, determinerebbe effetti immediati significativi sui mercati del gas, costituiti principalmente da un'anticipazione dell'apertura di tali mercati di due a tre anni circa rispetto al calendario previsto dalla deroga. Infatti, se l'apertura legale di tali mercati alla concorrenza doveva essere operata dal governo portoghese conformemente alle assicurazioni fornite in tal senso, vari impegni garantivano l'effettività stessa di tale apertura, particolarmente con riguardo all'accesso dei terzi alle capacità di gas. Tale omissione della Commissione è lungi dal poter essere considerata neutrale dal punto di vista della concorrenza, considerato che il passaggio anticipato da una situazione di monopolio ad una situazione in cui viene resa possibile l'esistenza di concorrenti, segnatamente per effetto dell'accesso, più o meno discriminatorio, dei terzi alle riserve di gas e della possibilità per questi ultimi di intervenire su mercati precedentemente chiusi, non può essere completamente ignorato.
- 126 A tal riguardo dev'essere respinto l'argomento della Commissione secondo cui le imprese di cui trattasi sarebbero soggette unicamente al regolamento n. 4064/89 e non potrebbero beneficiare della deroga concessa allo Stato membro interessato dalla seconda direttiva gas. È certo che il detto regolamento e la detta direttiva presentano fondamenti normativi e destinatari diversi. Si deve parimenti riconoscere che la Concentrazione costituisce il frutto di decisioni di imprese, ancorché dagli atti di causa emerga che lo Stato portoghese è parte contraente di tale Concentrazione avendola manifestamente consentita, se non organizzata (v. supra, punto 11). Tuttavia, contrariamente alla premessa della Commissione, il regolamento n. 4064/89 e la seconda direttiva gas non possono essere analizzate separatamente. Come rammentato supra, l'assenza di concorrenza sui mercati del gas per effetto della deroga concessa ai sensi della seconda direttiva gas esclude l'applicazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Infatti, non può essere contestato alle imprese di restringere in modo significativo una concorrenza effettiva quando tale concorrenza non esista per effetto della normativa nazionale e comunitaria.
- 127 Certamente, come sottolineato dalla Commissione nella decisione impugnata (v. 'considerando' 210-214), se l'istituzione non può valutare effetti concorrenziali futuri

della Concentrazione su mercati attualmente non ancora aperti alla concorrenza, ciò le impedisce totalmente di valutare gli effetti della Concentrazione sui mercati del gas. In particolare, mentre i mercati di cui trattasi devono essere aperti alla concorrenza secondo un calendario rigoroso e vincolante, conformemente alla seconda direttiva gas, essa non può valutare se la Concentrazione impedisca l'introduzione di una concorrenza effettiva nell'ambito di tale calendario.

- 128 Se la conseguenza di tale ragionamento, come sottolineato dalla Commissione, è che le imprese non risultano pienamente assoggettate alle regole comuni di concorrenza, ivi comprese quelle affermate dalla seconda direttiva gas, sino al momento esatto in cui queste siano loro applicabili, tale risultato costituisce, nella specie, il frutto della volontà del legislatore, formalizzata nella deroga concessa dall'art. 28, n. 2, della direttiva.
- 129 Inoltre, la Commissione non può far valere la circostanza che le parti abbiano notificato la Concentrazione per concludere che esse abbiano in tal modo riconosciuto l'applicabilità del regolamento n. 4064/89. Da un lato, la questione non verte nella specie sull'applicabilità del regolamento complessivamente inteso, bensì sull'applicazione della sua principale disposizione di divieto ad una parte della Concentrazione. Dall'altro, tale notificazione è obbligatoria per effetto dell'art. 1 del regolamento medesimo. Inoltre, l'applicabilità del regolamento n. 4064/89 non può dipendere dalla volontà delle parti di un'operazione di concentrazione.
- 130 Si deve quindi necessariamente concludere che, avendo basato il divieto della Concentrazione sul rafforzamento di posizioni dominanti da cui deriva un ostacolo significativo alla concorrenza sui mercati del gas non aperti alla concorrenza per effetto della deroga concessa dall'art. 28, n. 2, della seconda direttiva gas, la Commissione ha ignorato gli effetti e, conseguentemente, la portata di tale deroga.

- 131 Si deve tuttavia rilevare che l'errore in cui la Commissione è incorsa risiede unicamente nel fatto che essa ha considerato soddisfatti i requisiti ai fini dell'applicazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 per quanto attiene ai mercati non aperti alla concorrenza. Per contro, i rilievi di carattere concorrenziale effettuati dall'istituzione, fondati sul regolamento n. 4064/89 e relativi alla situazione dei mercati del gas anteriormente alla Concentrazione, quelli relativi alla situazione dei mercati del gas alla data prevedibile di apertura dei mercati medesimi e quelli relativi alla situazione dei mercati dell'energia elettrica anteriormente e successivamente alla Concentrazione non risultano viziati da tale errore. Infatti, la situazione concorrenziale esistente alla data di adozione della decisione impugnata ovvero alla data di apertura alla concorrenza dei mercati di cui trattasi costituisce un dato oggettivo che non risulta viziato dalla mancata applicazione di un criterio giuridico.
- 132 Si deve parimenti rilevare che l'impossibilità di soddisfare i requisiti sanciti dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 è limitata al solo settore in cui la concorrenza è assente e che tale articolo resta pienamente applicabile agli altri settori eventualmente interessati dall'operazione notificata. A tal riguardo si deve rammentare che il regolamento n. 4064/89 si colloca nell'ambito dell'esame di una o più posizioni dominanti sul o sui mercati interessati da un'operazione di concentrazione. È del tutto possibile, se non frequente, che un'operazione di concentrazione non produca effetti anticoncorrenziali significativi se non su uno o alcuni dei mercati di cui trattasi senza provocare effetti analoghi sugli altri mercati. In tale ipotesi, l'operazione dev'essere tuttavia vietata, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Pertanto, l'applicazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 ai mercati dell'energia elettrica non è viziata dall'errore commesso con riguardo ai mercati del gas.
- 133 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve dichiarare che la decisione impugnata è viziata da un errore di diritto nella parte in cui afferma, in conclusione, il rafforzamento delle posizioni dominanti preesistenti della GDP sui mercati della fornitura di gas ai produttori di energia elettrica, all'ingrosso e ai piccoli clienti, con la conseguenza che una concorrenza effettiva risulterebbe ostacolata in modo significativo.

C — Sul secondo capo del primo motivo, relativo ad un'eccessiva proiezione nel futuro

134 Secondo la ricorrente, la Commissione ha violato l'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 laddove ha proiettato la propria analisi sotto il profilo della concorrenza dei mercati del gas al di là di cinque atti successivi alla Concentrazione.

135 Si deve anzitutto rammentare che la decisione impugnata è stata ritenuta viziata da un errore di diritto per quanto attiene all'applicazione ai mercati del gas dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Conseguentemente, non occorre più pronunciarsi sul presente capo di tale motivo per quanto riguarda il rafforzamento delle posizioni dominanti della GDP sui mercati medesimi.

136 Tuttavia, nella propria analisi dei mercati dell'energia elettrica, la Commissione si è richiamata al proprio esame, sotto il profilo della concorrenza, dei mercati del gas, senza che tale operazione risultasse viziata dall'errore di diritto precedentemente rilevato. Interrogata sulla questione circa le eventuali interazioni tra i mercati del gas e dell'energia elettrica indicate nella decisione impugnata, la ricorrente ha citato vari 'considerando', tutti attinenti alla fornitura di gas alle CCGT, vuoi direttamente ('considerando' 336, 340, 365 e 506) vuoi indirettamente nell'ambito degli effetti non orizzontali della Concentrazione, vale a dire la possibilità per l'ente risultante dalla fusione di utilizzare la propria nuova posizione di forza nel mercato del gas per nuocere ai produttori di energia elettrica concorrenti ('considerando' 367-429).

137 Conseguentemente, non occorre pronunciarsi sul presente capo del primo motivo per quanto attiene alle valutazioni, sotto il profilo della concorrenza, della Commissione con riguardo ai mercati diversi da quello della fornitura di gas alle CCGT, vale a dire i mercati della fornitura di gas alle LDC, ai grandi e ai piccoli clienti.

- ¹³⁸ Quanto al mercato della fornitura del gas alle CCGT, la sua apertura alla concorrenza doveva essere effettuata nel 2004, conformemente alle risoluzioni del Consiglio dei Ministri portoghese n. 63/2003 e n. 68/2003, ma tale apertura sarebbe stata rinviata al 2005 ('considerando' 203 e 505). Tale ultima data non è contestata dalla ricorrente. In ogni caso, in considerazione delle dimensioni e della natura di tale mercato, che rappresenta attualmente quasi la metà del consumo complessivo in Portogallo e presenta finalità industriali, si tratterebbe di uno dei primi mercati soggetti all'obbligo di apertura alla concorrenza nel 2007 in virtù della deroga, vale a dire, al più tardi, tre anni dopo la Concentrazione.
- ¹³⁹ Orbene, la ricorrente contesta alla Commissione unicamente il fatto di aver superato il periodo massimo abituale di esame di tre-cinque anni successivo alla Concentrazione.
- ¹⁴⁰ Conseguentemente, non occorre nemmeno pronunciarsi sul presente capo del primo motivo per quanto attiene al mercato della fornitura di gas alle CCGT.
- ¹⁴¹ Alla luce delle suesposte considerazioni, non occorre pronunciarsi sul presente capo del primo motivo.

IV — Sul quarto motivo, relativo all'esistenza di errori di valutazione con riguardo agli impegni

A — Osservazioni preliminari

- ¹⁴² Si deve rammentare, in limine, che i requisiti dettati dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 non potevano essere soddisfatti per quanto attiene ai mercati del gas.

Conseguentemente, non occorre pronunciarsi sul secondo capo del quarto motivo, relativo ad eventuali errori di valutazione con riguardo all'insufficienza degli impegni rispetto ai problemi concorrenziali individuati nel settore dei gas.

- 143 A parere della Commissione, è sufficiente che uno solo dei problemi concorrenziali individuati nella decisione impugnata resti irrisolto alla luce degli impegni del 26 novembre 2004 perché la decisione impugnata venga mantenuta.
- 144 Secondo una ben consolidata giurisprudenza, laddove taluni elementi della motivazione di una decisione siano di per sé sufficienti a costituirne valida giustificazione, i vizi eventualmente gravanti su altri elementi della motivazione dell'atto restano, in ogni caso, irrilevanti con riguardo al suo dispositivo (v., per analogia, sentenze della Corte 12 luglio 2001, cause riunite C-302/99 P e C-308/99 P, Commissione e Francia/TF1, Racc. pag. I-5603, punti 26-29; sentenza del Tribunale 8 luglio 2004, causa T-50/00, Dalmine/Commissione, Racc. pag. II-2395, punti 134 e 146, impugnazione pendente).
- 145 In materia di concentrazione, la Commissione è tenuta a vietare un'operazione di concentrazione qualora ricorrano i criteri dettati dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, ancorché con riguardo ad uno solo dei mercati di cui trattasi.
- 146 Pertanto, secondo giurisprudenza ormai consolidata, si deve ritenere che una decisione in materia di concentrazione che dichiari l'incompatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione può essere annullata solamente ove risulti che gli eventuali elementi della motivazione non viziati da illegittimità, in particolare quelli concernenti un singolo mercato di cui trattasi, non siano sufficienti a giustificare il dispositivo (sentenza del Tribunale 22 ottobre 2002, causa T-310/01, Schneider Electric/Commissione, Racc. pag. II-4071, punto 412).

- 147 Tuttavia, tale rilievo non esclude la necessità, nell'ambito dell'esame di un determinato mercato, di esaminare parimenti la situazione concorrenziale sugli altri mercati, qualora la decisione di cui trattasi si fondi o complessivamente sugli effetti dell'operazione di concentrazione sui singoli mercati de quibus o sul mutuo rafforzamento di taluni effetti concorrenziali dell'operazione sui singoli mercati.
- 148 Nella specie, nella decisione impugnata la Commissione ha concluso la propria analisi dei singoli mercati considerati con il rilievo secondo cui la Concentrazione condurrebbe al rafforzamento della posizione dominante in esame sul detto mercato, senza far riferimento agli altri mercati. Tuttavia, considerato che la Commissione si è fondata sulla situazione concorrenziale nei singoli mercati dell'energia elettrica e sulla situazione concorrenziale nei singoli mercati del gas per rilevare problemi di natura concorrenziale sull'uno o sull'altro dei mercati dell'energia elettrica, occorre esaminare, nella misura del necessario, la fondatezza di tutti i detti rilievi riguardanti la concorrenza sui mercati interessati. Si deve rammentare a tal riguardo che, secondo quanto rilevato supra al punto 131, la valutazione della situazione concorrenziale sui mercati del gas non è di per sé viziata dal fatto che i criteri dettati dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 possano risultare non soddisfatti.
- 149 In particolare, dev'essere respinto l'argomento della Commissione secondo cui il presente motivo dovrebbe essere respinto unicamente in quanto la ricorrente non avrebbe seriamente contestato il rafforzamento delle posizioni dominanti dell'EDP sui mercati dell'energia elettrica concernenti l'adeguamento o i servizi ausiliari e i mercati al dettaglio, tenuto conto che l'attivazione della decisione impugnata con riguardo ai detti mercati si fonda effettivamente, come sostiene la ricorrente, quantomeno in parte, sulle valutazioni attinenti alla concorrenza sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica e che invalidare l'esame relativo a quest'ultimo mercato potrebbe significare invalidare la valutazione relativa ai mercati di cui trattasi.
- 150 Deve essere parimenti respinta la tesi della Commissione secondo cui la ricorrente avrebbe riconosciuto che gli impegni del 28 ottobre e del 17 novembre 2004 non sarebbero stati sufficienti per risolvere i problemi di ordine concorrenziale individuati dalla Commissione. Se è pur vero che la ricorrente ha ammesso, nel

proprio ricorso, ai fini del presente motivo, che la Concentrazione come notificata avrebbe rafforzato le posizioni dominanti della GDP e, nella propria memoria predisposta per l'udienza, che la Concentrazione come notificata avrebbe rafforzato le posizioni dominanti dell'EDP, essa non ha tuttavia riconosciuto che gli impegni proposti il 28 ottobre, o il 17 novembre, ovvero il 26 novembre 2004, fossero insufficienti ai fini della risoluzione dei problemi concorrenziali individuati.

- 151 Secondo costante giurisprudenza, il sindacato esercitato dal giudice comunitario su valutazioni economiche complesse effettuate dalla Commissione nell'esercizio del potere discrezionale attribuitole dal regolamento n. 4064/89 deve limitarsi alla verifica del rispetto delle norme relative alla procedura e alla motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (v. sentenza *Petrolesence e SG2R/Commissione*, citata supra al punto 63, punto 101, nonché la giurisprudenza citata e, in tal senso, sentenza *Commissione/Tetra Laval*, citata supra al punto 63, punto 38).
- 152 A tal riguardo, la Commissione, sottolineando il fatto che la ricorrente non ha mai espressamente invocato un manifesto errore di valutazione, pretende implicitamente che tale omissione renda il presente motivo inoperante. Tale tesi dev'essere respinta. Considerato che la ricorrente invoca un errore di analisi e che la giurisprudenza esige che tale errore presenti carattere manifesto, sarebbe irragionevole elevare una siffatta imprecisione formale a causa di rigetto di un motivo essenziale del presente ricorso e si deve quindi ritenere che la ricorrente abbia inteso invocare errori manifesti di valutazione. Ciò non impedisce che gli errori invocati dalla ricorrente debbano presentare carattere manifesto per poter determinare l'annullamento della decisione impugnata.
- 153 Infine, nel proprio ricorso la ricorrente effettua una serie di riferimenti ad una relazione economica realizzata dalla Lexecon su sua richiesta (in prosieguo: la «relazione Lexecon»), intitolata «EDP-Eni/GDP: una valutazione economica della tesi a favore del divieto della Concentrazione come modificata», datata febbraio 2005.
- 154 A tal riguardo devono essere accolte le censure della Commissione secondo cui taluni rinvii generali alla relazione Lexecon devono essere dichiarati irricevibili.

- 155 Infatti, secondo costante giurisprudenza, al fine di garantire la certezza del diritto e una corretta amministrazione della giustizia è indispensabile, affinché un ricorso sia considerato ricevibile, che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali esso è fondato emergano, ancorché sommariamente, purché in modo coerente e comprensibile, dall'atto introduttivo stesso (v., in tal senso, sentenza della Corte 15 dicembre 1961, cause riunite 19/60, 21/60, 2/61 e 3/61, *Société Fives Lille Cail e a./Alta Autorità*, Racc. pag. 547, in particolare pag. 574, e sentenza del Tribunale 16 marzo 2004, causa T-157/01, *Danske Busvognmænd/Commissione*, Racc. pag. II-917, punto 45). A tal riguardo, pur se il contenuto del ricorso può essere chiarito e completato, su punti specifici, mediante rinvio ad estratti della documentazione allegata, un rinvio complessivo ad altri documenti, anche allegati al ricorso, non può supplire alla mancanza degli elementi essenziali dell'argomentazione in diritto che, ai sensi delle norme pertinenti, devono figurare nel ricorso (ordinanza del Tribunale 21 maggio 1999, causa T-154/98, *Asia Motor Francia e a./Commissione*, Racc. pag. II-1703, punto 49, e, in tal senso, sentenza della Corte 28 giugno 2005, cause C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, Racc. pag. I-5425, punti 94-101).
- 156 In tal senso, laddove la ricorrente non fa specifico riferimento ad un punto preciso della relazione Lexecon, in particolare laddove fa riferimento alle conclusioni generali contenute in tale relazione o laddove fa riferimento ad un passo che non ricorre poi materialmente nel ricorso, i riferimenti a tale relazione devono essere dichiarati irricevibili.
- 157 In considerazione della loro brevità e delle difficoltà derivanti dal rinvio alla relazione Lexecon, gli argomenti della ricorrente esposti nell'ambito del quarto motivo e relativi agli errori di valutazione economica della Commissione vengono riprodotti quasi integralmente.
- 158 Infine, la Commissione non può invocare, in modo generico, la giurisprudenza secondo cui la legittimità dell'atto impugnato dev'essere valutata in considerazione degli elementi di diritto e di fatto esistenti alla data di adozione dell'atto stesso (sentenza *Kaysersberg/Commissione*, cit. supra al punto 45, punto 140). Infatti, lo sviluppo di una serie di argomenti, successivamente alla data di adozione della decisione impugnata, al fine di far accertare dal Tribunale errori di valutazione

economica nella detta decisione, ricade nel semplice esercizio del diritto di difesa e non costituisce un tentativo di modificare il contesto di diritto e di fatto precedentemente sottoposto alla Commissione ai fini dell'emanazione della decisione medesima. Tuttavia, la Commissione ben può far valere, nell'ambito della propria difesa, con riguardo a punti precisi, il fatto che la detta relazione ignora le dichiarazioni espresse con le omissioni delle parti nell'ambito del procedimento amministrativo.

B — Sul primo capo del quarto motivo, relativo all'esame degli impegni del 26 novembre 2004

- 159 Al fine di fare esaminare la legittimità della valutazione della Concentrazione come modificata, compiuta dalla Commissione, la ricorrente presenta la Concentrazione nella versione modificata dagli impegni 26 novembre 2004, e sostiene che questi sono stati sottoposti in tempo utile per essere presi in considerazione ai fini della nozione della decisione finale. La Commissione contesta che tali impegni siano stati sottoposti in tempo utile e ritiene che essi non risolvano chiaramente, senza necessità di indagini supplementari, tutti i problemi di ordine concorrenziale individuati. Per tali motivi, il presente motivo dovrebbe essere respinto.
- 160 Si deve rilevare, in limine, che gli impegni presentati, in parte, il 26 novembre 2004 si collocano al di là della scadenza del 17 novembre 2004.
- 161 Dalla lettura del combinato disposto dell'art. 8 del regolamento n. 4064/89 e dell'art. 18 del regolamento n. 447/98 emerge che la normativa in materia di concentrazione non pone in capo alla Commissione alcun obbligo di accettare impegni presentati successivamente alla data di scadenza. Tale scadenza trova principalmente spiegazione nell'esigenza di celerità che caratterizza l'economia generale del regolamento n. 4064/89 (sentenza Endemol/Commissione, cit. supra al punto 80, punto 68).

- 162 Tuttavia, con la comunicazione relativa alle misure correttive, che l'impegna volontariamente, la Commissione ha accettato di esaminare gli impegni modificati, in particolare quelli sottoposti successivamente alla scadenza prevista dal regolamento n. 447/98, «ove sia in grado di determinare chiaramente — in base alla propria valutazione delle informazioni già ricevute nel corso dell'indagine, compresi i risultati della precedente indagine di mercato e senza dover ricorrere ad un'altra indagine — che tali impegni, una volta attuati, risolvono i problemi concorrenziali individuati e che viene lasciato un tempo sufficiente per un'adeguata consultazione degli Stati membri» (punto 43).
- 163 Ne consegue che le parti di un'operazione di concentrazione notificata possono ottenere che i nuovi impegni presentati tardivamente vengano presi in considerazione subordinatamente a due condizioni cumulative, vale a dire, da un lato, che tali impegni risolvano chiaramente e senza necessità di indagini supplementari i problemi concorrenziali preventivamente individuati e, dall'altro, che sussista tempo sufficiente per consultare gli Stati membri in merito a tali impegni.
- 164 Nella specie, le parti hanno presentato gli impegni di cui trattasi la mattina stessa della riunione del comitato consultivo previsto per il pomeriggio del 26 novembre 2004. Inoltre, per quanto attiene agli impegni relativi al settore del gas, gli impegni del 26 novembre 2004 costituivano un semplice annuncio dell'intendimento delle parti di procedere a modificazioni dei loro precedenti impegni ('considerando' 859 della decisione impugnata). Il testo definitivo degli impegni annunciati relativi al settore del gas è stato fornito la sera del 3 dicembre 2004.
- 165 Per quanto attiene agli impegni del 26 novembre 2004 relativi al settore dell'energia elettrica, la Commissione non ha sostenuto, nella decisione impugnata, che essi dovevano essere respinti sulla base del rilievo che essa non aveva disposto di tempo sufficiente per procedere alla consultazione degli Stati membri. Al contrario, la Commissione ha accettato di esaminare tali impegni con riguardo al primo requisito indicato al punto 43 della comunicazione sulle misure correttive ('considerando' 855-

881). Atteso che, nella specie, la Commissione ha liberamente accettato, nella decisione impugnata, di prendere in considerazione tali impegni, si deve ammettere l'esame della Concentrazione come modificata dagli impegni medesimi, con riserva, tuttavia, della rispondenza agli specifici requisiti indicati al detto punto 43.

166 Per quanto attiene agli impegni del 26 novembre 2004 relativi al settore del gas, diretti a risolvere tanto alcuni problemi concorrenziali sui mercati del gas quanto taluni problemi sui mercati dell'energia elettrica, tali impegni sono divenuti incompleti ed incondizionali solamente il 3 dicembre 2004. Conseguentemente, si deve ritenere che la loro data utile sia il 3 dicembre 2004. Nella decisione impugnata la Commissione ha analizzato sommariamente il progetto del 26 novembre 2004 relativo a tali impegni, sottolineando che il loro carattere provvisorio era sufficiente a respingerli ('considerando' 882). L'istituzione ha, inoltre, espressamente invocato la circostanza che la versione definitiva di tali impegni era stata presentata troppo tardivamente per poter essere presa in considerazione ai fini dell'adozione della decisione definitiva ('considerando' 913). Si deve ritenere che la Commissione potesse legittimamente respingere gli impegni del 3 dicembre 2004 già per la loro estrema tardività. Infatti, da un lato, tali impegni sono stati presentati sette giorni dopo la consultazione del comitato consultivo e solo tre giorni lavorativi prima dell'emanazione della decisione definitiva. Dall'altro, la comunicazione concernente le misure correttive non garantisce che impegni presentati successivamente alla data di consultazione del comitato consultivo possano essere presi in considerazione. A tale riguardo si deve rammentare che la Commissione è tenuta, salvo circostanze eccezionali non dedotte nella specie, a fissare la data della riunione del comitato consultivo quattordici giorni prima del suo svolgimento (art. 19, n. 5, del regolamento n. 4064/89). Conseguentemente, considerato che il detto comitato ha accettato che la Commissione non gli sottoponesse tali impegni ove essa li ritenesse insufficienti, la Commissione non era minimamente tenuta ad indire una nuova riunione del comitato — né, alla luce dei suesposti rilievi, ne aveva materialmente il tempo.

167 La circostanza dedotta dalla ricorrente, secondo cui gli ultimi impegni avrebbero costituito soltanto la modifica degli impegni precedenti e si sarebbero collocati nell'ambito delle intense discussioni intercorse con la Commissione, non è idonea a inficiare tale conclusione. Infatti, anche ammesso che gli impegni del 3 dicembre 2004 non comportassero solamente modifiche minori rispetto agli impegni precedenti, essi non sono stati tuttavia forniti in tempo utile per poter essere sottoposti al comitato consultivo.

- 168 Conseguentemente, nell'ambito del presente procedimento devono essere presi in considerazione solamente gli impegni del 26 novembre 2004 relativi al settore dell'energia elettrica.
- 169 Per quanto attiene all'esame di questi ultimi impegni con riguardo al primo dei requisiti previsti dal punto 43 della comunicazione sulle misure correttive, la ricorrente sottolinea la distorsione esistente tra tale comunicazione e la sua traduzione nella decisione impugnata, secondo cui gli impegni sottoposti tardivamente devono «rispondere interamente e senza ambiguità, vale a dire in termini diretti, ai problemi concorrenziali individuati nel corso dell'indagine» ('considerando' 859 della decisione impugnata). Tuttavia, la ricorrente si limita a rilevare tale differenza, senza trarne conseguenze e senza affermare che gli impegni del 26 novembre 2004 avrebbero eliminato interamente i problemi concorrenziali preventivamente individuati. Non occorre quindi esaminare se tale modificazione di tenore comporti conseguenze effettive nella specie.
- 170 Deve essere peraltro respinto, in tale contesto, l'argomento della Commissione secondo cui, atteso che gli impegni sottoposti tardivamente non risolvevano chiaramente i problemi concorrenziali preventivamente individuati, il quarto motivo della ricorrente dovrebbe essere respinto già per tale solo motivo. Infatti, la seconda premessa della Commissione, secondo cui gli ultimi impegni sarebbero insufficienti, può essere esaminata unicamente nell'ambito dell'ultimo capo del quarto motivo.

C — Sul terzo capo del quarto motivo, relativo alla sussistenza di errori di valutazione della Concentrazione come modificata con riguardo al settore dell'energia elettrica

- 171 Nella decisione impugnata la Commissione ha rilevato che l'EDP detiene posizioni dominanti forti ovvero molto forti sui quattro mercati problematici della fornitura di energia elettrica all'ingrosso, dell'adeguamento e dei servizi ausiliari, della fornitura dell'energia elettrica al dettaglio ai grandi e piccoli clienti.

172 In primo luogo, ai termini della decisione impugnata, l'EDP detiene una posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, in considerazione della sua posizione in termini di offerta [con il 70 % della capacità totale di produzione, ove il resto è detenuto dalla Turbogás (8,6 %), in cui l'EDP possiede una quota minoritaria del 20 %, dalla Tejo Energia (5,1 %), in cui l'EDP possiede una quota minoritaria del 10 %, e da altri produttori non significativi operanti nell'ambito del regime speciale previsto, segnatamente, per le energie rinnovabili; 'considerando' 283-289], ed in termini di domanda (90 %-100 % del consumo nazionale complessivo; 'considerando' 299-301 e 433-443), per effetto del sistema «CMEC», diretto a compensare la sparizione degli accordi di acquisto garantito conclusi nell'ambito del regime non liberalizzato ('considerando' 294-298), per effetto del numero e della diversità dei suoi mezzi di produzione di energia elettrica ('considerando' 292 e 293), per effetto delle sue future capacità di produzione [tre unità CCGT (TER); 'considerando' 302-304], per effetto del fatto che la costruzione di nuove CCGT indipendenti previste per il 2007 è dubbia e sopravverrebbe, in ogni caso, solamente tre anni dopo la Concentrazione ('considerando' 305-331) e, infine, per effetto dell'insufficienza delle interconnessioni esistenti tra la rete spagnola e quella portoghese al fine di garantire importazioni di energia elettrica sufficienti ('considerando' 332-334). In secondo luogo, l'EDP detiene una posizione dominante sul mercato ovvero sui mercati emergenti dell'adeguamento e dei servizi ausiliari che non possono essere serviti se non da un produttore di energia elettrica in Portogallo. L'EDP è l'unica che possa di per sé garantire tali servizi ('considerando' 430-432). In terzo luogo, l'EDP detiene posizioni dominanti sul mercato al dettaglio ai grandi clienti, aperto alla concorrenza nel 2003, con una quota di mercato compresa tra il 90 % ed il 100 %, nonché su quello al dettaglio ai piccoli clienti. Tali posizioni dominanti risultano parimenti dal fatto che l'EDP opera unicamente a fronte di due concorrenti minori, esposti all'alea derivante dal dover soddisfare i propri bisogni mediante importazioni dalla Spagna, dal fatto che essa resterà il fornitore autorizzato nel sistema pubblico regolamentato, dal fatto che il 70 %-80 % dei clienti che passano dal sistema pubblico al sistema libero restano con l'EDP, dal fatto che essa detiene in concessione la rete elettrica secondaria (basso voltaggio) nonché dal fatto che, quale ex monopolista, detiene tutte le informazioni relative al profilo di consumo della clientela ('considerando' 433-443).

173 Nella decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che la Concentrazione rafforzasse le posizioni dominanti dell'EDP, con la conseguenza che una concorrenza effettiva risulterebbe ostacolata in modo significativo in considerazione, da un lato, di un effetto orizzontale sui quattro mercati dell'energia elettrica, consistenti nella sparizione della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile ('considerando' 335-364; v., in particolare, il 'considerando' 363; 'consi-

derando' 431 e 450-473), e, dall'altro, di effetti non orizzontali sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, consistente nell'accesso alle informazioni confidenziali dei propri concorrenti, nell'accesso privilegiato e preferenziale alle risorse di gas disponibili in Portogallo nonché nella possibilità e nell'intendimento di aumentare i costi di produzione dei suoi concorrenti ('considerando' 365-428).

- 174 Si deve rilevare, in limine, che il ricorrente non ha rimesso in discussione la definizione dei mercati dell'energia elettrica (v. supra, punto 24). Nella propria memoria scritta predisposta per l'udienza, essa riconosce parimenti la sussistenza di problemi concorrenziali individuati sui detti mercati, ancorché ne neghi l'intensità.
- 175 La ricorrente deduce due censure dirette a rimettere in discussione la persistenza sia dell'effetto orizzontale sia degli effetti non orizzontali sui mercati dell'energia elettrica con riguardo agli impegni. Essa sostiene peraltro, in termini trasversali nell'ambito delle dette due censure, che la Concentrazione come modificata produrrà un impatto positivo sui mercati dell'energia elettrica portoghese. A tal riguardo essa privilegia, in modo quasi esclusivo, l'esame del mercato all'ingrosso dell'energia elettrica.
- 176 Occorre anzitutto esaminare tali argomenti con riguardo all'effetto orizzontale della Concentrazione sui mercati dell'energia elettrica.
- 177 Secondo la decisione impugnata, l'unico effetto orizzontale della Concentrazione su tutti i mercati dell'energia elettrica risiederebbe nella sparizione della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile dell'EDP. Per quanto attiene, in primo luogo, al mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, la Commissione ha indicato vari fattori generali atti a dimostrare come sia economicamente razionale ed interessante per un fornitore di gas l'ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica ('considerando' 335-344). Tale incentivo generale risulta confermato dalle prove di mercato e dall'esempio di altri Stati membri in cui la liberalizzazione di tali mercati ha condotto ad un risultato di tal genere, in particolare in Spagna e nel

Regno Unito. Inoltre, nel corso del procedimento dinanzi al Tribunale la Commissione ha fornito le motivazioni non espresse nella decisione impugnata per motivi di riservatezza, atte a dimostrare l'interesse individuale della GDP ad entrare sul mercato della produzione dell'energia elettrica ('considerando' 345-361). Per quanto attiene, in secondo luogo, al mercato o ai mercati emergenti dell'adeguamento e dei servizi ausiliari, la Commissione ritiene che la sparizione della GDP quale nuovo concorrente potenziale sul mercato all'ingrosso faccia parimenti venir meno un nuovo concorrente potenziale significativo sui mercati di cui trattasi, atteso che l'ingresso della GDP sul mercato all'ingrosso indebolirebbe la posizione dell'EDP detenuta su tali mercati ('considerando' 430-432). Per quanto attiene, in terzo luogo, ai mercati al dettaglio dell'energia elettrica, la Commissione ritiene che la GDP fosse il concorrente potenziale significativo in considerazione della sua statura commerciale esistente, della notorietà del suo marchio nazionale e della sua capacità di proporre offerte duplici (energia elettrica e gas). La Commissione si è ampiamente fondata, a tal riguardo, sulle prove di mercato e su esempi tratti dalla situazione di altri Stati membri ('considerando' 449-473).

178 La ricorrente riconosce che la Concentrazione, come notificata, rafforzerebbe le posizioni dominanti dell'EDP sui mercati di cui trattasi, determinando conseguentemente un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Per contro, essa afferma, in primo luogo, che è altamente dubbio che, in assenza della Concentrazione, la GDP fosse fortemente incentivata ad entrare sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica. Essa afferma, in secondo luogo, che le conseguenze favorevoli sulla struttura della concorrenza, che risulterebbero, con ogni probabilità, dagli impegni offerti, costituiscono più che una compensazione di una qualsivoglia perdita di concorrenza potenziale proveniente dalla GDP.

179 Si deve sottolineare che, se è pur vero che, in vari passi della decisione impugnata, la Commissione fa riferimento alla sparizione della «GDP» quale concorrente potenziale importante più probabile sui mercati dell'energia elettrica, dalla decisione, letta nel suo complesso, e, in particolare, dalla sezione relativa alla dimostrazione dell'interesse particolare della GDP a fare ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica ('considerando' 345-364) emerge come la Commissione abbia considerato che tale ingresso verrebbe effettuato «tramite il gruppo Galp» inteso quale entità economica unica, comprendente la GDP ed altre filiali della Galp, senza che la Commissione abbia ritenuto necessario distinguere specificamente quale filiale del gruppo Galp eserciterebbe le singole funzioni. Nell'analisi in prosieguo il Tribunale farà riferimento esplicito alla Galp o al gruppo Galp ivi compresa la GDP (in prosieguo: la «Galp/GDP»), solamente ove necessario.

1. Sulla sparizione della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile

- 180 Per quanto attiene all'incentivazione della GDP a fare ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, la ricorrente censura la pertinenza degli esempi tratti da altri Stati membri, la rilevanza dell'attuale partecipazione della GDP nelle due centrali di cogenerazione (ricorso abbreviato, punto 119, nota 105), la mancata presa in considerazione delle connessioni strutturali esistenti tra l'EDP e la GDP e l'assenza di interesse per la GDP a far concorrenza all'EDP (ricorso abbreviato, punto 127). Quanto all'incentivazione della GDP a fare ingresso sui mercati dell'adeguamento e del dettaglio dell'energia elettrica, la ricorrente si limita ad affermare che tali mercati beneficerebbero del miglioramento delle condizioni concorrenziali sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica (ricorso abbreviato, punto 129).
- 181 Nel ricorso abbreviato ai fini del procedimento accelerato, sostanzialmente identico, su tale punto, al ricorso originale, la ricorrente rinvia, nelle note a piè di pagina, a varie sezioni della relazione Lexecon intitolate «la prospettiva della realizzazione di una forte concorrenza nel settore dell'energia elettrica per effetto della GDP è esagerata» e «un modello formale delle incentivazioni all'investimento al mercato all'ingrosso dell'elettricità in Portogallo». Conseguentemente, la Commissione si limita a far rinvio alla relazione del proprio principale economista diretta a capovolgere le affermazioni contenute nella relazione Lexecon.
- 182 Si deve rammentare che un rinvio generico agli allegati delle memorie delle parti dev'essere dichiarato irricevibile laddove non si fondi su argomenti già esposti nelle memorie principali delle parti stesse (v. la giurisprudenza menzionata supra al punto 155). Infatti, spettava, in primo luogo, alla ricorrente indicare nel ricorso gli argomenti atti a dimostrare che la Commissione fosse incorsa in un errore manifesto di valutazione. Orbene, gli unici argomenti a sostegno dell'affermazione secondo cui l'ingresso della GDP sarebbe stato dubbio, esistenti sia nel ricorso sia nel ricorso abbreviato, sono quelli richiamati supra al punto 180. Per contro, la relazione Lexecon contiene una serie di altri argomenti diretti a dimostrare l'assenza di incentivazioni per la GDP a far ingresso sui mercati dell'energia elettrica, che non

trovano traccia alcuna nel ricorso. Il rinvio alla relazione Lexecon è quindi accettabile unicamente con riguardo agli argomenti esposti nel ricorso, laddove gli altri argomenti devono essere respinti.

183 Si deve inoltre rilevare che il fatto che il presente ricorso venga esaminato con la procedura accelerata rafforza la pertinenza della giurisprudenza richiamata supra al punto 155, piuttosto che indebolirla. Infatti, una procedura accelerata, in cui non si procede ad una seconda tornata di memoria scritta, presuppone che gli argomenti della ricorrente vengano individuati chiaramente e definitivamente sin dall'origine nell'atto introduttivo o, eventualmente, nel suo testo abbreviato. Inoltre, la necessaria limitazione del volume delle memorie delle parti, conformemente alle istruzioni pratiche del Tribunale alle parti (punto VI, nn. 2 e 3), e quindi, implicitamente, la limitazione del numero e della complessità degli argomenti dedotti non può essere elusa mediante il rinvio sistematico a relazioni voluminose e/o complesse.

184 Per quanto attiene, in primo luogo, alla pertinenza degli esempi della liberalizzazione spagnola e britannica, la ricorrente sostiene che la Commissione avrebbe dovuto dimostrare la pertinenza di tali esempi sul mercato portoghese e fa valere i contrari esempi tedesco e francese.

185 Si deve rilevare che tali esempi erano diretti a dimostrare l'interesse, in generale, per un importante fornitore di gas di procedere ad un'integrazione verticale provvedendo alla fornitura delle proprie CCGT. Orbene, da un lato, la ricorrente non ha indicato alcuna ragione per la quale tali esempi non sarebbero pertinenti in Portogallo. Parimenti, non ha fornito alcun motivo preciso che spieghi perché gli esempi contrari, relativi ai mercati francese e tedesco, sarebbero più pertinenti per quanto riguarda il Portogallo. Inoltre, contrariamente al ricorso, la relazione Lexecon si fonda su tali esempi nazionali per dimostrare il debole ruolo delle centrali costruite da nuovi operatori entrati sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica [relazione Lexecon, punto 3.3 (b)]. Inoltre, tale interesse generale per i fornitori di gas è confermato dalle risposte alle prove di mercato che si fondano sui detti esempi, su quello britannico e soprattutto su quello spagnolo.

186 D'altro canto e, principalmente, la Commissione ha dimostrato nella decisione impugnata, richiamandosi alle prove di mercato, i vantaggi economici insiti per un fornitore di gas nella realizzazione di un'integrazione verticale nella produzione di energia elettrica, in considerazione del fatto che le nuove centrali elettriche costruite sono generalmente alimentate a gas, che un siffatto fornitore potrebbe così beneficiare, per l'accesso al gas, delle proprie condizioni economiche più favorevoli, che l'operatore storico in materia di gas cercherebbe di guadagnare nuovi mercati in compensazione della riduzione delle proprie quote di mercato nel settore del gas conseguente alla liberalizzazione del medesimo e, infine, che tale integrazione potrebbe realizzarsi con l'ingresso di un fornitore di tal genere sui mercati al dettaglio dell'energia elettrica. Orbene, la ricorrente non ha dedotto alcun errore, a fortiori manifesto, quanto a tali ulteriori fattori di incentivazione.

187 Per quanto attiene, in secondo luogo, all'interesse della GDP all'ingresso sui mercati dell'energia elettrica, la Commissione ha esposto, nella decisione impugnata, che la Galp, che detiene l'intero capitale della GDP, ha fatto ingresso sul mercato di produzione di energia elettrica già nell'anno 2000, tramite una filiale, la Galp Power, partecipando a due progetti di centrali elettriche di cogenerazione, della potenza di 44 MW e di 30 MW ('considerando' 347 della decisione impugnata, nota a pié di pagina, n. 236). Come sottolineato dalla Commissione, tale partecipazione dimostra l'interesse della Galp, previo alla Concentrazione, nei confronti della produzione di energia elettrica. La circostanza dedotta dalla ricorrente nel ricorso — secondo cui la Galp parteciperebbe a tali due progetti non in concorrenza, bensì in collaborazione con l'EDP — non è idonea a rimettere in discussione la dimostrazione dell'interesse della Galp nei confronti della produzione di energia elettrica risultante da tale partecipazione. Inoltre, la Commissione ha preso atto della dichiarazione del presidente della Galp, riportata in un articolo di stampa dell'AFX News, secondo cui la sua compagnia intenderebbe entrare sui mercati dell'energia elettrica, in particolare, quelli della produzione, senza che i suoi azionisti, tra cui l'EDP, avrebbero nulla da ridire. Tale articolo conferma la conclusione della Commissione esposta al riguardo nella decisione impugnata. Infine, tale stessa circostanza non è più significativa per quanto attiene agli altri progetti esaminati in prosieguo.

188 Dalla decisione impugnata (omissis), emerge che i progetti della Galp/GDP nella produzione di elettricità andavano oltre la loro semplice partecipazione nelle due centrali di cogenerazione di 44 e 30 MW. La Galp, tramite al sua controllata Galp Power, ha chiesto ufficialmente l'autorizzazione amministrativa, nel 2002, per la

costruzione di due CCGT di 400 MW ciascuno a Sinès. Tale progetto di centrali elettriche a gas è molto più ambizioso rispetto alla semplice partecipazione a due centrali di cogenerazione e dimostra un interesse rilevante nella penetrazione vigorosa sul mercato della produzione di energia elettrica. Inoltre, secondo la decisione impugnata, uno studio di fattibilità relativo alla costruzione di CCGT in seno al gruppo Galp aveva analizzato in dettaglio la possibilità per la GDP di operare sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica e/o di gestire una parte della centrale. La Commissione ha parimenti ritenuto che, se tale progetto non aveva superato lo studio di fattibilità, ciò era dovuto al fatto dell'annuncio della concentrazione da parte del governo portoghese. Tuttavia, la realizzazione di tale progetto farebbe della GDP una delle prime imprese a far ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica. A tal riguardo si deve rilevare che, a seguito dell'udienza, è ormai pacifico che la Galp Power abbia effettivamente ottenuto un'autorizzazione amministrativa per la costruzione di una CCGT di 500 MW. Infine, la confidenzialità richiesta dall'ENI nei confronti dell'EDP quanto al passo della decisione che descrive tali progetti, confidenzialità eliminata nell'ambito del presente procedimento, dimostra che tale progetto viene condotto al di fuori di qualsivoglia collaborazione con l'EDP. Ne consegue che la Galp/GDP nutre progetti molto seri di ingresso sul mercato della produzione di energia elettrica mediante il tipo di centrale più efficiente attualmente, vale a dire le CCGT.

- 189 All'udienza la ricorrente ha sottolineato che tali licenze erano state richieste dalla Galp Power, che, in qualità di controllata diretta della Galp, non faceva parte della concentrazione. Tale circostanza è priva di incidenza reale sull'analisi condotta dalla Commissione. Nel momento in cui è stata effettuata la richiesta di licenze, la Galp Power e la GDP appartenevano allo stesso gruppo. Pertanto, l'obiettivo di procedere ad un'integrazione verticale tra gas ed elettricità, vale dire quanto sostenuto dalla Commissione nella decisione impugnata, era pienamente garantito in seno al gruppo Galp. In assenza della concentrazione, la Galp/GDP avrebbe conservato le proprie licenze e la possibilità di fare concorrenza alla EDP. Ammesso che la concentrazione si realizzi, l'eventuale perdita delle licenze non porrebbe problemi all'organismo risultante dalla fusione, già impegnatosi per effetto della moratoria a non costruire CCGT prima del decorso di un certo periodo. All'udienza la ricorrente ha parimenti fatto presente che la Galp Power, con le sue licenze, costituiva un concorrente potenziale dell'organismo risultante dalla fusione. Benché la Commissione non abbia espressamente esaminato, nella decisione impugnata, il mantenimento della capacità e dell'interesse della Galp, tramite la Galp Power, a far ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica a seguito della concentrazione, tale circostanza non può costituire un errore manifesto di valutazione, in quanto non implica alcuna conseguenza rilevante sull'analisi della situazione concorrenziale posteriore alla concentrazione. Da un lato, il mantenimento di un interesse della Galp a fare

ingresso su tale mercato malgrado il venir meno dell'incentivo maggiore, costituito dall'integrazione verticale, resta nell'ordine delle ipotesi. Dall'altro, anche ammesso che tale ipotesi si realizzi, la Galp Power costituirebbe un concorrente senza misura comune rispetto al concorrente che costituiva quando era collegata alla GDP nell'ambito del gruppo Galp. Conseguentemente, la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che la Concentrazione provocherebbe la sparizione della GDP, tramite il gruppo Galp, quale concorrente potenziale rilevante più probabile dell'EDP.

190 Per quanto attiene, in terzo luogo, all'argomento della ricorrente secondo cui la GDP sarebbe collocata in posizione meno favorevole rispetto ad altri concorrenti potenziali dell'EDP in considerazione dei propri legami strutturali con quest'ultima, tramite l'azionariato dell'EDP nella Galp, che possiede l'intero capitale della GDP, e l'azionariato dello Stato portoghese nell'EDP e nella GDP, si deve rammentare che, a termini della decisione impugnata ('considerando' 7, nota a piè di pagina n. 6), lo Stato portoghese controlla direttamente il 30% e indirettamente il 18,3% del capitale del Galp, l'Eni ne possiede il 33,34% e l'EDP il 14%. Si deve rilevare che, alla luce di tali cifre, l'EDP non possiede il controllo della GDP. A tal riguardo, la Commissione sottolinea correttamente che l'EDP ha sempre sostenuto che la quota del 20% detenuta nella Turbogás non le consentirebbe il controllo di quest'ultima. Tuttavia, l'argomento è perfettamente capovolgibile laddove la Commissione, dal canto suo, ha sempre ritenuto che, malgrado l'impegno dell'EDP di non avvalersi dei propri diritti di voto in taluni settori e di nominare membri indipendenti nel consiglio di direzione della Turbogás, ciò non impedirebbe all'EDP di mantenere un'influenza negativa sul comportamento della Turbogás. A parere della Commissione, l'EDP ha sempre sostenuto che lo Stato non possedesse il controllo dell'EDP. Si deve tuttavia rilevare che il governo portoghese sembra essere l'architetto effettivo della Concentrazione. Infatti, il fatto che la Concentrazione si conformi esattamente allo schema annunciato dal governo portoghese nel 2003 (v. supra, punto 11), tanto per l'EDP quanto per la GDP, costituisce elemento probante a tal riguardo.

191 Tuttavia, anche ammesso che l'EDP mantenga, da sola o tramite lo Stato portoghese, un'influenza sulla GDP, la Concentrazione trasformerebbe tale influenza in controllo puro e semplice con il possesso, in definitiva, del 51% del pacchetto azionario. Orbene, in assenza di concentrazione, come dimostra la decisione impugnata, l'interesse economico della GDP può risultare convincente per i suoi azionisti, in particolare per lo Stato portoghese e per l'Eni, azionisti di maggioranza, per abbandonare una strategia di protezione degli interessi dell'EDP per privilegiare gli interessi della GDP.

- 192 A tal riguardo, la Commissione rammenta giustamente che la Galp/GDP ha già assunto la decisione di costruire due CCGT ed ha già ottenuto una licenza. La dichiarazione del presidente della Galp — secondo cui nessun azionista avrebbe espresso il minimo dubbio in ordine all'intendimento della Galp di fare ingresso sul mercato dell'energia elettrica, benché ciò porti l'impresa ad entrare in concorrenza con il proprio azionista al 14%, vale a dire l'EDP — conferma manifestamente la decisione impugnata sotto tale profilo.
- 193 Per quanto attiene, in quarto luogo, all'argomento secondo cui della GDP esisterebbero incentivazioni limitate a far ingresso sul mercato della produzione dell'energia elettrica o a facilitare l'ingresso di nuovi operatori al fine di mantenere i propri profitti favorendo l'EDP come unico cliente a valle, tale argomento si fonda sull'ipotesi secondo cui, aumentando la concorrenza sul mercato della produzione di energia elettrica, la GDP perderebbe sul mercato della fornitura di gas all'EDP o ai produttori indipendenti più di quanto potrebbe guadagnare sul mercato della produzione [direttamente relazione Lexecon, punto 3.3, lett. d) e, indirettamente, punto 3.3, lett. c)]. Tale argomento si fonda sulla premessa secondo cui, in caso di diluizione della posizione dominante dell'EDP sul detto mercato, vuoi per effetto dell'ingresso della GDP, vuoi per effetto dell'ingresso di nuovi concorrenti, la «buona volontà» (willingness) dell'EDP di pagare le proprie forniture di gas ad una tariffa pari a quella attuale diminuirebbe.
- 194 Al di là del fatto che la premessa di tale argomento non risulta minimamente dimostrata, la Commissione correttamente si riferisce all'argomento svolto dal proprio principale economista secondo cui la premessa stessa ignorerebbe la struttura dei contratti in materia di fornitura di gas, segnatamente il principio «prendere o pagare» ovvero il carattere a lungo termine dei contratti di fornitura di gas. Inoltre, anche ammesso che tale argomento riguardi solo le esigenze a breve termine dell'EDP e che la concorrenza sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica provochi tensioni sui prezzi del gas quale materia prima, né la ricorrente né la relazione Lexecon spiegano il perché o in qual misura la differenza tra il prezzo di vendita del gas da parte della GDP e il costo interno per la GDP in autofornitura sarebbe minore rispetto ad un'eventuale perdita sul mercato della fornitura del gas.

- 195 Conseguentemente, la ricorrente non ha dimostrato alcun errore manifesto da parte della Commissione laddove quest'ultima ha ritenuto che la GDP avesse forti incentivi ad entrare sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica e che la concentrazione avrebbe fatto venire meno il concorrente potenziale rilevante più probabile dell'EDP sul mercato medesimo ('considerando' 344 e 868).
- 196 Infine, per quanto attiene all'effetto orizzontale sui mercati dell'adeguamento e del dettaglio dell'energia elettrica, la ricorrente si limita a rilevare che il miglioramento delle condizioni di concorrenza nell'ambito del mercato all'ingrosso dell'energia elettrica si rifletterebbe parimenti sui detti mercati derivati. Da un lato, atteso che tale premessa non è stata dimostrata e, dall'altro, che i fattori esposti dalla Commissione diretti a dimostrare l'esistenza dell'effetto orizzontale sui mercati medesimi non sono stati contestati, si deve rilevare che la ricorrente non ha dimostrato alcun errore manifesto di valutazione con riguardo ai mercati di cui trattasi. Conseguentemente, si deve riconoscere l'esistenza di un effetto orizzontale sui mercati dell'adeguamento e del dettaglio dell'energia elettrica. Peraltro, considerato che tale effetto sui detti mercati è acquisito, si deve rilevare che l'incentivo per la GDP a far ingresso sui medesimi, in particolare su quelli al dettaglio, è idoneo a rafforzare considerevolmente il suo interesse ad entrare sui mercati di produzione dell'energia elettrica, considerato che ciò offre uno sfogo diretto alla propria produzione di energia elettrica.
- 197 Si deve pertanto necessariamente rilevare che la ricorrente non ha minimamente dimostrato l'esistenza di un manifesto errore di valutazione da parte della Commissione quanto ai forti incentivi per la GDP ad entrare su tutti i mercati dell'energia elettrica, ivi compresi i mercati dell'adeguamento e dei servizi ausiliari nonché i mercati al dettaglio dell'energia elettrica ('considerando' 432, 473, 876 e 881), nonché relativi alla sparizione della GDP quale concorrente potenziale rilevante più probabile dell'EDP sui mercati medesimi.

2. Sulla compensazione concorrenziale relativa agli impegni

- 198 Si deve rammentare che la Commissione deve vietare un'operazione di concentrazione quando ricorrano i criteri dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 con riguardo quantomeno ad uno dei mercati di cui trattasi (v. supra, punti 144-146).

- 199 La ricorrente ritiene che l'effetto combinato dei singoli impegni relativi al settore dell'energia elettrica costituisca più che una compensazione della perdita della concorrenza potenziale della GDP. Essa afferma parimenti che gli impegni concernenti i mercati del gas determinerebbero anche un miglioramento delle condizioni di concorrenza sui mercati all'ingrosso dell'energia elettrica.
- 200 Si deve riconoscere, a tal riguardo, che, ove gli impegni determinassero, sui singoli mercati di cui trattasi, una compensazione concorrenziale superiore all'ostacolo significativo alla concorrenza provocato dalla Concentrazione come notificata, il bilancio concorrenziale della Concentrazione sul mercato de quo risulterebbe positivo. Conseguentemente, la Concentrazione non potrebbe essere vietata per il mercato medesimo in base all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89.
- 201 Nella propria memoria scritta predisposta per l'udienza, e all'udienza stessa, la ricorrente ha affermato con decisione che, in considerazione delle forti interconnessioni esistenti tra i mercati del gas e dell'elettricità e tra i singoli mercati di ognuno di tali settori, una corretta valutazione della situazione concorrenziale su ciascuno dei mercati de quibus presupporrebbe che venga presa in considerazione la situazione concorrenziale sugli altri mercati. La Commissione ritiene, dal canto suo, che, affinché la decisione venga confermata, è sufficiente che uno dei problemi concorrenziali individuati su uno dei mercati di cui trattasi nella decisione impugnata non venga risolto dagli impegni proposti.
- 202 Si deve rilevare, in limine, che le due tesi non sono incompatibili. Infatti, la ricorrente ha riconosciuto all'udienza che la Concentrazione come modificata non poteva costituire oggetto di un bilancio concorrenziale globale in cui il beneficio concorrenziale su uno dei mercati potesse compensare il deficit concorrenziale esistente su un altro mercato. La Commissione non ha peraltro nemmeno affermato che la situazione concorrenziale su uno dei mercati di cui trattasi fosse completamente indipendente con quella degli altri mercati.

- 203 Si deve rilevare che, qualora un'operazione di concentrazione interessi più mercati distinti, ma connessi, e qualora la situazione concorrenziale su uno o più di tali mercati influenzi la situazione sull'uno o sull'altro mercato, occorre tener conto di tali altri mercati al fine di poter valutare correttamente e compiutamente se l'operazione de qua crei o rafforzi una posizione dominante su uno dei mercati interessati con conseguente ostacolo significativo alla concorrenza. Per contro, al fine di affermare il divieto di tale operazione, non è necessario rilevare che l'operazione di cui trattasi produrrà tale conseguenza su ogni singolo mercato.
- 204 Nella specie, appare evidente che le situazioni concorrenziali sui singoli mercati dell'energia elettrica sono connesse, ancorché non dipendano esclusivamente l'una dall'altra. In tal senso, come rilevato dalla Commissione nella decisione impugnata, gli incentivi ad entrare sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica sono rafforzati dall'ingresso sui mercati al dettaglio dell'energia elettrica ('considerando' 338, 342, 343 e 362) e viceversa ('considerando' 456 e 472). Parimenti, la Commissione ha ritenuto che gli unici idonei a partecipare al mercato dell'adeguamento e dei servizi ausiliari dell'energia elettrica fossero i produttori di energia elettrica in Portogallo ('considerando' 430 e 431).
- 205 Risulta parimenti che le situazioni concorrenziali sui singoli mercati dell'energia elettrica sono connesse a quelle esistenti sui mercati del gas. In tal senso, segnatamente, l'ingresso di concorrenti sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica dipende in parte dalla possibilità di disporre di forniture indipendenti di gas in considerazione dei freni all'ingresso su tale mercato esposti dalla Commissione nell'individuare gli effetti non orizzontali della concentrazione ('considerando' 365-428). Parimenti, l'incentivo della GDP a far ingresso sul mercato della produzione dell'energia elettrica si fonda in parte sui prezzi del gas che essa ottiene in qualità di fornitore ('considerando' 340, 341 e 343). La Commissione ha peraltro ritenuto che uno degli incentivi principali della GDP a far ingresso sui mercati al dettaglio dell'energia elettrica risiedesse nella sua capacità di proporre offerte duplici ('considerando' 453-458), il che presuppone necessariamente la possibilità di incidere sulla capacità dei concorrenti di formulare offerte analoghe e, quindi, sulla liberalizzazione dei mercati del gas.

206 Conseguentemente, la valutazione dei problemi concorrenziali sui mercati dell'energia elettrica deve necessariamente tener conto della situazione concorrenziale sugli altri mercati dell'energia elettrica o del gas risultanti dalla Concentrazione, come modificata dagli impegni.

a) Sugli impegni relativi al settore dell'energia elettrica

207 Per quanto attiene all'effetto combinato dei singoli impegni relativi al settore dell'energia elettrica, la ricorrente menziona il disimpegno dell'EDP nella REN e nella Tejo Energia, la moratoria concernente la costruzione di nuove CCGT, la locazione del TER e la sospensione dei diritti di voto nella Turbogás rinviando, a titolo principale, alla sezione della relazione Lexecon intitolata «Gli impegni migliorano probabilmente gli incentivi per i terzi a far ingresso sul mercato dell'energia elettrica». La ricorrente espone peraltro gli argomenti relativi alla moratoria, alla locazione del TER e alla Tejo Energia nell'ambito delle proprie censure relative agli effetti non orizzontali sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica. La Commissione sottolinea l'assenza di argomenti e di elementi di fatto per quanto attiene all'effetto combinato di tali impegni e rinvia parimenti a due sezioni della relazione del proprio economista principale. La Commissione si prende nondimeno cura di respingere in modo dettagliato gli argomenti della ricorrente esposti nel ricorso.

208 Si deve rammentare che il rinvio alla relazione Lexecon è accettabile unicamente con riguardo agli argomenti contenuti nel ricorso e che gli altri argomenti devono essere respinti.

209 Per quanto attiene alla moratoria e all'impegno di cedere in locazione il TER, si deve rilevare che, in assenza della Concentrazione, l'EDP condurrebbe a buon fine il proprio progetto TER di costruzione di tre centrali CCGT, di cui l'ultima dovrà avviare la propria produzione nel 2006, per una produzione complessiva di [1000-1500] MW coprendo il 20% circa del consumo attuale in Portogallo (conside-

rando' 302 della decisione impugnata). Con la Concentrazione, le parti si impegnano a non costruire altre CCGT ed a locare la capacità di produzione di una o di due CCGT del TER sino al 30 giugno 2010 ovvero per una data anteriore qualora realizzino condizioni sospensive, di cui la principale attiene alla concessione di licenze di costruzione di CCGT date dal governo ad una o due entità non controllate dall'EDP.

- 210 Nella decisione impugnata la Commissione ha rilevato, in primo luogo, che la costruzione di CCGT costituiva l'unico modo per aprire significativamente il mercato all'ingrosso dell'energia elettrica in considerazione dei limiti strutturali delle importazioni, del ritardo del mercato spagnolo e del vantaggio derivante dalle CMEC per i produttori attuali ('considerando' 292-334). In secondo luogo, la Commissione ha sottolineato la durata limitata della moratoria e della locazione, il fatto che poteva esservi posto termine anticipatamente anche prima dell'effettiva costruzione o messa in opera di nuove CCGT, il fatto che tale termine anticipato per effetto della concessione di licenze a soggetti non controllati dall'EDP non impediva a quest'ultima di mantenere legami con i soggetti medesimi ed il fatto che i detti impegni non impedivano all'EDP di chiedere licenze per se stessa. Per quanto attiene alla locazione del TER, la Commissione ha inoltre ritenuto che le incertezze relative alla sua durata avrebbero inciso pesantemente sul locatario, che il locatario stesso non avrebbe acquisito alcuna competenza in materia di produzione e che l'EDP avrebbe avuto conoscenza delle informazioni essenziali relative al locatario dal momento che la locazione da parte di quest'ultimo riguardava unicamente capacità senza gestione dei mezzi di produzione (v., per quanto attiene agli impegni del 17 novembre 2004, i 'considerando' 743-753 e, per quanto attiene agli impegni del 26 novembre 2004, il 'considerando' 868). La Commissione ne trae la conclusione che era tutt'altro che certo che tali impegni avrebbero determinato l'ingresso effettivo di nuovi produttori.
- 211 Orbene, nel ricorso la ricorrente non ha formulato serie censure nei confronti dei fattori individuati dalla Commissione a sostegno della pretesa insufficienza dei due detti impegni con riguardo al problema concorrenziale di cui trattasi.
- 212 Si deve necessariamente concludere che la Commissione non è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che la moratoria e la locazione di CCGT della TER costituissero strumenti inadeguati per risolvere, di per sé, il problema orizzontale sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica.

- 213 La ricorrente sostiene peraltro che, in assenza della Concentrazione, l'EDP continuerebbe a trovarsi nella posizione di poter costruire nuove CCGT (assenza di moratoria), lasciando un margine estremamente stretto per l'ingresso di terzi.
- 214 È certo che, in assenza della Concentrazione, esisterebbe un freno reale all'ingresso di nuovi produttori di energia elettrica, risultante dall'intendimento e dalla capacità dell'EDP di costruire nuove centrali in un mercato già largamente approvvigionato. Tuttavia, senza la Concentrazione, tale freno all'ingresso di terzi non avrebbe inciso visibilmente sulla GDP ovvero sul gruppo Galp, in quanto la Commissione ha dimostrato, senza incorrere in un manifesto errore di valutazione (v. supra, punti 184-196), che la GDP o il gruppo Galp intendevano fare ingresso sul mercato della produzione di energia elettrica. Orbene, con la Concentrazione, la Commissione ha ritenuto, senza incorrere in un manifesto errore di valutazione (v. supra, punti 210-212), che gli impegni erano insufficienti per consentire il probabile ingresso di nuovi concorrenti sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica laddove la GDP sarebbe scomparsa quale concorrente potenziale rilevante più probabile. Conseguentemente, l'argomento della ricorrente non evidenzia alcun manifesto errore da parte della Commissione con riguardo all'effetto orizzontale della Concentrazione come modificata sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica.
- 215 La ricorrente afferma che la cessione delle proprie quote societarie della Tejo Energia avrebbe interrotto il legame strutturale esistente tra l'EDP e un produttore di energia elettrica concorrente ed avrebbe certamente prodotto un effetto strutturale positivo sulla concorrenza, laddove l'ingresso della GDP era lungi dall'essere certo [relazione Lexecon, punto 4.4, lett. c)].
- 216 Nella decisione impugnata la Commissione riconosce apertamente che il disinvestimento da parte dell'EDP nella Tejo Energia costituisce un elemento positivo. Nondimeno, la Commissione ha affermato, senza essere contraddetta al riguardo, che vari altri fattori impedivano a Tejo Energia di costruire una CCGT, in particolare le opinioni contraddittorie al riguardo tra azionisti ed il fatto che i principali azionisti, l'International Power e l'Endesa, sono legate all'EDP da altri accordi concernenti la produzione di energia elettrica in Portogallo ('conside-

rando' 669, 756-758 e 867 della decisione impugnata). Non avendo la ricorrente dimostrato che la Tejo Energia costituiva un concorrente altrettanto importante della GDP, si deve ritenere che l'impegno relativo alla Tejo Energia sia di per sé insufficiente per risolvere il problema orizzontale individuato sul mercato all'ingrosso.

- 217 La ricorrente fa parimenti valere il proprio impegno relativo alla limitazione dei propri diritti di voto nella Turbogás per quanto riguarda le decisioni relative all'acquisizione di gas naturale e ai nuovi investimenti nonché la sostituzione dei rappresentanti dell'EDP nel direttorio con membri indipendenti.
- 218 Nella decisione impugnata ('considerando' 759-766 e 861), la Commissione ha ritenuto che l'EDP mantenesse un'influenza sulla Turbogás in considerazione del fatto che manteneva i propri diritti di voto nei settori non coperti dall'impegno e del carattere temporaneo dell'impegno medesimo. La Commissione sottolinea parimenti il fatto che l'EDP si è riservata il diritto di impartire istruzioni ai propri rappresentanti indipendenti per preservare il valore della propria partecipazione. A tal riguardo, essa menziona l'interesse per gli altri azionisti della Turbogás, segnatamente l'International Power, di tenere buone relazioni con l'EDP. Infine, la Commissione rileva che l'EDP ha recentemente acquisito un diritto d'opzione su una quota aggiuntiva del 20% della Turbogás nonché sulla gestione dell'intera capacità di produzione di quest'ultima. Nelle proprie memorie scritte, la Commissione ha affermato, senza essere contestata ex adverso, che l'EDP (...) ¹. Non avendo la ricorrente dimostrato che la Commissione avrebbe compiuto un manifesto errore di valutazione laddove ha affermato che la Turbogás non costituiva un concorrente significativo, deve ritenersi che l'impegno relativo alla Turbogás fosse di per sé insufficiente per risolvere il problema orizzontale individuato sul mercato all'ingrosso.
- 219 La ricorrente afferma parimenti che la riduzione della propria partecipazione dal 30% al 5% nella REN avrebbe un chiaro effetto positivo sulla concorrenza [relazione Lexecon, punto 4.4, lett. c)]. Nella decisione impugnata la Commissione non ha

1 — Dati confidenziali omessi.

esaminato tale impegno con riguardo all'effetto orizzontale sui mercati dell'energia elettrica, bensì con riguardo agli effetti orizzontali sui mercati medesimi, come indicato dalle parti nella loro lettera 2 novembre 2004. In assenza di altre indicazioni supplementari oltre all'esistenza di tale impegno, la ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di alcun errore manifesto da parte della Commissione rispetto a tale impegno.

- 220 In conclusione, dev'essere inoltre rilevato che la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione fosse incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che la Concentrazione, come modificata da tutti gli impegni direttamente attinenti al problema orizzontale, complessivamente inteso, dovesse essere dichiarata incompatibile con il mercato comune in considerazione dei suoi effetti orizzontali sui mercati dell'energia elettrica. In particolare, se è pur vero che il complesso di tali impegni migliori indubbiamente la possibilità di fare ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, la ricorrente non ha contraddetto la conclusione della Commissione fondata sul test di mercato, secondo cui i detti impegni, complessivamente intesi, non creavano un ambiente concorrenziale sufficiente per rendere tale ingresso probabile. Inoltre, anche ammesso che tale ingresso sia prevedibile su uno dei mercati dell'energia elettrica, nulla lascia intendere che il nuovo concorrente possiederebbe la forza e i vantaggi posseduti dalla GDP ai fini del proprio ingresso su tutti o su taluni mercati dell'energia elettrica ('considerando' 362-364, 675, 767 e 868 della decisione impugnata).

b) Sugli impegni relativi al settore del gas

- 221 La ricorrente si limita ad affermare che taluni impegni relativi ai mercati del gas consentiranno ad un nuovo soggetto che faccia ingresso sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica di procurarsi gas in modo indipendente rispetto all'organismo risultante dalla fusione. Tuttavia, la ricorrente non indica gli impegni che sarebbero pertinenti, né in qual misura lo sarebbero, bensì fa riferimento, in termini generici, alla parte del proprio ricorso dedicata all'esame dei mercati del gas. La Commissione sottolinea tale carenza ed individua, nella parte delle memorie scritte della ricorrente attinenti ai mercati del gas, una sola affermazione di ordine generale, secondo cui «tali impegni [relativi al gas] creeranno un ambiente manifestamente più concorrenziale nel settore dell'energia elettrica».

- 222 Dagli atti risulta che gli impegni relativi al settore del gas sono di due ordini, a seconda che riguardino a priori, da un lato, la risoluzione dei problemi non orizzontali individuati sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, migliorando sostanzialmente le modalità di fornitura di gas per i produttori di energia elettrica concorrenti all'organismo risultante dalla fusione (A/ENI.II-F/ENI.IX, H/ENI.XI e L/EDP.1) o, dall'altro, la risoluzione dei problemi orizzontali e non orizzontali sui mercati del gas (G/ENI.X, I/ENI.XII e J/ENI.XIV).
- 223 Si deve rilevare, in limine, che nella decisione impugnata la Commissione ha individuato l'effetto orizzontale su tutti i mercati dell'energia elettrica, nonché gli impegni direttamente volti a risolvere tale problema concorrenziale, indipendentemente dagli effetti non orizzontali sui mercati all'ingrosso dell'energia elettrica e dagli impegni volti a risolvere questi ultimi problemi concorrenziali ('considerando' 362-364, 675, 767 e 868 della decisione impugnata). Essa ha necessariamente ritenuto, in tal modo, che la Concentrazione come modificata dovesse essere vietata, eventualmente, unicamente in base al rilievo che essa rafforzava la posizione dominante dell'EDP producendo la conseguenza di un significativo ostacolo alla concorrenza sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica derivante dalla sparizione della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile. Occorre quindi esaminare se, come afferma la ricorrente nell'ambito del secondo capo del terzo motivo (v. supra, punto 84) nonché nell'ambito del presente motivo, la Commissione avrebbe dovuto esaminare gli impegni complessivamente al fine di giungere alla conclusione che i loro effetti combinati facevano più che compensare la sparizione della concorrenza potenziale proveniente dalla GDP.
- 224 In primo luogo, si deve rilevare che gli impegni relativi agli effetti non orizzontali sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica (A/ENI.II-F/ENI.IX, H/ENI.XI e L/EDP.1) incidono in modo del tutto trascurabile sul problema orizzontale individuato su tutti i mercati dell'energia elettrica, vale a dire il venir meno della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile per effetto della Concentrazione come modificata.

225 Da un lato, tali impegni non incidono sull'esame compiuto dalla Commissione in ordine alla GDP. Infatti, la GDP non era interessata dai problemi non orizzontali cui i detti impegni fanno riferimento, disponendo, anche in assenza della Concentrazione, del proprio accesso privilegiato al gas. Pertanto, tanto l'incentivo proprio della GDP a far ingresso sui mercati dell'energia elettrica quanto la forza di tale ingresso restano inalterati rispetto ai menzionati impegni.

226 D'altro canto, tali impegni incidono solo marginalmente sull'analisi effettuata dalla Commissione in ordine alla rilevanza dell'ingresso della GDP sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica rispetto all'ingresso degli altri concorrenti del nuovo soggetto risultante dalla fusione. La Commissione ha infatti ritenuto che la GDP possedesse vantaggi concorrenziali importanti sugli altri concorrenti potenziali del nuovo soggetto risultante dalla fusione sui mercati dell'energia elettrica, vale a dire, principalmente, un'integrazione verticale tra le attività relative al gas e all'elettricità in seno al gruppo Galp, un accesso privilegiato al gas, il possesso di un marchio rinomato e la conoscenza della clientela in Portogallo. Orbene, anche ammesso che gli impegni diretti a risolvere i problemi non orizzontali siano pienamente efficaci, la situazione concorrenziale sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica risulterebbe, con la Concentrazione, meno favorevole rispetto a quanto lo sarebbe in sua assenza. Anzitutto, gli impegni di cui trattasi erano volti, essenzialmente, solo a eliminare il problema concorrenziale creato dalla Concentrazione stessa, vale a dire porre al servizio dell'impresa con forte posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica la posizione dominante dell'altra impresa detentrica di una posizione dominante sul mercato della fornitura del gas ai produttori di energia elettrica. Inoltre, ancorché tali impegni siano idonei a favorire la concorrenza sul mercato della produzione di energia elettrica per mezzo della CCGT, in ultima analisi essi garantirebbero unicamente ai concorrenti del nuovo soggetto risultante dalla fusione un accesso al gas meno discriminatorio e più riservato. Tuttavia, la Commissione non ha considerato l'accesso al gas, in assenza della Concentrazione, quale freno effettivo all'ingresso sul mercato di concorrenti diversi dalla GDP, bensì si è basata sulla propria analisi di mercato per dimostrare come fosse poco probabile che i concorrenti attuali o potenziali individuali entrassero o si sviluppassero effettivamente su tale mercato (v. 'considerando' 305-331). Infine, la ricorrente non ha sostenuto — cosa che sarebbe stata peraltro difficile — che tali impegni concedessero ai detti concorrenti un accesso al gas così agevole e così economicamente favorevole come quello posseduto dalla GDP in assenza della

Concentrazione. Conseguentemente, tutti i vantaggi concorrenziali della GDP rispetto agli altri concorrenti del nuovo soggetto risultante dalla fusione sono rimasti immutati. In altri termini, il netto miglioramento della fornitura di gas ai concorrenti dei nuovi soggetti risultanti dalla fusione non poteva compensare in modo significativo l'eliminazione della GDP da un punto di vista concorrenziale.

227 Da tutte le suseposte considerazioni emerge che gli impegni diretti a risolvere i problemi non orizzontali sul mercato all'ingrosso presentava unicamente un'influenza marginale sull'analisi, effettuata dalla Commissione, del problema orizzontale su tutti i mercati dell'energia elettrica. Pertanto, la Commissione poteva legittimamente astenersi, senza incorrere in tal modo in un manifesto errore di valutazione, dal prendere in considerazione tali impegni per affermare che la Concentrazione come modificata rafforzava la posizione dominante dell'EDP, con conseguente ostacolo significativo alla concorrenza sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, derivante dal fatto dell'eliminazione della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile.

228 In secondo luogo, per quanto attiene agli impegni riguardanti in toto il settore del gas (G/ENL.X, I/ENL.XII e J/ENL.XIV), la ricorrente non ha minimamente indicato in qual misura essi migliorerebbero la capacità concorrenziale di eventuali concorrenti dell'EDP. Orbene, non spetta al giudice ricercare egli stesso gli effetti che tali impegni potrebbero produrre sui mercati dell'elettricità né, particolarmente, pronunciarsi egli stesso sull'intensità di tali effetti ai fini della declaratoria di un manifesto errore di valutazione in cui sarebbe incorsa la Commissione.

c) Conclusione relativa al bilancio concorrenziale globale della Concentrazione come modificata sui mercati dell'energia elettrica

229 Si deve rammentare che la ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di alcun manifesto errore di valutazione da parte della Commissione in ordine alla conclusione formulata da quest'ultima, secondo cui la GDP rappresentava un concorrente potenziale importante molto probabile per l'EDP sui mercati dell'energia elettrica.

- 230 Parimenti, la ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di manifesti errori quanto alla valutazione compiuta dalla Commissione secondo cui gli impegni relativi al problema orizzontale identificato dall'istituzione stessa sui mercati dell'energia elettrica erano inidonei a favorire l'ingresso di un concorrente rilevante per l'EDP diverso dalla GDP.
- 231 Peraltro, la ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di un manifesto errore di valutazione da parte della Commissione quanto al fatto che l'istituzione non ha tenuto conto, nella valutazione degli effetti orizzontali sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica a seguito della Concentrazione come modificata degli effetti degli impegni proposti ai fini della soluzione dei problemi concorrenziali non orizzontali sui mercati dell'energia elettrica ovvero ai fini della soluzione di problemi concorrenziali sui mercati del gas.
- 232 In particolare, il sensibile miglioramento della situazione concorrenziale sui mercati del gas per effetto della Concentrazione come modificata non risolve i problemi concorrenziale dei mercati dell'energia elettrica.
- 233 È certo che la situazione sui mercati del gas risulterebbe nettamente migliorata dalla Concentrazione come modificata. Una volta realizzata la Concentrazione, gli impegni determinerebbero, rispetto alla situazione monopolistica attuale della GDP anteriormente alla Concentrazione, un accesso concorrenziale al gas per i terzi con garanzie reali — ancorché incomplete, a parere della Commissione — di accesso non discriminatorio al gas. Parimenti, le proposte presentate dalle autorità portoghesi, particolarmente per quanto attiene all'accelerazione della liberalizzazione dei mercati del gas, creano una situazione concorrenziale nuova su tali mercati. Da tale situazione può scaturire l'ingresso di nuovi operatori sui mercati del gas, nuovi operatori che, per le stesse ragioni della CCGT, possono a loro volta far ingresso sui mercati dell'energia elettrica. Da tale situazione sui mercati del gas può parimenti

derivare un miglioramento della situazione concorrenziale sul mercato derivato della produzione di energia elettrica per mezzo delle CCGT, atteso che i concorrenti potenziali dell'EDP possono sperare in un approvvigionamento più competitivo e non, ovvero meno, discriminatorio.

234 Tuttavia, la Commissione non è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che i vantaggi derivanti da tali impegni e da tali proposte non avrebbero condotto ad una situazione concorrenziale sui mercati dell'energia elettrica equivalente o migliore rispetto a quella risultante dall'ingresso potenziale della GDP sui detti mercati in assenza della Concentrazione. Da un lato, né un nuovo eventuale operatore sui mercati del gas né un eventuale nuovo operatore sui mercati all'ingrosso dell'energia elettrica sarebbe in grado, quantomeno per un determinato periodo di tempo, di possedere la forza di cui la GDP si è potuta avvalere, in assenza della Concentrazione, per far ingresso sui mercati dell'energia elettrica. In particolare, la Commissione ha sottolineato i numerosi vantaggi specifici della GDP attinenti, in particolare, al suo accesso al gas, al possesso di un marchio rinomato, alla sua conoscenza della clientela ed ai suoi progetti già definiti in materia di energia elettrica. D'altro canto, la semplice potenzialità di una concorrenza sui mercati del gas e, pertanto, la correlativa diminuzione di un freno all'ingresso sul mercato della produzione dell'energia elettrica non consentono di contraddire l'analisi della Commissione secondo cui l'ingresso, sul detto mercato, di altri concorrenti di pari importanza rispetto alla GDP restava poco probabile.

235 Conseguentemente, ancorché la Commissione abbia erroneamente trascurato i vantaggi prodotti dalla Concentrazione sui mercati del gas (v. supra, punto 123), il raffronto tra la situazione concorrenziale attuale, anteriore alla Concentrazione, sui mercati dell'energia elettrica, caratterizzata principalmente dal monopolio della GDP nella fornitura di gas ai produttori di energia elettrica e le forti posizioni dominanti dell'EDP su tutti i mercati dell'elettricità, e la situazione concorrenziale successiva alla Concentrazione, caratterizzata principalmente, da un lato, da una significativa apertura del mercato delle forniture di gas ai produttori di energia elettrica e, dall'altro, dall'eliminazione di un concorrente potenziale rilevante su tutti i mercati dell'elettricità, vale a dire la GDP, non dimostra che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che il bilancio

concorrenziale sui singoli mercati dell'elettricità risultasse, a seguito della Concentrazione, negativo.

236 Si deve rilevare, ad abundantiam, che, atteso che il miglioramento concorrenziale generale sui mercati del gas derivante dalla Concentrazione come modificata non produce effetti sufficientemente consequenziali sui mercati dell'energia elettrica per eliminare i problemi concorrenziali preventivamente individuati sui mercati medesimi, la Commissione non può acconsentire a dichiarare la Concentrazione compatibile con il mercato comune in considerazione degli effetti benefici per la concorrenza su uno dei settori di cui trattasi, trascurando al tempo stesso gli effetti negativi sull'altro settore. A tal riguardo occorre tener conto del fatto che la maggior parte, se non tutti, dei benefici concorrenziali attesi sul settore del gas per effetto della Concentrazione costituiscono benefici a breve o a medio termine, considerato che tutti i detti vantaggi, o la maggior parte di loro, saranno ottenuti, a tutto concedere, da due a tre anni dopo la data prevista con la Concentrazione, per effetto del semplice rispetto del calendario di liberalizzazione istituito dalla deroga della seconda direttiva gas di cui beneficia la Repubblica portoghese.

237 Occorre quindi concludere che la ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di alcun manifesto errore di valutazione da parte della Commissione laddove quest'ultima ha concluso che la Concentrazione come modificata avrebbe prodotto l'effetto di rafforzare la posizione dominante dell'EDP sui mercati dell'energia elettrica, con conseguente grave ostacolo ad una concorrenza effettiva.

V — *Conclusioni*

238 Si deve rammentare che la decisione impugnata è viziata da un errore di diritto nella parte in cui riguarda i mercati del gas in Portogallo.

- 239 Per contro, la decisione impugnata non è viziata da alcuno degli errori di diritto dedotti nell'ambito del secondo e del terzo motivo, né da alcuno dei pretesi errori di valutazione dedotti nell'ambito del secondo capo del quarto motivo, relativo al settore dell'energia elettrica.
- 240 Alla luce della giurisprudenza richiamata supra ai punti 144-146, si deve rilevare che gli elementi della motivazione della decisione impugnata non annullati costituiscono un fondamento sufficiente del dispositivo con cui la Concentrazione viene dichiarata incompatibile con il mercato comune.
- 241 Il ricorso dev'essere pertanto respinto.

Sulle spese

- 242 Ai termini dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La ricorrente, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese, come richiesto dalla Commissione.
- 243 Considerato che l'interveniente non ha chiesto la condanna della ricorrente alle spese, ciascuna delle parti sopporterà le proprie spese relative all'intervento.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) **Il ricorso è respinto.**
- 2) **La ricorrente è condannata alle spese.**
- 3) **Ciascuna delle parti sopporterà le proprie spese relative all'intervento.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 21 settembre 2005.

Il cancelliere

H. Jung

Il presidente

J. Pirrung

Indice

Contesto normativo	II - 3754
I fatti	II - 3757
Procedimento e conclusioni delle parti	II - 3767
Sul merito	II - 3769
I — Sul secondo motivo, relativo alla violazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89	II - 3771
II — Sul terzo motivo, relativo alla violazione dell'art. 8, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89	II - 3776
A — Sul primo capo del terzo motivo, relativo all'onere della prova	II - 3776
B — Sul secondo capo del terzo motivo, relativo alla valutazione complessiva della Concentrazione come modificata	II - 3782
C — Sul terzo capo del terzo motivo, relativo alla sussistenza di uno sviamento di potere	II - 3786
D — Sul quarto capo del terzo motivo, relativo alle difficoltà di controllo di taluni impegni di natura comportamentale	II - 3790
III — Sul primo motivo, relativo alla deroga di cui beneficia la Repubblica portoghese in virtù della seconda direttiva gas	II - 3793
A — Osservazioni preliminari	II - 3793
B — Sul primo capo del primo motivo, relativo alla violazione della deroga concessa alla Repubblica portoghese	II - 3794
C — Sul secondo capo del primo motivo, relativo ad un'eccessiva proiezione nel futuro	II - 3802
	II - 3837

IV — Sul quarto motivo, relativo all'esistenza di errori di valutazione con riguardo agli impegni	II - 3803
A — Osservazioni preliminari	II - 3803
B — Sul primo capo del quarto motivo, relativo all'esame degli impegni del 26 novembre 2004	II - 3808
C — Sul terzo capo del quarto motivo, relativo alla sussistenza di errori di valutazione della Concentrazione come modificata con riguardo al settore dell'energia elettrica	II - 3811
1. Sulla sparizione della GDP quale concorrente potenziale importante più probabile	II - 3815
2. Sulla compensazione concorrenziale relativa agli impegni	II - 3821
a) Sugli impegni relativi al settore dell'energia elettrica	II - 3824
b) Sugli impegni relativi al settore del gas	II - 3828
c) Conclusione relativa al bilancio concorrenziale globale della Concentrazione come modificata sui mercati dell'energia elettrica	II - 3831
V — Conclusione	II - 3834
Sulle spese	II - 3835