



Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Settima Sezione ampliata)

23 febbraio 2022*

«Responsabilità extracontrattuale – Concorrenza – Mercati dei servizi internazionali di consegna rapida di piccoli pacchi nel SEE – Concentrazione – Decisione che dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato interno – Annullamento della decisione con sentenza del Tribunale – Diritti della difesa – Violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica che conferisce diritti ai singoli – Nesso di causalità»

Nella causa T-834/17,

United Parcel Service, Inc., con sede in Atlanta, Georgia (Stati Uniti), rappresentata da A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie e F. Roscam Abbing, avvocati,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata da N. Khan, P. Berghe, M. Farley e R. Leupold Henning, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto un ricorso fondato sull'articolo 268 TFUE e diretto ad ottenere il risarcimento del danno che la ricorrente avrebbe subito a causa dell'illegittimità della decisione C(2013) 431 della Commissione, del 30 gennaio 2013, che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell'accordo SEE (caso COMP/M.6570 – UPS/ TNT Express),

IL TRIBUNALE (Settima Sezione ampliata),

composto da S. Papasavvas, presidente, R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot e M. Sampol Pucurull (relatore), giudici,

cancelliere: E. Artemiou, amministratrice

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 28 ottobre 2020,

ha pronunciato la seguente

* Lingua processuale: l'inglese.

Sentenza

I. Fatti

- 1 Nello Spazio economico europeo (SEE), la United Parcel Service, Inc., ricorrente (in prosieguito: l'«UPS» o la «ricorrente»), e la TNT Express NV (in prosieguito: la «TNT») sono due società che operano nei mercati dei servizi internazionali di consegna rapida di piccoli pacchi.
- 2 Il 26 giugno 2012 la Commissione europea ha pubblicato un avviso di notifica preventiva di una concentrazione (caso COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (GU 2012, C 186, pag. 9), ai sensi dell'articolo 4 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, L 24, pag. 1), come attuato dal regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004 (GU 2004, L 133, pag. 1).
- 3 L'11 gennaio 2013, la Commissione ha informato l'UPS che intendeva vietare l'operazione di concentrazione progettata tra la stessa e la TNT.
- 4 Il 14 gennaio 2013, l'UPS ha reso pubblica tale informazione mediante un comunicato stampa.
- 5 Il 18 gennaio 2013, il comitato consultivo di cui all'articolo 19 del regolamento n. 139/2004 ha emesso un parere favorevole sul progetto di decisione della Commissione che dichiarava incompatibile l'operazione di concentrazione tra l'UPS e la TNT.
- 6 Il 30 gennaio 2013, la Commissione ha adottato la decisione C(2013) 431, che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell'accordo SEE (caso COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (in prosieguito: la «decisione controversa»). La Commissione ha ritenuto che l'operazione di concentrazione tra l'UPS e la TNT configurasse un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva nei mercati dei servizi di cui trattasi in quindici Stati membri, vale a dire in Bulgaria, nella Repubblica ceca, in Danimarca, in Estonia, in Lettonia, in Lituania, in Ungheria, a Malta, nei Paesi Bassi, in Polonia, in Romania, in Slovenia, in Slovacchia, in Finlandia e in Svezia.
- 7 In un comunicato stampa dello stesso giorno, l'UPS ha annunciato che rinunciava all'operazione di concentrazione progettata.
- 8 Il 5 aprile 2013, l'UPS ha proposto al Tribunale un ricorso di annullamento della decisione controversa, iscritto a ruolo con il numero T-194/13, e ha presentato una domanda di procedimento accelerato, che il Tribunale ha respinto.
- 9 Il 7 aprile 2015, la FedEx Corp. ha annunciato un'offerta di acquisto della TNT.
- 10 Il 4 luglio 2015, la Commissione ha pubblicato una notifica preventiva di una concentrazione (caso M.7630 – FedEx/TNT Express) (GU 2015, C 220, pag. 15), relativa all'operazione con cui la FedEx doveva acquistare la TNT.
- 11 L'8 gennaio 2016, la Commissione ha adottato la decisione che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato interno e il funzionamento dell'accordo SEE (caso M.7630 – FedEx/TNT Express), di cui è stata pubblicata una sintesi nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (GU 2016, C 450, pag. 12), relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT.

- 12 Con sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), il Tribunale ha annullato la decisione controversa.
- 13 Il 16 maggio 2017, la Commissione ha presentato un ricorso avverso la sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), che la Corte ha respinto con sentenza del 16 gennaio 2019, *Commissione/United Parcel Service* (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

II. Procedimento e conclusioni delle parti

- 14 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 29 dicembre 2017, l'UPS ha proposto il presente ricorso.
- 15 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 29 gennaio 2018, la Commissione ha chiesto al Tribunale di sospendere il procedimento in attesa della decisione sull'impugnazione nella causa C-265/17 P o, in subordine, di adottare una misura di organizzazione del procedimento mediante la quale il Tribunale stabilisca, in primo luogo, se fossero soddisfatte le condizioni per l'insorgere della responsabilità dell'Unione europea in forza dell'articolo 340 TFUE, oltre all'esistenza di un danno e, pertanto, in secondo luogo, se non fosse necessario un contributo delle parti sull'ammontare del presunto danno fino a nuovo ordine.
- 16 Con decisione del 6 febbraio 2018, il presidente di sezione ha deciso di sospendere il procedimento fino alla pronuncia della decisione nella causa C-265/17 P. Per contro, il Tribunale non ha accolto la richiesta della Commissione di misure di organizzazione del procedimento.
- 17 La Commissione, con memoria depositata presso la cancelleria del Tribunale il 25 gennaio 2019, ha nuovamente chiesto l'adozione di una misura di organizzazione del procedimento consistente nell'accertamento preliminare, da parte del Tribunale, della sussistenza dei presupposti per l'insorgere della responsabilità dell'Unione ai sensi dell'articolo 340 TFUE, con esclusione di qualsiasi questione relativa all'esistenza di eventuali danni lamentati dall'UPS e, pertanto, di dispensare le parti dal trattare le questioni relative all'ammontare dei danni lamentati fino a nuovo ordine.
- 18 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 14 febbraio 2019, l'UPS si è opposta a tale richiesta e il Tribunale ha respinto la richiesta della Commissione di misure di organizzazione del procedimento.
- 19 A seguito della modifica della composizione del Tribunale, con decisione del 17 ottobre 2019, il presidente del Tribunale, in applicazione dell'articolo 27, paragrafo 3, del regolamento di procedura del Tribunale, ha riassegnato la causa a un nuovo giudice relatore, assegnato alla Settima Sezione.
- 20 Su proposta della Settima Sezione il Tribunale ha deciso, in applicazione dell'articolo 28 del regolamento di procedura, di rimettere la causa dinanzi a un collegio giudicante ampliato.
- 21 Su proposta del giudice relatore, il Tribunale (Settima Sezione ampliata) ha deciso di avviare la fase orale del procedimento e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento previste dall'articolo 89 del regolamento di procedura, ha posto quesiti scritti alle parti, che hanno risposto entro il termine impartito. Il Tribunale ha altresì posto per iscritto un quesito alle parti, invitandole a rispondervi in udienza.

- 22 L'UPS chiede che il Tribunale voglia:
- concederle un risarcimento d'importo pari a EUR 1,742 miliardi, maggiorato degli interessi applicabili;
 - accordarle una compensazione per le imposte che saranno riscosse sul risarcimento concesso, tenendo conto dell'aliquota d'imposta applicabile alla data della decisione del Tribunale;
 - condannare la Commissione alle spese.
- 23 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:
- respingere il ricorso;
 - condannare la ricorrente alle spese.

III. In diritto

A. Sulla ricevibilità di taluni motivi, argomenti ed elementi di prova

- 24 La Commissione fa valere che le memorie dell'UPS sono confuse e non sono conformi né alle prescrizioni dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura né a quelle dell'articolo 85 dello stesso regolamento e che taluni argomenti ed elementi di prova presentati a loro sostegno dovrebbero, di conseguenza, essere dichiarati irricevibili.

1. Sul carattere confuso dell'argomentazione dell'UPS

- 25 La Commissione rimprovera all'UPS di aver sviluppato la propria argomentazione in modo dispersivo, senza rispettare l'enunciazione dei motivi del ricorso. Il ricorso si fonderebbe su tre motivi, corrispondenti a ciascuno dei presupposti necessari per l'insorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione. Tuttavia, l'UPS avrebbe sviluppato diversi argomenti al di fuori del motivo al quale essi si ricollegerebbero nella loro sostanza. L'UPS infatti, in sede di ricorso, avrebbe addotto argomenti connessi all'illegittimità nelle parti dedicate al nesso di causalità. In fase di replica, l'UPS avrebbe trattato i due gruppi, invocando nel contempo nella parte dedicata al danno argomenti relativi agli altri due presupposti necessari per l'insorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione. La Commissione ritiene che il Tribunale non debba raggruppare tali argomenti, poiché, formalmente, essi non corrispondono alla formulazione del motivo nell'ambito del quale sono fatti valere.
- 26 Nel caso di specie, è vero che l'UPS ha sviluppato nel ricorso una parte della sua argomentazione relativa alle presunte illegittimità nell'ambito di motivi relativi agli altri presupposti necessari per l'insorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, in particolare nell'ambito di quello relativo al nesso di causalità. Sebbene una simile mancanza di coerenza possa contribuire a rendere il ricorso confuso, essa non può comportare l'irricevibilità dello stesso, neppure parziale, se gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali si basano le conclusioni sono esposti in modo sommario, chiaro e preciso, conformemente a quanto dispongono l'articolo 21 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e l'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura, consentendo così alla parte convenuta di salvaguardare i propri diritti e al Tribunale di dirimere la

controversia. Per essere conforme a tali requisiti, un ricorso diretto, come quello del caso di specie, ad ottenere il risarcimento di danni asseritamente causati da istituzioni dell'Unione deve contenere gli elementi che consentano di identificare sia il comportamento che il ricorrente addebita a dette istituzioni sia le ragioni per le quali egli ritiene che esista un nesso di causalità tra il comportamento e il danno che asserisce aver subito (v. sentenza del 14 dicembre 2005, FIAMM e FIAMM Technologies/Consiglio e Commissione, T-69/00, EU:T:2005:449, punto 68 e giurisprudenza citata).

- 27 Orbene, benché l'organizzazione di taluni argomenti di diritto e di fatto presentati dalla ricorrente manchi di rigore, resta il fatto che il Tribunale, al pari della Commissione, è in grado di individuare gli elementi di fatto e di diritto sui quali si fondano le conclusioni della ricorrente. La Commissione non invoca del resto alcuna norma specifica a sostegno della sua affermazione secondo cui il Tribunale non può raggruppare, secondo il loro contenuto, argomenti presentati in modo formalmente sparso. Ad ogni modo, una siffatta affermazione è difficilmente conciliabile con il fatto che, in sede di esame dei motivi del ricorso, il Tribunale non è assolutamente obbligato nel suo ragionamento a seguire l'ordine secondo il quale tali motivi sono stati esposti (sentenza del 25 marzo 2010, Sviluppo Italia Basilicata/Commissione, C-414/08 P, EU:C:2010:165, punto 57). Il Tribunale può, riferendosi al contenuto dell'argomentazione, procedere alla sua riqualificazione (v., in tal senso, sentenze del 19 novembre 1998, Parlamento/Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, punto 21, e del 28 luglio 2011, Mediaset/Commissione, C-403/10 P, non pubblicata, EU:C:2011:533, punti 92 e 93). Tale giudice quindi può anche, riferendosi al contenuto dell'argomentazione, procedere al suo esame seguendo un ordine diverso da quello in cui la stessa era stata presentata.
- 28 In tali circostanze, respingere una parte dell'argomentazione della ricorrente per il solo motivo che il suo contenuto non corrisponde esattamente al titolo della sezione della memoria in cui tale argomentazione è illustrata significherebbe dar prova di eccessivo formalismo, atto a costituire un ostacolo all'esercizio del diritto a un ricorso giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).
- 29 L'eccezione di irricevibilità della Commissione vertente sul carattere confuso del ricorso è infondata e deve essere respinta.

2. Sulla violazione dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura

- 30 La Commissione sostiene che le memorie dell'UPS non sono conformi all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura, rendendo così irricevibili alcuni argomenti ed elementi di prova.
- 31 Al riguardo si deve ricordare che, in forza dell'articolo 21 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, applicabile al Tribunale in virtù dell'articolo 53, primo comma, dello stesso Statuto, e dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura, il ricorso deve indicare l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi invocati.
- 32 Per garantire la certezza del diritto ed una buona amministrazione della giustizia, l'esposizione sommaria dei motivi della parte ricorrente deve essere sufficientemente chiara e precisa da consentire al convenuto di preparare la propria difesa e al giudice competente di pronunciarsi sul ricorso (sentenza dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 41).

- 33 Affinché un ricorso dinanzi al Tribunale sia ricevibile occorre quindi, in particolare, che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali esso si fonda emergano, per lo meno sommariamente, ma in modo coerente e comprensibile, dal testo dell'atto di ricorso stesso. Sebbene tale testo possa essere suffragato e completato in punti specifici con rinvii a determinati passi di atti che vi sono allegati, un rinvio globale ad altri scritti, anche allegati al ricorso, non può supplire alla mancanza degli elementi essenziali dell'argomentazione in diritto che, ai sensi delle norme supra ricordate, devono figurare nel ricorso (sentenza dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 40).
- 34 Non spetta al Tribunale ricercare ed individuare, negli allegati, i motivi sui quali esso potrebbe considerare basato il ricorso, atteso che gli allegati assolvono ad una funzione meramente probatoria e strumentale (sentenze del 17 settembre 2007, Microsoft/Commissione, T-201/04, EU:T:2007:289, punto 94, e del 9 marzo 2015, Deutsche Börse/Commissione, T-175/12, non pubblicata, EU:T:2015:148, punto 354). Requisiti analoghi vanno rispettati quando viene formulato un argomento a sostegno di un motivo sollevato dinanzi al Tribunale (sentenze dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 41, e del 16 settembre 2020, BP/FRA, C-669/19 P, non pubblicata, EU:C:2020:713, punto 54).

a) Sulla ricevibilità dell'argomentazione dell'UPS relativa alla violazione dei diritti procedurali

- 35 La Commissione afferma che è irricevibile l'argomentazione con cui l'UPS sostiene che i suoi diritti procedurali sono stati violati per il fatto che i criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza non le sono stati comunicati prima dell'adozione della decisione controversa. L'UPS si sarebbe limitata, al punto 42 del ricorso, a formulare critiche generiche ed astratte nei confronti della decisione controversa e di taluni atti ad essa precedenti. In mancanza di un'identificazione precisa dei passaggi controversi, tale argomentazione non sarebbe conforme ai requisiti di cui all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura.
- 36 Si deve necessariamente rilevare, tuttavia, che dalla lettura del punto 42 del ricorso emerge che sostanzialmente l'UPS contesta alla Commissione di non aver seriamente analizzato la verificabilità dei miglioramenti di efficienza asseriti, né indicato in anticipo i criteri in base ai quali detti miglioramenti sarebbero stati valutati. L'UPS denuncia quindi una carenza nell'analisi della Commissione nonché una mancanza di informazioni sull'oggetto e sul livello probatorio richiesto. Pertanto, non si può addebitare all'UPS di aver omesso di identificare con precisione nel ricorso, tra gli atti adottati dalla Commissione, elementi di cui l'UPS denuncia l'assenza.
- 37 Va altresì rilevato che il suddetto punto 42 del ricorso fa riferimento a taluni passaggi della comunicazione degli addebiti e della decisione controversa. L'UPS ha pertanto indicato con precisione gli elementi che ritiene pertinenti al fine di confrontarli tra loro e dimostrare che è stato solo nella fase della decisione controversa che la Commissione ha rivelato la sua analisi dei miglioramenti di efficienza.
- 38 Ne consegue che le eccezioni di irricevibilità sollevate dalla Commissione non sono fondate e devono, di conseguenza, essere respinte.

b) Sulla ricevibilità dell'argomentazione dell'UPS vertente sull'errore di valutazione degli effetti della concentrazione sui prezzi

1) Sui punti da 34 a 37 del ricorso

- 39 La Commissione sostiene che l'argomentazione dell'UPS vertente sull'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi, esposta ai punti da 34 a 37 del ricorso, è talmente laconica da non soddisfare i requisiti di cui all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura. Il ricorso non indicherebbe le ragioni per cui l'UPS ritiene che il modello econometrico utilizzato dalla Commissione fosse viziato.
- 40 Occorre tuttavia rilevare che, ai punti da 34 a 37 del ricorso, l'UPS fa valere che l'analisi della concentrazione sui prezzi è affetta da gravi errori. Dalla lettura di tali punti e dell'atto introduttivo del ricorso considerato nel suo insieme risulta chiaramente che l'UPS sostiene che la Commissione si è discostata sensibilmente dalla prassi econometrica abituale utilizzando, nella fase della stima, un tipo di variabile di concentrazione diverso da quello utilizzato nella fase della previsione e invoca, a titolo di prova, le perizie dei due esperti (allegati A.8 e A.9 del ricorso). Benché i punti da 34 a 37 del ricorso siano redatti in modo conciso, essi riassumono, in termini chiari e precisi, il contenuto delle critiche di ordine tecnico formulate nei confronti delle scelte metodologiche adottate dalla Commissione. Tale sommaria esposizione è avvalorata dal rinvio alle perizie di detti esperti (allegati A.8 e A.9 del ricorso), che contengono chiarimenti approfonditi degli errori tecnici in tal modo lamentati.
- 41 Dagli elementi sopra evidenziati si evince che i punti da 34 a 37 del ricorso soddisfano i requisiti di cui all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura. Di conseguenza, l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione deve essere respinta in quanto infondata.

2) Sul rinvio all'allegato A.12 del ricorso

- 42 La Commissione fa valere che l'UPS, al punto 34 del ricorso, ha fatto riferimento all'allegato A.12 di questo, consistente in una memoria prodotta nella causa conclusasi con la sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), senza individuare i passaggi che essa intendeva specificamente invocare. Di conseguenza, una simile violazione dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura comporterebbe l'irricevibilità del documento in parola.
- 43 Tuttavia, riferendosi, al punto 34 del ricorso, ad un documento (allegato A.12 del ricorso) prodotto nell'ambito della causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), l'UPS non ha cercato di ovviare ad una qualche carenza nell'esposizione di cui ai punti da 34 a 37 del ricorso per mezzo di un rinvio globale alla lettura di detto documento. Al contrario, l'UPS ha in tal modo sottolineato che le sue critiche al modello econometrico adottato erano già state formulate nell'ambito della causa summenzionata. L'allegato A.12 è infatti costituito dalle osservazioni formulate dall'UPS l'8 giugno 2016, in merito alle risposte rese dalla Commissione in data 26 aprile 2016 ai quesiti posti dal Tribunale in tale causa. Nell'ambito di dette osservazioni, l'UPS aveva infatti denunciato l'utilizzo, nella fase della previsione, di un modello diverso da quello utilizzato nella fase della stima. L'UPS sosteneva che la Commissione aveva così agito in modo non convenzionale e arbitrario. Tale argomentazione che, come risulta dai documenti prodotti nella presente causa, era stata altresì sviluppata dall'UPS nell'ambito del procedimento di impugnazione nella causa

che ha dato luogo alla sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), è sostanzialmente identica a quella esposta ai punti da 34 a 37 del ricorso.

- 44 Da tali elementi contestuali emerge che l'UPS ha quindi ribadito le censure sollevate nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, United Parcel Service/Commissione (T-194/13, EU:T:2017:144), per quanto riguarda la validità del modello econometrico utilizzato a sostegno della decisione controversa, e che tali elementi contengono un'esposizione sufficientemente chiara e precisa dell'argomentazione. Pertanto, la Commissione non può sostenere di non essere stata in grado di comprenderne il contenuto né di preparare la sua difesa. L'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione deve essere respinta.

3) Sul rinvio agli allegati A.8 e A.9 del ricorso nonché agli allegati C.1 e C.2 della replica

- 45 La Commissione sostiene che L'UPS si è limitata a rinviare, in termini generici, alla lettura di taluni allegati anziché sviluppare la propria argomentazione in modo chiaro e preciso nelle sue memorie. In risposta ai quesiti scritti del Tribunale, la Commissione sostiene, in primo luogo, di aver contestato, al punto 22 del controricorso, la ricevibilità degli allegati A.8 e A.9 del ricorso. Le ragioni per le quali l'UPS ritiene che il modello econometrico adottato sia errato dovrebbero figurare nel ricorso stesso, conformemente all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura. Orbene, le spiegazioni fornite al punto 36 del ricorso sarebbero insufficienti al riguardo. La Commissione ritiene che un rinvio generico agli allegati A.8 e A.9 del ricorso non possa colmare tale lacuna, lasciandole l'onere di indovinare gli argomenti che l'UPS desidera addurre. La Commissione afferma di aver posto in evidenza tale punto nella controreplica. In secondo luogo, la Commissione fa valere che l'UPS non poteva, in fase di replica, rimediare a tali carenze individuando con maggiore precisione i passaggi pertinenti degli allegati A.8 e A.9 del ricorso nonché degli allegati C.1 e C.2 della replica.
- 46 Si deve tuttavia osservare che, ai punti da 24 a 29 del controricorso, la Commissione ha confutato il contenuto delle perizie di cui trattasi in maniera circostanziata. Ciò dimostra che la Commissione era in grado di garantire la difesa dei propri interessi e che essa non ha peraltro ritenuto necessario, in sede di controricorso, produrre a sua volta una o più perizie per contraddire quelle dell'UPS e chiarire in tal modo al Tribunale gli aspetti tecnici del modello econometrico adottato.
- 47 Ai punti da 25 a 41 della controreplica, la Commissione ha risposto in modo esauriente alle argomentazioni presentate dall'UPS ai punti da 45 a 49 della replica e corroborati dalle due perizie di tali esperti (allegati A.8 e A.9 del ricorso) nonché dai loro pareri aggiuntivi (allegati C.1 e C.2 della replica). Quanto all'affermazione della Commissione secondo cui il rinvio agli allegati C.1 e C.2 della replica non sarebbe sufficientemente preciso, essa è direttamente contraddetta dal fatto che la Commissione ha individuato, nella nota a piè di pagina n. 32 della controreplica, i passaggi di tali allegati specificamente citati dall'UPS nella replica. Per confutare le affermazioni relative alla validità del suo modello, la Commissione ha prodotto, in allegato alla controreplica, due perizie di un esperto (allegati D.5 et D.6 della controreplica), la cui ricevibilità viene esaminata d'appresso alla luce dell'articolo 85, paragrafo 1, del regolamento di procedura.
- 48 In tali circostanze, la Commissione non può sostenere di non essere stata in grado di preparare la propria difesa. È quindi senza violare l'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura che l'UPS ha fatto riferimento, nelle sue memorie, agli allegati A.8 e A.9 del ricorso nonché agli

allegati C.1 e C.2 della replica per suffragare gli aspetti tecnici delle sue critiche al modello econometrico adottato dalla Commissione. Poiché l'eccezione di irricevibilità invocata dalla Commissione su tale punto è infondata, essa deve essere respinta.

4) Sul punto 84 del ricorso

- 49 La Commissione sostiene che l'argomentazione con cui l'UPS, al punto 84 del ricorso, critica l'utilizzo dei dati di copertura dei mercati della FedEx relativi al 2012 anziché quelli relativi al 2015 è irricevibile alla luce dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura. Essa afferma che tale argomentazione non figura nel ricorso, bensì nelle memorie depositate nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), senza indicare con precisione i passaggi di tali memorie sui quali l'UPS cerca di fondarsi.
- 50 Tuttavia, si deve necessariamente constatare che, al punto 84 del ricorso, l'UPS ha contestato in modo chiaro e preciso alla Commissione di aver utilizzato, nell'ambito della sua analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi, dati relativi alla situazione della FedEx nel 2012, e ciò sebbene essa fosse in possesso delle proiezioni della FedEx relative al 2015.
- 51 In tali circostanze, non si può ritenere che l'UPS abbia cercato di ovviare ad un'imprecisione del ricorso mediante un generico rinvio fatto alle memorie depositate nell'ambito della causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144). Non soltanto l'argomentazione dell'UPS era formulata in modo comprensibile, ma era altresì nota alla Commissione fin dal procedimento in detta causa. Occorre inoltre rilevare che la Commissione stessa ha rinviato alla lettura delle sue memorie in tale causa, in risposta agli argomenti dell'UPS. La Commissione non può quindi sostenere di non essere stata in grado di preparare la propria difesa. Tenuto conto dell'identità delle parti e del fondamento giuridico, vale a dire le illegittimità addebitate alla Commissione, esistenti tra il ricorso di annullamento e la presente azione risarcitoria, occorre riconoscere la ricevibilità dei rinvii operati dalle argomentazioni del ricorso, a loro volta ricevibili, all'esposizione dei motivi sviluppati a sostegno del ricorso di annullamento e prodotti in allegato al ricorso nella presente causa (v., per analogia, sentenza dell'11 luglio 2007, *Schneider Electric/Commissione*, T-351/03, EU:T:2007:212, punto 96). L'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione deve pertanto essere respinta.

c) Sulla ricevibilità dell'argomentazione dell'UPS vertente sull'errore di valutazione dei miglioramenti di efficienza

1) Sul punto 46 del ricorso

- 52 La Commissione sostiene che è irricevibile, in quanto contraria all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura, l'argomentazione con cui l'UPS, al punto 46 del ricorso, afferma, in primo luogo, che le prove prodotte durante il procedimento amministrativo escludevano una decisione di incompatibilità, in secondo luogo, che la Commissione ha accettato le sinergie in linea di principio e, in terzo luogo, che, se la Commissione avesse applicato ai miglioramenti di efficienza l'approccio seguito successivamente nell'ambito del controllo della concentrazione tra la FedEx e la TNT, essa avrebbe dovuto accettare una proporzione ben maggiore delle sinergie

addotte. La Commissione ritiene che tali affermazioni non siano sufficientemente comprovate e sottolinea di averle già confutate nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144).

- 53 Occorre rilevare, tuttavia, che tali critiche della Commissione si riferiscono più alla questione se le affermazioni dell'UPS, contenute al punto 46 del ricorso e riguardanti l'analisi dei miglioramenti di efficienza, siano sufficientemente suffragate per convincere il Tribunale che non alla questione se il ricorso contenga l'esposizione sommaria dei motivi richiesti dall'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura.
- 54 In ogni caso, si deve necessariamente rilevare che il punto 46 del ricorso è redatto in termini sufficientemente chiari e precisi per consentire alla parte convenuta di preparare la sua difesa e al Tribunale di pronunciarsi sul ricorso. La Commissione ha infatti risposto in maniera esaustiva all'argomentazione dell'UPS ai punti da 55 a 97 del controricorso. L'argomentazione della Commissione è pertanto priva di fondamento.

2) Sul rinvio all'allegato C.6 della replica

- 55 La Commissione sostiene che, al punto 82 della replica, l'UPS rinvia ad estratti del modulo di notifica della concentrazione acclusi all'allegato C.6 della replica, senza individuare con precisione i passaggi rilevanti di tale allegato da essa invocati. Un siffatto rinvio sarebbe contrario all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura.
- 56 Si deve tuttavia constatare che, ai punti da 41 a 46 del ricorso, l'UPS ha esposto, in modo certamente sommario, ma chiaro e preciso, l'argomentazione con cui essa rimprovera alla Commissione di non aver divulgato nel corso del procedimento amministrativo i criteri che quest'ultima intendeva applicare per valutare i miglioramenti di efficienza adottati. In particolare, al punto 44 del ricorso, l'UPS ha fatto valere, da un lato, che la Commissione, prima di adottare la sua decisione, aveva l'obbligo di esporre le proprie obiezioni quanto al carattere verificabile dei miglioramenti di efficienza indicati e di dare alle parti che avevano notificato una concentrazione una reale possibilità di presentare loro osservazioni al riguardo. L'UPS, dall'altro, ha sostenuto che il fascicolo mostrava che essa aveva fornito elementi di prova tangibili dei miglioramenti di efficienza dalla notifica tramite il modulo CO. Inoltre, al punto 82 della replica, l'UPS ha fatto esplicito riferimento alla sezione pertinente del modulo CO e, in particolare, al punto 96 di quest'ultimo.
- 57 Tale esposizione delle censure dell'UPS soddisfa i requisiti di chiarezza e di precisione di cui all'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura. In tali circostanze, la Commissione non può ragionevolmente sostenere di non essere stata in grado di preparare la propria difesa, senza pregiudizio della questione se la produzione dell'allegato C.6 della replica al momento del deposito di quest'ultima fosse tardiva e, di conseguenza, irricevibile, che sarà esaminata nel prosieguo alla luce dell'articolo 85 del regolamento di procedura.
- 58 Di conseguenza, l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione deve essere respinta.

3) *Sul rinvio agli allegati C.7 e C.37 della replica*

- 59 La Commissione sostiene che l'UPS, in violazione dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura, ha fatto genericamente riferimento alla sua dichiarazione del 4 luglio 2019 relativa alle sinergie (allegato C.7 della replica), ai punti 90, 92 e 107 della replica, senza specificare i passaggi pertinenti da essa invocati. Essa fa valere la stessa argomentazione contro il rinvio effettuato ai punti 106 e da 108 a 110 della replica, in modo asseritamente non sufficientemente preciso, alla seconda perizia emessa dalla FTI Consulting al fine di valutare tre perizie prodotte dalla Commissione in allegato al suo controricorso (in prosieguo: la «seconda relazione FTI») (allegato C.37 della replica).
- 60 Tuttavia, si deve necessariamente rilevare che i punti da 90 a 98 della replica contengono un'esposizione dettagliata e circostanziata degli argomenti con cui l'UPS confuta la prima perizia redatta dalla Oxera per valutare le sinergie che l'UPS sperava di ricavare dall'acquisizione della TNT (in prosieguo: la «prima relazione Oxera») (allegato B.7 del controricorso) versata agli atti dalla Commissione in sede di controricorso. Tale argomentazione dell'UPS è corroborata e integrata nelle sue diverse dimensioni tecniche dall'allegato C.7 della replica in cui sono esposti i metodi utilizzati dall'UPS per valutare i miglioramenti di efficienza. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, l'UPS non si è sottratta all'obbligo di esporre la propria argomentazione, in modo sommario, ma chiaro e preciso, facendo un riferimento generico e impreciso all'allegato C.7 della replica o sviando tale documento dalla sua funzione meramente probatoria e strumentale. La Commissione non può, pertanto, sostenere che l'UPS abbia violato le disposizioni dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura.
- 61 Per quanto riguarda il rinvio alla seconda relazione FTI (allegato C.37 della replica), occorre altresì osservare che i punti da 108 a 110 della replica contengono un'esposizione sommaria, chiara e precisa dell'argomentazione con cui l'UPS confuta le due perizie prodotte dalla Commissione (prima relazione Oxera, all'allegato B.7 del controricorso, e prima relazione Schoutens, all'allegato B.39 di detto controricorso). Per motivi analoghi a quelli testé esposti riguardo al rinvio all'allegato C.7 della replica, l'affermazione della Commissione relativa alla violazione dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura non è fondata.
- 62 Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, le censure della Commissione vertenti sulla violazione dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura non sono fondate e devono, pertanto, essere respinte.

3. *Sulla violazione dell'articolo 85 del regolamento di procedura*

- 63 La Commissione eccepisce l'irricevibilità di diversi elementi di prova prodotti tardivamente dall'UPS, circostanza che quest'ultima contesta obiettando a sua volta che talune prove versate tardivamente agli atti dalla Commissione sarebbero irricevibili.
- 64 Per pronunciarsi su tali censure, occorre ricordare che, conformemente all'articolo 76, lettera f), del regolamento di procedura, ogni ricorso deve contenere, se del caso, le prove e le offerte di prova. Ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, di tale regolamento, il controricorso deve contenere i motivi e gli argomenti dedotti nonché, eventualmente, le prove e le offerte di prova.

- 65 L'articolo 85, paragrafo 1, del regolamento di procedura prevede che le prove e le offerte di prova siano presentate nell'ambito del primo scambio di memorie. L'articolo 85, paragrafo 2, del regolamento aggiunge che le parti possono ancora produrre prove od offerte di prova a sostegno delle loro argomentazioni in sede di replica e di controreplica, a condizione che il ritardo nella presentazione delle stesse sia giustificato.
- 66 Sebbene, conformemente alla regola di decadenza di cui all'articolo 85, paragrafo 1, del regolamento di procedura, le parti debbano motivare il ritardo nella presentazione delle loro prove od offerte di prove nuove, il giudice dell'Unione ha il potere di controllare la fondatezza del motivo del ritardo nella presentazione di tali prove o di tali offerte di prova e, eventualmente, il contenuto di queste ultime e, se detta produzione tardiva non è giustificata in modo giuridicamente valido o fondata, ha anche il potere di escluderle. La presentazione tardiva, ad opera di una parte, di prove o di offerte di prova può, in particolare, essere giustificata dal fatto che la parte in questione non poteva disporre in precedenza delle prove di cui trattassi o se le produzioni tardive della parte avversa giustificano che il fascicolo sia completato, in modo da garantire il rispetto del principio del contraddittorio (sentenza del 16 settembre 2020, BP/FRA, C-669/19 P, non pubblicata, EU:C:2020:713, punto 41).

a) Sulla ricevibilità degli allegati C.6, C.7 e C.37 della replica

- 67 La Commissione sostiene che l'UPS ha prodotto gli allegati C.6, C.7 e C.37 della replica al solo scopo di colmare le lacune del ricorso. Una siffatta produzione tardiva e ingiustificata dovrebbe comportare l'irricevibilità di tali allegati in applicazione dell'articolo 85 del regolamento di procedura.
- 68 Tuttavia, come precedentemente osservato, dal punto 82 della replica risulta che l'allegato C.6 della stessa è stato prodotto al fine di confutare l'argomentazione esposta dalla Commissione al punto 47 del controricorso, secondo la quale l'UPS non avrebbe trattato la questione dei miglioramenti di efficienza nel modulo CO. L'allegato C.7 della replica mira a confutare la prima relazione Oxera (allegato B.7 del controricorso) prodotta dalla Commissione. La seconda relazione FTI (allegato C.37 della replica) mira a confutare altre due perizie prodotte dalla Commissione (prima relazione Oxera, all'allegato B.7 del controricorso, e prima relazione Schoutens, all'allegato B.39 di detto controricorso).
- 69 Orbene, la prova contraria e l'ampliamento delle deduzioni istruttorie a seguito di una prova contraria della controparte nel controricorso non sono colpite dalla preclusione, prevista dall'articolo 85, paragrafo 1, del regolamento di procedura (sentenza del 17 dicembre 1998, Baustahlgewebe/Commissione, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punto 72, e ordinanza del 21 maggio 2019, Le Pen/Parlamento, C-525/18 P, non pubblicata, EU:C:2019:435, punto 48).
- 70 Di conseguenza, gli allegati C.6, C.7 e C.37 non possono essere considerati irricevibili ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, del regolamento di procedura.

b) Sulla ricevibilità delle perizie dell'esperto in econometria prodotte dalla Commissione

- 71 In risposta ai quesiti scritti del Tribunale, l'UPS contesta la ricevibilità delle due perizie di un esperto in econometria prodotte dalla Commissione in allegato alla controreplica (allegati D.5 e D.6 della controreplica). L'UPS fa valere, in sostanza, che la Commissione ha prodotto tali perizie tardivamente e senza giustificazione.

- 72 La Commissione sostiene che le due perizie in discorso sono ricevibili.
- 73 Occorre tuttavia ricordare che, in applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, e dell'articolo 85, paragrafi 1 e 2, del regolamento di procedura, i motivi e gli argomenti nonché le prove e le offerte di prova devono, in linea di principio, essere formulati nel controricorso, in quanto la parte convenuta deve motivare il ritardo nella presentazione di prove o di nuovi mezzi di prova, a pena del loro rigetto (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2007, Ungheria/Commissione, T-310/06, EU:T:2007:343, punto 164 e giurisprudenza citata).
- 74 Nel caso di specie la Commissione ha prodotto, in fase di controreplica, le due perizie di un economista, datate 16 ottobre 2019, vale a dire successivamente al deposito del controricorso. La Commissione ha prodotto tali perizie per suffragare la sua risposta a motivi e argomenti sviluppati non nella replica, ma nel ricorso.
- 75 Infatti, ai punti 26 e 27 della controreplica, la Commissione ha dichiarato di voler rispondere all'argomentazione sviluppata dall'UPS ai punti 35 e 36 del ricorso, con la quale quest'ultima poneva essenzialmente la questione se la differenza di natura tra la variabile di concentrazione utilizzata nella fase della stima e quella utilizzata nella fase della previsione fosse accettabile, tenuto conto delle specifiche circostanze dell'operazione progettata. A tal fine la Commissione, in sostanza, ha addotto due argomenti. Il primo, enunciato ai punti da 28 a 50 della controreplica, è che nessuno dei modelli econometrici successivamente proposti dall'UPS nel corso del procedimento amministrativo era accettabile. Per suffragare tale argomento, la Commissione ha prodotto la prima perizia del suddetto esperto (allegato D.5 della controreplica). Con un secondo argomento, esposto ai punti da 39 a 41 della controreplica, la Commissione afferma che il modello che essa ha infine adottato era giustificato e ragionevole alla luce delle circostanze particolari dell'operazione progettata. A sostegno di tale argomento, la Commissione invoca la seconda perizia di detto esperto (allegato D.6 della controreplica).
- 76 Orbene, si deve necessariamente rilevare che la suindicata argomentazione della Commissione non differisce in maniera significativa da quella esposta ai punti da 21 a 31 del controricorso.
- 77 Ciò premesso, si deve ammettere che le due perizie dell'esperto incaricato dalla Commissione (allegati D.5 e D.6 della controreplica) sono state prodotte tardivamente, senza che la Commissione abbia giustificato siffatto ritardo nella controreplica. Si deve pertanto constatare che le perizie di cui trattasi sono irricevibili.
- 78 All'udienza la Commissione ha dichiarato che, sebbene le due perizie in questione avrebbero dovuto essere idealmente prodotte nella fase del controricorso, esse costituirebbero solo una confutazione delle perizie degli esperti dell'UPS (allegato A.8 e A.9 del ricorso), nonché dei loro pareri aggiuntivi (allegati C.1 e C.2 della replica). La Commissione ha aggiunto che, poiché l'UPS aveva potuto prendere posizione per iscritto sulla ricevibilità nonché sul merito delle perizie del suo esperto, a seguito di una misura di organizzazione del procedimento adottata dal Tribunale, la questione della ricevibilità di tali perizie cessava di porsi.
- 79 Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, tuttavia, le perizie da essa prodotte non mirano a rispondere in modo specifico alle due perizie aggiuntive prodotte dall'UPS in fase di replica (allegati C.1 e C.2 della replica). Inoltre, la circostanza che, nel caso di specie, il Tribunale abbia invitato l'UPS a prendere posizione per iscritto sulla ricevibilità e sul contenuto della prima perizia dell'esperto della Commissione non significa che tale perizia sia ricevibile. Infatti, conformemente all'articolo 85, paragrafo 4, del regolamento di procedura, è lasciando

impregiudicata la decisione del Tribunale di pronunciarsi in merito alla ricevibilità delle prove prodotte tardivamente che le altre parti sono state poste in condizione di presentare le loro osservazioni sulle stesse.

- 80 Poiché l'argomentazione dell'UPS è fondata, occorre dichiarare irricevibili le perizie versate agli atti dalla Commissione (allegati D.5 e D.6 della controreplica) a motivo della loro produzione tardiva e ingiustificata.

B. Nel merito

1. Sui presupposti della responsabilità extracontrattuale dell'Unione

- 81 Ai sensi dell'articolo 340, secondo comma, TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.
- 82 Secondo una giurisprudenza costante, il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione presuppone la compresenza di tre condizioni cumulative, ossia che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli e che la violazione sia sufficientemente qualificata, che sia dimostrata l'effettività del danno e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente all'autore dell'atto e il danno subito dai soggetti lesi (sentenza del 13 dicembre 2018, Unione europea/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punto 117; v. altresì, in tal senso, sentenza del 4 luglio 2000, Bergaderm e Goupil/Commissione, C-352/98 P, EU:C:2000:361, punti da 39 a 42). Il carattere cumulativo di tali condizioni implica che, qualora una di esse non sia soddisfatta, la responsabilità extracontrattuale dell'Unione non possa sorgere (v., in tal senso, sentenze del 9 settembre 1999, Lucaccioni/Commissione, C-257/98 P, EU:C:1999:402, punti 63 e 64, e del 15 giugno 2000, Dorsch Consult/Consiglio e Commissione, C-237/98 P, EU:C:2000:321, punto 54).
- 83 Una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli si concretizza allorquando essa implica un travalicamento manifesto e grave, da parte dell'istituzione interessata, dei limiti imposti al suo potere discrezionale, tenendo presente che gli elementi da prendere in considerazione al riguardo sono, in particolare, la complessità delle situazioni da disciplinare, il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, nonché l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva all'istituzione dell'Unione [v., in tal senso, sentenze del 19 aprile 2007, Holcim (Germania)/Commissione, C-282/05 P, EU:C:2007:226, punto 50, e del 30 mai 2017, Safa Nicu Sepahan/Consiglio, C-45/15 P, EU:C:2017:402, punto 30].
- 84 Il requisito di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica dell'Unione discende dalla necessità di una ponderazione tra, da un lato, la tutela dei singoli contro gli atti illeciti delle istituzioni e, dall'altro, il margine di discrezionalità che occorre riconoscere alle stesse per non paralizzarne l'azione (sentenza del 10 settembre 2019, HTTS/Consiglio, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punto 34).
- 85 Tale bilanciamento è tanto più importante in quanto la Commissione è chiamata a definire e attuare la politica di concorrenza dell'Unione e dispone di un potere discrezionale in tal senso (sentenza del 23 aprile 2009, AEPI/Commissione, C-425/07 P, EU:C:2009:253, punto 31).

- 86 È vero che facilitare il sorgere della responsabilità dell'Unione estendendo la nozione di violazione qualificata del diritto dell'Unione a qualsiasi violazione di un obbligo di legge che, per quanto deplorabile, possa essere spiegata, in particolare con i vincoli oggettivi a carico della Commissione, rischierebbe di compromettere, o addirittura di inibire, l'azione di tale istituzione in materia di controllo delle concentrazioni. Tuttavia, deve essere riconosciuto un diritto al risarcimento per i soggetti che abbiano subito danni in conseguenza del comportamento della Commissione quando questo si traduca in un atto che, senza giustificazione né spiegazione oggettiva, è manifestamente contrario alla norma di diritto e gravemente pregiudizievole per gli interessi di tali soggetti (v., in tal senso, sentenze dell'11 luglio 2007, *Schneider Electric/Commissione*, T-351/03, EU:T:2007:212, punti 123 e 124, e del 9 settembre 2008, *MyTravel/Commissione*, T-212/03, EU:T:2008:315, punti 42 e 43).
- 87 Una simile definizione della soglia di riconoscimento della responsabilità extracontrattuale dell'Unione è idonea a tutelare il margine di discrezionalità e la libertà di valutazione di cui deve beneficiare la Commissione, sia nelle sue decisioni di opportunità sia nella sua interpretazione ed applicazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, senza per questo addossare ai terzi le conseguenze di violazioni flagranti e inescusabili (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2007, *Schneider Electric/Commissione*, T-351/03, EU:T:2007:212, punto 125).
- 88 Pertanto, soltanto la constatazione di un'irregolarità che, in circostanze analoghe, un'amministrazione normalmente prudente e diligente non avrebbe commesso consente il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione (sentenza del 10 settembre 2019, *HTTS/Consiglio*, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punto 43).

2. Sui presunti illeciti

- 89 L'UPS sostiene che la decisione controversa nonché il procedimento che ha portato alla sua adozione sono viziati da diverse illegittimità che configurano violazioni sufficientemente qualificate del diritto dell'Unione. La Commissione avrebbe violato i diritti procedurali dell'UPS, avrebbe violato il suo obbligo di motivazione e commesso errori relativi alla valutazione nel merito dell'operazione di concentrazione, in primo luogo, discostandosi dai metodi econometrici convenzionali per l'analisi della concentrazione sui prezzi, in secondo luogo, esaminando la pressione concorrenziale esercitata dalla FedEx in modo statico e, in terzo luogo, valutando in modo inadeguato i miglioramenti di efficienza.
- 90 Occorre esaminare in successione le affermazioni relative alle violazioni dei diritti procedurali dell'UPS, alla violazione dell'obbligo di motivazione e alla validità delle valutazioni contenute nella decisione controversa.

a) Sulla violazione dei diritti procedurali dell'UPS

- 91 A sostegno dell'argomento vertente sull'illegittimità della violazione dei suoi diritti procedurali, l'UPS contesta alla Commissione, in primo luogo, la mancata comunicazione del modello econometrico adottato, in secondo luogo, la mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza e, in terzo luogo, la mancata comunicazione di taluni documenti riservati della FedEx.

1) Sulla mancata comunicazione del modello econometrico adottato

- 92 L'UPS sostiene che il Tribunale, e successivamente la Corte, hanno già dichiarato che la Commissione aveva violato i suoi diritti della difesa non fornendole la versione definitiva del modello econometrico impiegato per analizzare gli effetti della concentrazione sui prezzi. Si tratterebbe di una violazione manifesta e grave di una norma giuridica destinata a conferire diritti ai singoli, che non può essere giustificata né da vincoli temporali né dalla complessità della causa.
- 93 La Commissione sostiene che la violazione dei diritti della difesa dell'UPS non può essere definita come violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione, tenuto conto, da un lato, della mancanza di chiarezza del diritto dell'Unione alla data di adozione della decisione controversa rispetto all'obbligo ad essa incombente di comunicare la versione definitiva del modello econometrico e, dall'altro, dell'esistenza di vincoli temporali nella valutazione dell'operazione di concentrazione prevista.
- 94 Occorre ricordare che l'illegittimità lamentata dall'UPS è già stata definitivamente accertata. Infatti, il Tribunale ha annullato integralmente la decisione controversa, con la motivazione che la Commissione aveva violato i diritti della difesa dell'UPS non comunicandole la versione definitiva del suo modello econometrico (sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione*, T-194/13, EU:T:2017:144, punti 221 e 222). Tale sentenza è passata in giudicato a seguito del rigetto dell'impugnazione della Commissione con la sentenza del 16 gennaio 2019, *Commissione/United Parcel Service* (C-265/17 P, EU:C:2019:23).
- 95 È pacifico che il principio del rispetto dei diritti della difesa, nell'ambito dei procedimenti di controllo delle concentrazioni, rientra nella categoria delle norme giuridiche preordinate a conferire diritti ai singoli (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, *Commissione/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punto 162).
- 96 Per contro, le parti non concordano quanto al fatto che la violazione dei diritti della difesa dell'UPS sia sufficientemente qualificata per far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.
- 97 In proposito, occorre ricordare che il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, il quale trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arrechi pregiudizio (sentenza del 16 gennaio 2019, *Commissione/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 28).
- 98 Per i procedimenti di controllo delle operazioni di concentrazione, tale principio è stabilito dall'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, nonché, in maniera più precisa, dall'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 802/2004. Queste ultime disposizioni impongono, in particolare, la comunicazione per iscritto delle obiezioni della Commissione alle parti che hanno notificato una concentrazione, con indicazione a queste ultime del termine entro il quale esse possono far conoscere il loro punto di vista per iscritto (sentenza del 16 gennaio 2019, *Commissione/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 29).
- 99 Le disposizioni citate sono completate da quelle relative all'accesso al fascicolo, il quale costituisce il corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa. Risulta infatti dall'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 e dall'articolo 17 del regolamento n. 802/2004 che l'accesso al fascicolo è consentito alle parti direttamente interessate, dopo la notifica della

comunicazione degli addebiti, fatto salvo, segnatamente, il legittimo interesse delle imprese a che i loro segreti commerciali non vengano divulgati, e fermo restando che tale accesso ai documenti non si estende né alle informazioni riservate né ai documenti interni della Commissione o delle autorità competenti degli Stati membri (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 30).

- 100 Per analizzare in prospettiva gli effetti di una concentrazione sui fattori che determinano lo stato della concorrenza nei mercati interessati, il ricorso a modelli econometrici permette di migliorare la comprensione dell'operazione progettata identificando e, eventualmente, quantificando alcuni dei suoi effetti, e di contribuire così alla qualità delle decisioni della Commissione. È dunque necessario che, quando la Commissione intende fondare la propria decisione su siffatti modelli, le parti che hanno notificato una concentrazione vengano messe in condizione di far conoscere le proprie osservazioni al riguardo (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 33).
- 101 La divulgazione di detti modelli e delle scelte metodologiche sottese alla loro elaborazione si impone a maggior ragione per il fatto che essa contribuisce a conferire al procedimento il suo carattere equo, in conformità del principio di buona amministrazione enunciato all'articolo 41 della Carta (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 34).
- 102 Il rispetto dei diritti della difesa prima dell'adozione di una decisione in materia di controllo delle concentrazioni esige dunque che le parti che hanno notificato una concentrazione vengano messe in condizione di far conoscere utilmente il loro punto di vista in merito alla reale consistenza e alla rilevanza di tutti gli elementi sui quali la Commissione intende fondare la propria decisione (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 31).
- 103 La Commissione non può modificare dopo la comunicazione degli addebiti la sostanza di un modello econometrico sulla cui base essa intende fondare le proprie obiezioni senza portare tale modifica a conoscenza delle imprese interessate e senza consentir loro di far valere le proprie osservazioni al riguardo. Un'interpretazione del genere sarebbe difatti contraria al principio del rispetto dei diritti della difesa e alle disposizioni dell'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, le quali, da un lato, esigono che la Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati abbiano potuto far valere le proprie osservazioni e, dall'altro, prevedono un diritto di accesso al fascicolo offerto almeno alle parti direttamente interessate. È parimenti escluso che simili elementi possano essere qualificati come documenti interni ai sensi dell'articolo 17 del regolamento n. 802/2004 (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 37).
- 104 Ne consegue che la Commissione era tenuta, prima di adottare la decisione controversa, a informare l'UPS delle modifiche apportate al modello econometrico utilizzato per valutare gli effetti della concentrazione sui prezzi. Tale obbligo deriva dall'applicazione dell'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, che impone alla Commissione di formulare in modo sufficientemente chiaro e preciso i suoi addebiti per garantire alla parte notificante la possibilità di essere sentita prima dell'adozione della decisione controversa. La Commissione disponeva su questo punto di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, Commissione/Schneider Electric,

C-440/07 P, EU:C:2009:459, punto 166). Tali considerazioni tendono a dimostrare che, omettendo di comunicare il suo modello econometrico all'UPS, la Commissione ha violato in modo grave e manifesto i limiti posti al suo potere discrezionale.

- 105 La Commissione ritiene tuttavia che ciò non accada nel caso di specie e adduce, al riguardo, due argomenti.
- 106 Con il primo argomento essa sostiene che, al momento dell'adozione della decisione controversa, la giurisprudenza non era ancora chiaramente definita relativamente all'obbligo di comunicare i modelli econometrici.
- 107 Occorre ricordare che le difficoltà di applicazione o di interpretazione delle norme di diritto dell'Unione pertinenti nell'ambito dell'adozione di un atto successivamente messo in discussione allo scopo di far accertare la responsabilità extracontrattuale dell'Unione sono tenute in considerazione nella valutazione del comportamento dell'istituzione interessata per determinare se essa abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica dell'Unione. Tali parametri si riferiscono tutti alla data in cui la decisione o il comportamento sono stati adottati dall'istituzione interessata. Ne consegue che l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica dell'Unione deve necessariamente essere valutata sulla base delle circostanze nelle quali l'istituzione ha agito in tale data precisa (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2019, HTTS/Consiglio, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punti 44 e 46).
- 108 È vero che la sentenza del 7 marzo 2017, United Parcel Service/Commissione (T-194/13, EU:T:2017:144), è la prima ad aver analizzato la questione se la Commissione possa basarsi su un modello econometrico senza aver preventivamente dato all'impresa che ha notificato una concentrazione la possibilità di essere sentita su modifiche apportate a tale modello. Tuttavia, la giurisprudenza relativa al rispetto del principio dei diritti della difesa e al diritto di essere sentiti era già abbondante prima della pronuncia della succitata sentenza. Così, in un contesto normativo e fattuale diverso da quello del caso di specie, la Corte e il Tribunale avevano già dichiarato, in sostanza, che la Commissione, basandosi su un rapporto che la stessa aveva modificato di propria iniziativa, senza premurarsi di verificare presso l'impresa interessata le possibili conseguenze del suo intervento unilaterale sull'affidabilità delle informazioni che questa le aveva fornito, aveva commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2003, Commissione/Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, punto 30, e del 24 ottobre 2000, Fresh Marine/Commissione, T-178/98, EU:T:2000:240, punti da 80 a 82).
- 109 Peraltro, occorre sottolineare i termini in cui la Corte ha respinto l'argomentazione della Commissione diretta contro la motivazione della sentenza del 7 marzo 2017, United Parcel Service/Commissione (T-194/13, EU:T:2017:144), che ha portato all'annullamento della decisione controversa per violazione dei diritti della difesa dell'UPS. La Corte ha considerato che, sotto il profilo del rispetto dei diritti della difesa, la questione se la mancata comunicazione alle parti di un'operazione di concentrazione di un modello econometrico giustificasse l'annullamento della decisione della Commissione non dipendeva dal fatto che il modello fosse stato precedentemente qualificato come elemento a carico o come elemento a discarico. Tenuto conto dell'importanza dei modelli econometrici per l'analisi prospettica degli effetti di una concentrazione, innalzare – come in sostanza auspicava la Commissione – la soglia probatoria richiesta per l'annullamento di una decisione a causa di una violazione dei diritti della difesa risultante, come nella presente causa, dalla mancata comunicazione delle scelte metodologiche,

segnatamente quando si tratti delle tecniche statistiche, che sono inerenti a tali modelli, si porrebbe in contrasto con l'obiettivo consistente nell'incitare la suddetta istituzione a dar prova di trasparenza nell'elaborazione dei modelli econometrici utilizzati nelle procedure di controllo delle concentrazioni e nuocerebbe all'effettività del controllo giurisdizionale successivo delle sue decisioni (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punti 54 e 55).

- 110 La sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), non consente quindi di ritenere che, alla data di adozione della decisione controversa, sussistesse un'incertezza circa l'interpretazione tanto del principio del rispetto dei diritti della difesa sancito, in particolare, all'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, quanto delle conseguenze da trarre da una violazione dei diritti della difesa consistente nella mancata comunicazione di un modello econometrico come quello di cui trattasi nella presente causa.
- 111 In tali circostanze, occorre respingere l'affermazione della Commissione secondo cui la violazione dei diritti della difesa dell'UPS deve essere considerata scusabile in ragione di una presunta mancanza di chiarezza del diritto dell'Unione al momento dell'adozione della decisione controversa.
- 112 Con il secondo argomento la Commissione sostiene che, tenuto conto dei vincoli temporali con cui essa doveva valutare in tutta la sua complessità l'operazione tra l'UPS e la TNT, la violazione dei diritti della difesa dell'UPS non può essere considerata una violazione sufficientemente qualificata. Secondo la Commissione, siffatti vincoli temporali non possono essere minimizzati. La Commissione ha adottato modifiche supplementari al modello econometrico solo due mesi prima dell'adozione della decisione controversa. Nel corso di questi due mesi, essa ha dovuto analizzare la risposta alla comunicazione degli addebiti (346 pagine), organizzare riunioni sullo stato di avanzamento, comunicare le sue conclusioni provvisorie all'UPS e valutare le sue proposte di impegno, consultare gli Stati membri e redigere la decisione controversa (450 pagine), e ciò malgrado l'UPS avesse presentato la sua analisi della concentrazione sui prezzi in una fase tardiva del procedimento.
- 113 È vero che spetta alla Commissione conciliare l'imperativo di celerità che caratterizza l'economia generale del regolamento n. 139/2004 con il rispetto dei diritti della difesa (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 38).
- 114 Tuttavia, relativamente alle circostanze della presente causa, la Corte ha già statuito che la versione definitiva del modello econometrico era stata adottata il 21 novembre 2012, ossia oltre due mesi prima dell'adozione della decisione controversa. Benché non fossero trascurabili, tali modifiche non sono state comunicate all'UPS. La Commissione non ha fornito alcun elemento che indicasse le ragioni concrete per cui le sarebbe stato in pratica impossibile, in quella data, assegnare all'UPS un breve termine di risposta per consentire a quest'ultima di formulare osservazioni su dette modifiche (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punti 41 e 42), mentre la comunicazione della modifica apportata al modello econometrico non comportava alcuna difficoltà tecnica o amministrativa e la Commissione disponeva quindi di un tempo sufficiente per adottare la decisione controversa dopo aver sentito l'UPS.
- 115 Alla luce di tali elementi, la giustificazione addotta dalla Commissione e relativa all'esistenza di vincoli temporali è infondata.

- 116 La Commissione obietta tuttavia che, tenuto conto del contesto in cui la decisione controversa è stata adottata, la mancata comunicazione delle ultime modifiche apportate al modello econometrico non consente di concludere che vi sia stata una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica dell'Unione. Essa sostiene che l'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi nella decisione controversa era il risultato di un processo iterativo di dialogo con l'UPS, circostanza, questa, che sarebbe atta ad attenuare l'errore commesso. Dopo aver preso in considerazione i suggerimenti dell'UPS, la Commissione avrebbe infine deciso di adottare il modello più appropriato, per le ragioni esposte ai punti da 727 a 740 della decisione controversa.
- 117 Per stabilire se l'illecito commesso dalla Commissione possa far sorgere la responsabilità dell'Unione, occorre sottolineare, oltre alla particolare importanza che rivestono le garanzie fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'Unione, che i fondamenti metodologici sui quali si basano i modelli econometrici utilizzati per l'analisi prospettica di una concentrazione devono essere quanto più obiettivi possibile al fine di non pregiudicare l'esito di detta analisi in un senso o nell'altro. Tali elementi contribuiscono così all'imparzialità e alla qualità delle decisioni della Commissione da cui dipende, in definitiva, la fiducia che il pubblico e le imprese ripongono nella legittimità della procedura di controllo delle concentrazioni dell'Unione (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 53).
- 118 Discostandosi così da un vincolo procedurale destinato a garantire la legittimità del procedimento di controllo delle concentrazioni dell'Unione nonché il suo carattere equo, la Commissione ha altresì posto l'UPS in una situazione che non le consentiva di comprendere una parte della motivazione della decisione controversa.
- 119 Quanto all'argomento della Commissione secondo cui la violazione dei diritti della difesa non sarebbe sufficientemente qualificata, in quanto l'UPS sarebbe stata in grado di comprendere le modifiche apportate nella versione definitiva del modello econometrico a causa delle discussioni che hanno preceduto la sua messa a punto, occorre ricordare che il Tribunale ha già dichiarato in via definitiva che, sebbene il modello econometrico definitivo e quelli discussi precedentemente avessero numerosi elementi in comune, le modifiche apportate non erano trascurabili e che, in nessuna fase del procedimento amministrativo, l'uso di diverse variabili di concentrazione nelle varie fasi dell'analisi era stato oggetto di discussioni iterative (sentenza del 7 marzo 2017, United Parcel Service/Commissione, T-194/13, EU:T:2017:144, punti 204 a 209).
- 120 Infatti, è stato solo nel corso del procedimento nella causa che ha dato origine alla sentenza del 7 marzo 2017, United Parcel Service/Commissione (T-194/13, EU:T:2017:144), che l'UPS, a seguito di un provvedimento di organizzazione del procedimento adottato dal Tribunale l'11 aprile 2016, è potuta venire a sapere delle modifiche apportate al modello econometrico nella sua versione definitiva.
- 121 L'argomento della Commissione secondo cui la violazione dei diritti della difesa sarebbe attenuata dal fatto che lo sviluppo del modello econometrico era stato preceduto da numerosi scambi di comunicazioni con l'UPS è quindi infondata.
- 122 Non avendo ottenuto la comunicazione della versione definitiva del modello econometrico, l'UPS è stata quindi privata di un'informazione che, se le fosse stata trasmessa in tempo utile, le avrebbe consentito di far valere risultati diversi degli effetti dell'operazione sui prezzi, i quali avrebbero potuto condurre a una riconsiderazione della portata delle informazioni qualitative di cui la Commissione ha tenuto conto e, di conseguenza, a una riduzione del numero di Stati nei quali la

concentrazione avrebbe costituito un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva (sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione*, T-194/13, EU:T:2017:144, punto 218). Si deve pertanto concludere per il carattere manifesto e grave della violazione dei diritti della difesa dell'UPS.

- 123 La violazione dei diritti della difesa dell'UPS costituisce quindi, da parte della Commissione, una violazione sufficientemente qualificata di una norma di diritto dell'Unione preordinata a conferire diritti ai singoli.

2) Sulla mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza

- 124 Pur riconoscendo che l'onere della prova dei miglioramenti di efficienza incombe alla parte che ha notificato una concentrazione, l'UPS ritiene che la Commissione sia tenuta a definire, prima dell'adozione della decisione finale, la soglia probatoria che essa richiede affinché i miglioramenti adottati possano essere considerati verificabili ai sensi degli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, C 31, pag. 5; in prosieguo: gli «orientamenti»). Senza previa divulgazione di tali criteri, la Commissione disporrebbe di un potere arbitrario che le consentirebbe di accettare o di respingere i miglioramenti di efficienza indicati senza che la parte notificante o il giudice dell'Unione siano in grado di esercitare il benché minimo controllo. La Commissione avrebbe potuto spiegare, nella fase della comunicazione degli addebiti o dell'esposizione dei fatti, dopo avere integrato tale comunicazione ai sensi del punto 111 della comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE (GU 2011, C 308, pag. 6), le ragioni per cui intendeva accettare taluni miglioramenti di efficienza e respingerne altri. Tuttavia, secondo l'UPS, essa non l'ha fatto.
- 125 Analogamente a quanto già dichiarato riguardo alla mancata comunicazione del modello econometrico, l'UPS fa valere che la mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza ha comportato una violazione dei suoi diritti della difesa. La Commissione sarebbe tenuta ad esporre le proprie obiezioni sul carattere verificabile dei miglioramenti di efficienza adottati e a dare alle parti notificanti la possibilità di formulare osservazioni al riguardo. La Commissione avrebbe violato tale obbligo, ponendola così nell'impossibilità di dimostrare l'esistenza di miglioramenti di efficienza.
- 126 Peraltro, benché essa avesse fornito, sin dal deposito del modulo di notifica, numerosi elementi di prova dei miglioramenti di efficienza, la Commissione si sarebbe limitata a respingerli in quanto insufficienti, senza formulare alcuna richiesta di informazioni. Solo alla fine del procedimento amministrativo la Commissione avrebbe tentato di avviare con essa un limitato dialogo circa i miglioramenti di efficienza. Tuttavia, sarebbe poco plausibile che la Commissione abbia avuto il tempo di prendere in considerazione gli elementi da essa forniti in ultima data, il 20 novembre 2012, tenuto conto della posizione assunta in occasione della riunione sullo stato di avanzamento dello stesso giorno.
- 127 Infine, è solo nella fase del procedimento contenzioso nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), che l'UPS ritiene di essere stata in grado di avviare un dibattito nel merito su tale punto con la Commissione.
- 128 La Commissione contesta tale argomentazione.

- 129 Occorre ricordare che, per dichiarare una concentrazione incompatibile col mercato comune, la Commissione deve provare, conformemente all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, che la realizzazione della concentrazione notificata ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante (sentenza del 6 luglio 2010, Ryanair/Commissione, T-342/07, EU:T:2010:280, punto 26).
- 130 Dalla giurisprudenza risulta che le decisioni della Commissione sulla compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato interno devono essere suffragate da elementi sufficientemente significativi e concordanti. Pertanto, qualora la Commissione ritenga che un'operazione di concentrazione debba essere vietata, essa è tenuta a fornire prove solide a sostegno di una simile conclusione (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 50, e del 6 giugno 2002, Airtours/Commissione, T-342/99, EU:T:2002:146, punto 63).
- 131 In tale contesto, la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione per dimostrare la necessità di una decisione che dichiari un'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato interno è particolarmente rilevante. Da ciò non si può tuttavia dedurre che la Commissione debba conformarsi a requisiti di prova più rigorosi in materia di decisioni che vietano operazioni di concentrazione rispetto a quelle che autorizzano siffatte operazioni. Infatti, la giurisprudenza richiamata al precedente punto 130 riflette semplicemente la funzione essenziale della prova, che è di persuadere della fondatezza di una tesi o, come in materia di controllo delle operazioni di concentrazione, di comprovare le considerazioni che sono alla base delle decisioni della Commissione. A tal riguardo, la complessità intrinseca di un'ipotesi di ostacolo alla concorrenza formulata nei confronti di un'operazione di concentrazione notificata costituisce un elemento di cui occorre tener conto in sede di valutazione della plausibilità delle diverse conseguenze di quest'operazione, al fine di individuare quella maggiormente probabile, ma una siffatta complessità non ha, in quanto tale, alcuna influenza sul livello di prova richiesto (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti 50 e 51).
- 132 Il regolamento n. 139/2004 non contiene alcuna disposizione relativa ai miglioramenti di efficienza. Tuttavia, il suo considerando 29 afferma quanto segue:
- «Per determinare l'impatto di una concentrazione sulla concorrenza nel mercato comune, è opportuno tener conto di qualsiasi documentato e probabile guadagno di efficienza addotto dalle imprese interessate. È possibile che l'incremento di efficienza prodotto dalla concentrazione compensi gli effetti sulla concorrenza, e in particolare il pregiudizio potenziale per i consumatori, che questa avrebbe potuto altrimenti produrre, e che di conseguenza la concentrazione stessa non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una sua parte sostanziale, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. La Commissione dovrebbe pubblicare degli orientamenti in merito alle condizioni alle quali è disposta a tener conto di considerazioni di efficienza nel valutare una concentrazione».
- 133 Gli orientamenti della Commissione menzionati al considerando 29 del regolamento n. 139/2004 sono presentati ai punti da 76 a 88 degli orientamenti.
- 134 Dai punti 76 e 77 degli orientamenti risulta che è possibile che i miglioramenti di efficienza controbilancino gli effetti negativi della concentrazione per la concorrenza. La Commissione può pertanto decidere che non vi sia motivo di dichiarare una concentrazione incompatibile quando

tale istituzione è in grado di concludere, sulla base di prove sufficienti, che l'incremento di efficienza generato dalla concentrazione probabilmente accrescerà la possibilità e l'incentivo dell'impresa risultante dalla concentrazione a comportarsi in modo pro-concorrenziale a vantaggio dei consumatori.

135 A tal fine, dal punto 78 degli orientamenti risulta che devono essere soddisfatte tre condizioni cumulative: detti miglioramenti devono, in primo luogo, andare a beneficio dei consumatori, in secondo luogo, essere specificamente legati alla concentrazione e, in terzo luogo, essere verificabili.

136 Alla condizione relativa al carattere verificabile dei miglioramenti di efficienza sono dedicati i punti da 86 a 88 degli orientamenti. Dal punto 86 di tali orientamenti si evince chiaramente che lo scopo della condizione in parola è quello di permettere alla Commissione di «essere ragionevolmente certa che essi si realizzino e siano di entità sufficiente per controbilanciare i potenziali effetti negativi della concentrazione per i consumatori». Detto paragrafo indica che quanto più precisi e convincenti sono gli argomenti addotti per sostanziare i miglioramenti di efficienza, tanto meglio la Commissione è in grado di valutarne la fondatezza. Esso precisa al riguardo che, quando è ragionevolmente possibile, gli incrementi di efficienza ed i benefici che ne derivano per i consumatori devono essere «quantificati» e che «se i dati necessari per una precisa analisi quantitativa non sono disponibili, deve essere possibile prevedere un chiaro ed identificabile effetto positivo per i consumatori, non solamente marginale».

137 Infine, la questione dell'onere della prova e la descrizione degli elementi di prova utili per la valutazione degli incrementi di efficienza sono oggetto dei punti 87 e 88 degli orientamenti, formulati come segue:

«87. La maggior parte delle informazioni necessarie alla Commissione per valutare se la concentrazione potrà produrre miglioramenti di efficienza del tipo che le consentirebbero di autorizzare la concentrazione sono in possesso unicamente delle imprese partecipanti alla concentrazione stessa. Spetta dunque alle parti notificanti comunicare tempestivamente tutte le informazioni pertinenti, necessarie per dimostrare che gli incrementi di efficienza addotti hanno un nesso specifico con la concentrazione e che è probabile che si realizzino. Analogamente, tocca alle parti notificanti dimostrare in che misura gli incrementi di efficienza sono atti a controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza che sarebbero altrimenti prodotti dalla concentrazione, e che quindi andranno a beneficio dei consumatori.

88. Le prove utili per la valutazione degli incrementi di efficienza addotti includono, in particolare, i documenti interni utilizzati dai dirigenti delle imprese per decidere la concentrazione, dichiarazioni rese dai dirigenti ai proprietari e ai mercati finanziari in merito ai miglioramenti di efficienza attesi, esempi storici di incrementi di efficienza e dei benefici per i consumatori, nonché studi effettuati da esperti esterni prima della concentrazione sulla natura e sull'entità degli incrementi di efficienza, nonché sulla misura in cui è probabile che ne beneficino i consumatori».

138 Risulta quindi chiaramente dagli orientamenti che spetta alla parte che ha notificato una concentrazione fornire elementi di prova precisi e convincenti che consentano, per quanto possibile, di quantificare gli incrementi di efficienza attesi. Tale situazione differisce dall'onere della prova dei prevedibili effetti dell'operazione di concentrazione, onere che incombe sulla Commissione e da cui deriva che i modelli econometrici utilizzati a tal fine siano comunicati alle

parti che hanno notificato una concentrazione, poiché costituiscono uno strumento di aiuto decisionale (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 33).

- 139 È vero che tali indicazioni fornite negli orientamenti affermano, in termini generali, che solo gli incrementi di efficienza supportati da elementi di prova consentono oggettivamente di valutarne l'ampiezza e la probabilità. Detti orientamenti forniscono esempi indicativi di informazioni pertinenti al riguardo, in particolare i documenti interni destinati alle imprese interessate. Tuttavia, la genericità delle formulazioni utilizzate negli orientamenti è comprensibile, se non inevitabile, a causa dell'eterogeneità delle situazioni individuali delle imprese, dei possibili incrementi di efficienza e delle caratteristiche dei mercati in cui la Commissione è chiamata ad effettuare il suo controllo quando le viene notificata una concentrazione. Non ci si può quindi ragionevolmente attendere che la Commissione, mediante uno strumento come gli orientamenti, definisca in anticipo, in modo approfondito e dettagliato, tutti i criteri in base ai quali i suddetti incrementi di efficienza possano essere considerati verificabili.
- 140 Allo stesso modo, nessuna disposizione del regolamento n. 139/2004 e degli orientamenti impone alla Commissione l'obbligo, quando le parti notificanti adducano argomenti relativi a miglioramenti di efficienza, di definire in anticipo, in modo astratto, i criteri specifici in base ai quali essa intenda ammettere che un incremento di efficienza possa essere considerato verificabile.
- 141 Si deve in proposito rilevare che la Corte ha già avuto modo di statuire, nell'ambito della normativa antidumping, che l'istituzione, quando utilizza il margine di apprezzamento conferitole da tale normativa senza spiegare in dettaglio e in anticipo i criteri che intende applicare in ogni situazione specifica, non viola il principio della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze del 5 ottobre 1988, Brother Industries/Consiglio, 250/85, EU:C:1988:464, punto 29, e del 7 maggio 1991, Nakajima/Consiglio, C-69/89, EU:C:1991:186, punto 118). Tale situazione è analoga a quella del caso di specie, in cui il regolamento n. 139/2004 conferisce alla Commissione un margine di discrezionalità per valutare i miglioramenti di efficienza adottati dalle parti notificanti senza imporle l'obbligo di definire in anticipo e in modo astratto i criteri pertinenti a tal fine.
- 142 In simili circostanze, l'argomentazione dell'UPS volta a dimostrare che la Commissione era tenuta a comunicarle i criteri specifici e le soglie probatorie che intendeva applicare per determinare se ciascuno degli incrementi di efficienza invocato fosse verificabile è infondato in diritto.
- 143 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre respingere, in quanto infondata, l'argomentazione secondo cui la Commissione avrebbe violato i diritti procedurali dell'UPS nell'analisi degli incrementi di efficienza per il motivo che essa non avrebbe comunicato i criteri di valutazione di tali incrementi.

3) Sulla mancata comunicazione di taluni documenti riservati della FedEx

- 144 L'UPS contesta alla Commissione di non averle consentito l'accesso a tutte le informazioni fornite dalla FedEx nel corso del procedimento amministrativo, o quantomeno di non aver concesso un siffatto accesso ai suoi avvocati, per permettere loro di verificarne il contenuto in modo indipendente. L'UPS ritiene di essere stata privata della possibilità di valutare il valore probatorio delle informazioni fornite dalla FedEx, sebbene queste avessero influenzato la decisione della

Commissione di abbandonare, per quattordici mercati nazionali, gli addebiti relativi all'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, mantenendoli invece per altri quindici mercati nazionali.

- 145 L'UPS ritiene che tali elementi relativi alla FedEx potrebbero essere stati parimenti pertinenti negli altri quindici mercati per i quali la Commissione avrebbe, a torto, mantenuto le sue censure di ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. L'UPS afferma che i suoi sospetti sono rafforzati dalla natura mutevole delle giustificazioni successivamente adottate dalla Commissione nel corso del procedimento per contestare la pertinenza dei documenti interni della FedEx.
- 146 Né l'UPS né il Tribunale sarebbero stati in grado di verificare l'esattezza delle informazioni trasmesse dalla FedEx. Se avesse potuto esserne a conoscenza, l'UPS ritiene che sarebbe stata in grado di dimostrare che i quindici mercati nazionali per i quali la Commissione ha concluso per la sussistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva non potevano differenziarsi dagli altri quattordici. L'UPS sospetta che la FedEx abbia tentato di convincere la Commissione a proibire il progetto di concentrazione tra essa e la TNT minimizzando i suoi piani di espansione in Europa. L'UPS invoca talune contraddizioni tra le osservazioni della FedEx nel corso del procedimento amministrativo e le sue dichiarazioni pubbliche agli investitori.
- 147 L'UPS precisa che la sua argomentazione non riguarda l'accesso ai documenti riservati della FedEx considerati come elementi a carico, ma la questione se le potesse essere negato l'accesso agli altri documenti riservati della FedEx, utili nella valutazione del valore probatorio di quelli considerati a carico. Essa ritiene, al riguardo, che non spetti alla Commissione decidere quali siano i documenti utili alla difesa dell'impresa notificante.
- 148 È solo a seguito delle misure adottate dal Tribunale nell'ambito della causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144) che essa sarebbe potuta venire a conoscenza di talune informazioni trasmesse dalla FedEx alla Commissione. I pochi documenti che essa avrebbe in tal modo visionato contraddirebbero la distinzione operata dalla Commissione tra i mercati nazionali a seconda che presentino o meno un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 149 L'UPS sostiene che la Commissione non può affermare che ad essa incomba l'onere di dimostrare che i documenti ai quali la medesima non ha mai avuto accesso abbiano inciso sulla decisione controversa, come risulterebbe dal punto 63 della sentenza del 25 ottobre 2011, *Solvay/Commissione* (C-109/10 P, EU:C:2011:686), né avvalersi della sentenza del 14 dicembre 2005, *General Electric/Commissione* (T-210/01, EU:T:2005:456), in quanto quest'ultima non riguardava l'accesso a documenti contraddicenti il valore a carico delle dichiarazioni di un terzo.
- 150 Secondo l'UPS, la Commissione era entrata in possesso dei documenti della FedEx cinque mesi prima dell'adozione della decisione controversa. In tali circostanze, quest'ultima non può invocare alcun vincolo temporale per giustificare la lesione dei diritti della difesa dell'UPS.
- 151 È solo dal momento in cui avrà ottenuto l'accesso a tali documenti che l'UPS ritiene di essere in grado di esporre con precisione lo scenario controfattuale. Essa chiede al Tribunale di ingiungere alla Commissione, a titolo di misura di organizzazione del procedimento o di istruzione, di produrre tutti i documenti interni della FedEx di cui dispone.
- 152 La Commissione nega una qualsivoglia violazione dei diritti procedurali dell'UPS.

- 153 Occorre sottolineare che l'UPS non sostiene che la Commissione abbia omesso di comunicare i documenti interni della FedEx sui quali si basa la decisione di incompatibilità dell'operazione tra la medesima e la TNT. L'UPS non contesta neppure la natura confidenziale dei documenti interni della FedEx ai quali essa ha chiesto l'accesso durante il procedimento amministrativo, o che le sono stati comunicati in versioni espunte o mediante sintesi. L'UPS sostiene invece che i suoi diritti della difesa sono stati violati in quanto la Commissione non le ha consentito di consultare tutti i documenti interni della FedEx versati agli atti, nelle loro versioni riservate non espunte. Ritenendo che tutti i summenzionati documenti fossero potenzialmente documenti a scarico, l'UPS sostiene che la Commissione avrebbe dovuto, quanto meno, concederle un accesso cosiddetto «ridotto», che consentisse ai suoi legali esterni di esaminarne in modo indipendente il valore probatorio, rispettandone al contempo la riservatezza.
- 154 In materia di controllo delle concentrazioni, la Commissione è tenuta a comunicare alle parti notificanti tutti gli elementi sui quali essa intende fondare la sua decisione al fine di consentire a queste ultime di essere sentite (sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punto 31). Infatti, prima di adottare una decisione come quella controversa, l'articolo 18, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004 impone alla Commissione di dare «modo alle persone, alle imprese e associazioni di imprese interessate di manifestare in ogni fase del procedimento sino alla consultazione del comitato consultivo il proprio punto di vista relativamente alle obiezioni [nei loro confronti]». Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 3, di tale regolamento, «[l]a Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati hanno potuto fare osservazioni» e «[n]ello svolgimento del procedimento i diritti della difesa sono pienamente garantiti».
- 155 Per quanto riguarda documenti diversi da quelli invocati a sostegno delle obiezioni comunicate dalla Commissione, l'accesso al fascicolo non è automatico, ma deve essere richiesto. L'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 802/2004 prevede infatti che, «[s]u richiesta, la Commissione concede alle parti alle quali ha indirizzato una comunicazione delle obiezioni di accedere al fascicolo al fine di consentire l'esercizio dei loro diritti di difesa» e che l'accesso «è concesso dopo l'invio della comunicazione delle obiezioni». Tali disposizioni si riflettono al punto 7 della comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli [101] e [102 TFUE], degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 (GU 2005, C 325, pag. 7; in prosieguo: la «comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio»), secondo il quale «l'accesso [al fascicolo] viene accordato, a richiesta, alle persone, imprese o associazioni d'imprese, a seconda dei casi, alle quali la Commissione ha inviato la comunicazione degli addebiti».
- 156 Tale domanda di accesso al fascicolo deve essere presentata alla direzione generale (DG) della concorrenza prima di essere eventualmente rivolta al consigliere-auditore. L'articolo 3, paragrafo 7, della decisione 2011/695/UE del presidente della Commissione europea, del 13 ottobre 2011, relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza (GU L 275, pag. 29) prevede infatti che le questioni relative all'esercizio effettivo dei diritti procedurali delle parti interessate debbano essere rivolte in primo luogo alla DG della Concorrenza e che, se non è risolta, la questione può essere demandata al consigliere-auditore. L'articolo 7, paragrafo 1, della decisione 2011/695 prevede al riguardo che, se una parte che ha esercitato il diritto di accesso al fascicolo ha motivo di credere che la Commissione sia in possesso di documenti che non le sono stati resi noti e che le sono necessari per il corretto esercizio del diritto di essere sentita, può sollecitare l'accesso a detti documenti con richiesta motivata al consigliere-auditore. Tali disposizioni costituiscono, in

sostanza, l'oggetto del punto 47 della comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio. Per facilitare l'accesso al fascicolo, il punto 45 della comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio prevede che quest'ultima dia alle parti «l'elenco dei documenti componenti tale fascicolo».

- 157 Per garantire l'effettività del diritto di accesso nei procedimenti di controllo delle concentrazioni, una domanda di accesso al fascicolo deve essere presentata in tempo utile. Come ricordato al punto 28 della comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio, dal combinato disposto dell'articolo 18, paragrafi 1 e 3, del regolamento n. 139/2004 e dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 802/2004 risulta che alle parti notificanti è accordato l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione, a loro richiesta, in ogni fase del procedimento dopo che la Commissione ha notificato la comunicazione degli addebiti, sino al momento in cui viene adito il comitato consultivo. L'articolo 3, paragrafo 7, della decisione 2011/695 prevede inoltre che le richieste relative a misure che hanno una scadenza devono essere presentate in tempo utile, entro il termine originario. Ne consegue che una domanda di accesso al fascicolo presentata alla DG per la concorrenza o al consigliere-auditore dopo che il comitato consultivo ha emesso il suo parere sul progetto di decisione della Commissione deve essere considerata tardiva.
- 158 Nel caso di specie, l'argomentazione dell'UPS è, in parte, troppo generica per poter concludere che i documenti non comunicati fossero almeno potenzialmente necessari all'esercizio dei suoi diritti della difesa. L'UPS sostiene, infatti, che tutti i documenti interni riservati della FedEx avrebbero dovuto esserle comunicati, poiché le avrebbero consentito di comprendere su quali elementi la Commissione si fosse basata per ammettere l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva su quindici mercati nazionali ed escluderla per altri quattordici, senza fornire ulteriori precisazioni.
- 159 Tuttavia, l'UPS invoca in maniera più specifica due gruppi di documenti riservati interni che la FedEx avrebbe trasmesso alla Commissione, uno prima della comunicazione degli addebiti del 19 ottobre 2012 e l'altro dopo tale comunicazione. Secondo l'UPS, tali documenti consentirebbero di comprendere perché la Commissione abbia abbandonato le preoccupazioni inizialmente espresse nella comunicazione degli addebiti nei confronti di quattordici mercati nazionali.
- 160 Il primo gruppo è costituito, secondo l'UPS, da 484 documenti interni della FedEx di cui la Commissione era in possesso dal 10 agosto 2012. Il secondo gruppo concerne taluni documenti che la FedEx ha presentato alla Commissione il 9 e il 15 novembre 2012, relativi ai suoi piani di espansione, ai quali gli avvocati dell'UPS affermano di aver avuto parziale accesso, a seguito di una misura di organizzazione del procedimento adottata dal Tribunale l'11 aprile 2016 nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) Sull'accesso ai 484 documenti riservati interni della FedEx versati agli atti il 10 agosto 2012

- 161 L'UPS, al punto 52 del ricorso, fa valere che la Commissione, in possesso della maggior parte dei documenti interni della FedEx dal 10 agosto 2012, avrebbe potuto consentirle l'accesso agli elementi di prova a discarico, al più tardi, al momento dell'esposizione dei fatti. Essa avrebbe tuttavia omesso di farlo, violando così in modo manifesto e grave i diritti della difesa. In fase di

replica l'UPS ha chiesto al Tribunale di ordinare alla Commissione di produrre tutti i documenti interni della FedEx in suo possesso. Interrogata per iscritto sul punto, l'UPS ha invocato 484 documenti interni della FedEx relativi ai progetti di espansione di tale impresa.

- 162 La Commissione ribatte, in sostanza, che la decisione controversa non si basa su alcun documento della FedEx al quale l'UPS non abbia avuto accesso e che, per il resto, nel corso del procedimento amministrativo, l'UPS non ha chiesto l'accesso ai 484 documenti in questione.
- 163 Occorre rilevare che le parti concordano nel riconoscere che la FedEx ha trasmesso i 484 documenti in questione il 10 agosto 2012, in risposta ad una richiesta di informazioni della Commissione del 2 agosto 2012. L'UPS non sostiene che tali documenti non figurino nell'elenco dei documenti che compongono il fascicolo. Nella nota a piè di pagina n. 49 dell'allegato A.14 del ricorso, l'UPS afferma di essere riuscita a sapere dell'esistenza di tali documenti consultando la lettera, non riservata, dei legali della FedEx del 10 agosto 2012 che accompagnava la trasmissione dei documenti in questione (documento recante il riferimento ID 6459). Pur non avendo precisato in udienza in quale data essa sia potuta venire a conoscenza dell'esistenza di tali documenti, l'UPS ha dichiarato di averne chiesto l'accesso nel corso del procedimento amministrativo e di aver adito a tal fine il consigliere-auditore il 30 ottobre 2012.
- 164 Si deve tuttavia constatare che la domanda di accesso al fascicolo che l'UPS ha inviato il 25 ottobre 2012 alla DG della concorrenza non contiene alcun riferimento a tali documenti. Nella sua domanda, l'UPS ha chiesto l'accesso ai 1 122 documenti provenienti da terzi e che non sono stati divulgati, senza giustificazione da parte della Commissione, sui 7 299 documenti figuranti nell'indice del fascicolo amministrativo.
- 165 La Commissione ha risposto all'UPS, con messaggio di posta elettronica datato 25 ottobre 2012, che, di tutti i documenti contenuti nel fascicolo e ai quali essa aveva avuto un diritto di accesso dopo la comunicazione degli addebiti, solo 323 documenti erano inaccessibili a causa di segreti aziendali e altri 1 177 documenti erano accessibili in versione non riservata.
- 166 Occorre rilevare che, nella sua domanda al consigliere-auditore del 30 ottobre 2012, oltre alle domande di accesso relative a taluni documenti specifici, identificati con il loro riferimento o, quanto meno, identificabili, l'UPS si è limitata a far valere, in termini generali, il suo diritto di prendere visione, «direttamente o tramite i suoi legali, di qualsiasi documento potenzialmente a carico contenuto nel fascicolo della Commissione, in particolare i dati interni relativi alla strategia della FedEx».
- 167 Orbene, non solo l'UPS non gode di un siffatto diritto di accesso illimitato e assoluto alle informazioni riservate contenute nel fascicolo, ma non poteva ragionevolmente aspettarsi che il consigliere-auditore interpretasse tale vaga e astratta richiesta come riguardante specificamente i 484 documenti allegati dalla FedEx alla sua risposta del 10 agosto 2012 ai quesiti della Commissione.
- 168 L'UPS non ha dimostrato di aver chiesto, durante il prosieguo del procedimento amministrativo, l'accesso ai 484 documenti in questione, né nella domanda di accesso inviata alla Commissione il 26 novembre 2012 né in quella del 4 gennaio 2013, in risposta all'esposizione dei fatti.

- 169 Da tali elementi risulta che, non avendo dimostrato di aver presentato una domanda a tal fine, l'UPS non ha esercitato il suo diritto di accesso ai 484 documenti che la FedEx ha trasmesso alla Commissione il 10 agosto 2012 e che sono stati versati agli atti, alle condizioni previste dall'articolo 3, paragrafo 7, della decisione 2011/695.
- 170 Orbene, nell'ambito di procedimenti di applicazione dell'articolo 101 TFUE, il Tribunale ha già respinto un motivo di annullamento vertente sulla violazione del diritto di accesso al fascicolo, con la motivazione che la parte che lo invocava non si era avvalsa di tale diritto nel corso del procedimento amministrativo (sentenza del 9 dicembre 2014, SP/Commissione, T-472/09 e T-55/10, EU:T:2014:1040, punto 294). Il Tribunale ha altresì statuito che una parte che venga a conoscenza, nel corso del procedimento amministrativo, del fatto che la Commissione sia in possesso di documenti che potrebbero essere utili alla sua difesa è obbligata a presentare all'istituzione un'espressa richiesta di accesso a detti documenti. L'inazione a tal riguardo nel corso del procedimento amministrativo ha un effetto preclusivo su tale punto per quanto riguarda il ricorso d'annullamento che sarà eventualmente proposto contro la decisione definitiva (sentenze del 15 marzo 2000, Cimenteries CBR e a./Commissione, T-25/95, T-26/95, da T-30/95 a T-32/95, da T-34/95 a T-39/95, da T-42/95 a T-46/95, T-48/95, da T-50/95 a T-65/95, da T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, EU:T:2000:77, punto 383, e del 26 aprile 2007, Bolloré e a./Commissione, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, EU:T:2007:115, punti 49 e 59).
- 171 Tali soluzioni sono trasponibili ad un ricorso diretto al risarcimento del danno derivante da una presunta violazione del diritto di accesso al fascicolo in un procedimento di controllo delle concentrazioni. Una parte che abbia notificato una concentrazione e che ometta di presentare alla DG della concorrenza, e poi, in caso di rigetto della sua domanda, al consigliere-auditore una domanda di accesso al fascicolo non può successivamente affermare di soddisfare le condizioni per ottenere il risarcimento di un presunto danno derivante dalla violazione del diritto di accesso, quando non ha esercitato tale diritto in tempo utile e nelle forme prescritte.
- 172 Pertanto, occorre respingere l'argomentazione dell'UPS vertente su una violazione del diritto di accesso ai 484 documenti riservati interni della FedEx trasmessi alla Commissione il 10 agosto 2012.

ii) Sull'accesso ai documenti trasmessi dalla FedEx il 9 e il 15 novembre 2012

- 173 Si deve ricordare che, nella comunicazione degli addebiti del 19 ottobre 2012, la Commissione ha constatato (v., in particolare, le sezioni 7.1.3.2 e 7.1.3.7 di detta comunicazione) che una delle ragioni per le quali la FedEx non era un concorrente sufficientemente forte da controbilanciare gli effetti dell'operazione tra l'UPS e la TNT risiedeva nella scarsa copertura della sua rete rispetto a quelle delle sue concorrenti. La Commissione ha altresì rilevato, nella sezione 7.1.3.8 di tale comunicazione, che le recenti acquisizioni e i piani di espansione della FedEx non avrebbero consentito a quest'ultima di colmare il divario esistente con le sue principali concorrenti in un prossimo futuro. Sulla base di siffatti elementi la Commissione ha concluso, nella sezione 7.1.3.9 di detta comunicazione, che la posizione della FedEx era troppo debole per imporre un vincolo concorrenziale significativo in grado di controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza dell'operazione progettata.

- 174 Dagli elementi del fascicolo emerge che, con messaggio di posta elettronica datato 26 ottobre 2012, la Commissione ha inviato alla FedEx una richiesta di informazioni supplementari relativamente alle infrastrutture di detta impresa. Tale richiesta, destinata in particolare a informare la Commissione sui piani di espansione della FedEx, mirava più specificamente ad ottenere per ciascun paese del SEE:
- una mappa indicante la localizzazione delle infrastrutture utilizzate dalla FedEx per la consegna dei piccoli pacchi, nonché quelle il cui utilizzo era previsto entro la fine del 2015;
 - l'elenco dei subappaltatori utilizzati per il ritiro e la consegna dei piccoli pacchi (pick up and delivery; in prosieguo: il «PUD»), nonché di quelli che la FedEx intendeva ingaggiare entro la fine del 2015, indicando per ciascuno l'ubicazione e il bacino di utenza. Tali informazioni dovevano essere fornite sotto forma di tabella, organizzata secondo rubriche che permettessero di identificare e di localizzare ogni impresa e di fornire dati relativi alla sua posizione e al suo peso nella rete della FedEx (aerea, terrestre o locale), indicando in particolare la sua capacità di movimentazione nel 2011, il suo bacino di utenza, il numero di rotte servite, i movimenti giornalieri dei camion e la dimensione del parco veicoli di consegna. La Commissione chiedeva inoltre alla FedEx di precisare la data prevista per l'inizio delle operazioni progettate a partire da impianti non ancora operativi.
- 175 Scopo di tale richiesta era quello di integrare le informazioni su cui si fondava l'analisi provvisoria della Commissione, espressa nella comunicazione degli addebiti, in merito alla posizione concorrenziale della FedEx sul mercato delle consegne rapide all'interno del SEE.
- 176 In risposta, la FedEx ha fornito alla Commissione le mappe e le tabelle richieste il 9 novembre 2012. Il 15 novembre 2012 la FedEx ha prodotto una versione rivista di tali documenti.
- 177 È pacifico che la Commissione non abbia trasmesso tali documenti all'UPS nel corso del procedimento amministrativo. È solo nell'ambito del procedimento nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), che l'UPS ha potuto infine visionare tali documenti, nella loro versione non riservata, a seguito di una misura di organizzazione del procedimento adottata dal Tribunale l'11 aprile 2016.
- 178 Ciò premesso, in udienza la Commissione ha fatto valere che poteva escludersi una qualunque violazione dei diritti della difesa dell'UPS al riguardo, non avendo quest'ultima adito il consigliere-auditore per contestare il rifiuto opposto dalla DG della concorrenza. La Commissione ha sottolineato che, poiché tale rifiuto era datato 11 gennaio 2013, l'UPS poteva ancora rivolgersi al consigliere-auditore fino al 18 gennaio 2013, data della riunione del comitato consultivo, cosa che l'UPS avrebbe trascurato di fare.
- 179 È vero che l'UPS ha esercitato il suo diritto di accesso al fascicolo, poiché ha presentato alla DG della concorrenza, il 4 gennaio 2013, una domanda di accesso ristretto in sala di informazioni nella sua risposta all'esposizione dei fatti, domanda che riguardava in particolare le risposte alle richieste di informazioni recanti i riferimenti Q30 e Q31.
- 180 Tuttavia, dal fascicolo risulta che l'UPS non si è rivolta al consigliere-auditore per il rifiuto opposto dalla DG della concorrenza l'11 gennaio 2013, nonostante il fatto che l'UPS disponesse di un termine la cui scadenza era fissata, conformemente all'articolo 18, paragrafi 1 e 3, del regolamento

n. 139/2004 e all'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 802/2004, alla data di riunione del comitato consultivo, ossia, nel caso di specie, il 18 gennaio 2013. Inoltre, l'UPS non ha fatto valere che tali norme fossero inficiate da una qualsivoglia illegittimità.

- 181 In tali circostanze si deve ritenere che, non avendo presentato al consigliere-auditore una domanda di accesso al fascicolo, l'UPS non possa successivamente asserire di soddisfare le condizioni per ottenere il risarcimento di un presunto danno derivante dalla violazione di tale diritto che essa non ha esercitato in tempo utile e nelle forme prescritte.
- 182 Da quanto precede risulta che l'argomentazione dell'UPS vertente su una violazione del suo diritto di accesso alle risposte della FedEx del 9 e del 15 novembre 2012 è infondata.
- 183 Inoltre, poiché L'UPS non ha previamente presentato alla DG della concorrenza o, in caso di rigetto, al consigliere-auditore una domanda di accesso ai 484 documenti riservati interni della FedEx trasmessi alla Commissione il 10 agosto 2012 e una domanda di accesso alle risposte della FedEx del 9 e del 15 novembre 2012, non è necessario accogliere la domanda di misure di organizzazione del procedimento dell'UPS in relazione alla produzione di detti documenti.

b) Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

- 184 L'UPS sostiene che la Commissione non ha sufficientemente motivato la decisione controversa per quanto attiene al livello di prova richiesto per differenziare, sulla base dell'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi, dei miglioramenti di efficienza e della competitività della FedEx, i quindici mercati nazionali che presentano un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva rispetto agli altri quattordici mercati nazionali. Di conseguenza, né essa né il Tribunale sarebbero stati in grado di verificare in che modo la Commissione, basandosi su questi tre elementi, avesse operato una distinzione tra tali mercati e di valutare la fondatezza delle conclusioni relative alla prossimità della concorrenza. L'UPS afferma che, se è vero che una motivazione insufficiente non produce di per sé un pregiudizio, una siffatta insufficienza sottolinea nel caso di specie la grave violazione, da parte della Commissione, del principio del primato del diritto.
- 185 La Commissione obietta che un'insufficienza di motivazione non è atta a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.
- 186 Occorre ricordare che, per determinare se la presunta illegittimità sia idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, il Tribunale deve poter essere in grado di comprendere la portata della violazione fatta valere. Infatti, spetta alla ricorrente identificare il comportamento denunciato, a pena di irricevibilità. Orbene, l'argomentazione dell'UPS contenuta al punto 73 del ricorso non consente di stabilire sotto quale profilo la lamentata violazione dell'obbligo di motivazione costituisca una violazione sufficientemente qualificata. In tali circostanze, la censura in esame è irricevibile.
- 187 In ogni caso, occorre rilevare che l'argomentazione dell'UPS relativa al difetto di motivazione di cui al punto 73 del ricorso si confonde in realtà con quella sviluppata per dimostrare l'illegittimità della mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza, della valutazione degli effetti della concentrazione sui prezzi e del contrappeso concorrenziale esercitabile dalla FedEx. L'UPS sostiene che la valutazione dell'operazione tra essa e la TNT è viziata da errori nell'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi e degli incrementi di efficienza, da una disparità di trattamento rispetto all'operazione tra la FedEx e la TNT nonché da errori di valutazione della situazione della FedEx. L'UPS invoca quindi

l'esistenza di una o più violazioni sufficientemente qualificate in quanto, nella decisione controversa, la Commissione ha constatato l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva sui mercati dei servizi di cui trattasi in quindici Stati membri.

- 188 Si deve ricordare in proposito che l'obbligo di motivazione di cui all'articolo 296 TFUE costituisce una forma sostanziale che va tenuta distinta dalla questione della fondatezza della motivazione, attinente alla legittimità nel merito dell'atto controverso. Infatti, la motivazione di una decisione consiste nell'esprimere formalmente le ragioni su cui si fonda tale decisione. Qualora tali ragioni non siano suffragate o siano viziate da errori, questi ultimi viziano la legittimità nel merito della decisione, ma non la motivazione di quest'ultima (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 181).
- 189 La violazione della formalità sostanziale relativa all'obbligo di motivare gli atti dell'Unione non può comportare un danno materiale distinto da quello derivante dalla mancanza di fondamento dell'atto in questione. Un'eventuale insufficienza di motivazione di un atto dell'Unione non è, in linea di principio, atta a far sorgere la responsabilità dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, Eurocoton e a./Consiglio, C-76/01 P, EU:C:2003:511, punto 98 e giurisprudenza citata, e del 10 settembre 2019, HTTS/Consiglio, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punto 103).
- 190 Alla luce di quanto precede, occorre respingere gli argomenti dell'UPS vertenti sulla violazione dell'obbligo di motivazione ed esaminare gli argomenti di quest'ultima vertenti sugli errori di valutazione dell'operazione progettata.

c) Sugli errori di valutazione dell'operazione progettata

- 191 L'UPS sostiene che la valutazione dell'operazione tra essa e la TNT è viziata da errori nell'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi e degli incrementi di efficienza, da una disparità di trattamento rispetto all'operazione tra la FedEx e la TNT nonché da errori di valutazione della situazione della FedEx che, individualmente o congiuntamente, sarebbero tali da far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

1) Sull'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi

- 192 L'UPS adduce due tipi di errori che inficiano il modello adottato dalla Commissione. Si tratta, da un lato, della mancata considerazione di taluni dati della FedEx e, dall'altro, di errori di concezione del modello econometrico della Commissione.

i) Sulla mancata considerazione di taluni dati della FedEx

- 193 Secondo l'UPS, la Commissione ha escluso taluni dati della FedEx per contro utili per la modellizzazione degli effetti della concentrazione sui prezzi. Mentre l'obiettivo dell'analisi della concentrazione sui prezzi era quello di prevedere l'incidenza sui prezzi per il 2015, la Commissione avrebbe considerato i dati della FedEx per il 2012. Essa disponeva tuttavia delle informazioni relative ai progetti della FedEx per il 2015, ma non li ha presi in considerazione. Se non fosse stato per questo errore manifesto, il modello non avrebbe mostrato praticamente nessun aumento dei prezzi in tredici dei quindici Stati nei quali la Commissione ha concluso per

l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Se la Commissione avesse utilizzato i dati in suo possesso, avrebbe potuto constatare che era impossibile prevedere in modo affidabile aumenti di prezzo e che una decisione negativa era priva di fondamento.

194 Occorre rilevare che, per stimare il rapporto tra il livello di concentrazione e i prezzi osservati, la Commissione si è basata sui dati disponibili al momento della messa a punto del modello, vale a dire nel 2012. Per quanto riguarda, più in particolare, la variabile di concentrazione, la Commissione ha preso in considerazione il tasso di copertura delle rispettive reti dei concorrenti quale si poteva osservare all'epoca al fine di fornirne un'immagine fedele. Includere tra tali dati elementi prospettici, per loro natura puramente ipotetici, come le proiezioni fatte dalla FedEx sull'espansione della sua rete al termine di quasi tre anni, avrebbe introdotto un grado addizionale di incertezza difficilmente compatibile con l'obiettivo di pervenire ad un modello affidabile. Tuttavia, ciò non significa che tali dati non fossero rilevanti per l'analisi dell'operazione progettata, giacché la Commissione, nell'ambito della sua analisi generale o «qualitativa», ha esaminato l'idoneità della FedEx ad esercitare in futuro un contrappeso concorrenziale all'entità risultante dall'operazione progettata. In tali circostanze, l'argomentazione dell'UPS vertente sulla mancata considerazione, ai fini del modello econometrico, delle proiezioni della FedEx sull'espansione della sua rete entro il 2015 deve essere respinta.

ii) Sugli errori di concezione del modello econometrico della Commissione

195 L'UPS sostiene che la Commissione ha violato i limiti posti al suo potere discrezionale utilizzando un modello che si discosta sensibilmente dalla prassi usuale in econometria, consistente nell'utilizzare lo stesso modello nelle due fasi dell'analisi. La Commissione avrebbe utilizzato nella fase della previsione un modello diverso da quello utilizzato nella fase della stima.

196 L'UPS afferma, in sostanza, che la Commissione, utilizzando una variabile di concentrazione discreta – vale a dire rappresentata sotto forma di un intero – nella fase della stima, ma continua – rappresentata in forma decimale – nella fase della previsione, ha commesso un errore manifesto e grave che inficia l'affidabilità del modello considerato nel suo insieme. Nel prevedere gli effetti della concentrazione, la Commissione si sarebbe poggiata su un modello contrario alla prassi in materia e privo di basi empiriche. In circostanze analoghe, nessuna amministrazione normalmente prudente e diligente avrebbe predetto gli effetti della concentrazione sui prezzi basandosi su un modello del genere.

197 A sostegno delle sue affermazioni, l'UPS adduce due perizie di esperti in econometria, professori di economia negli Stati Uniti, rispettivamente presso l'Università di Chicago e presso il Massachusetts Institute of Technology. Tali perizie, datate rispettivamente 30 novembre 2017 e 1° dicembre 2017, sono state originariamente redatte su richiesta dell'UPS, al fine di assistere quest'ultima nell'ambito della causa che ha dato luogo alla sentenza del 16 gennaio 2019, Commissione/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) e sono state successivamente allegate al ricorso nel presente procedimento (allegati A.8 e A.9 del ricorso). L'UPS ha prodotto, in fase di replica, due pareri aggiuntivi dei suddetti esperti (allegati C.1 e C.2 della replica).

198 Secondo tali esperti, il modello utilizzato dalla Commissione è contro intuitivo, non convenzionale e arbitrario. Dalle due perizie emerge infatti che la metodologia di norma seguita per i modelli diretti a quantificare i prevedibili effetti di una concentrazione sul livello dei prezzi consiste nell'utilizzare lo stesso modello in ciascuna delle due fasi e non un modello diverso in ciascuna di esse.

- 199 Le due perizie denunciano altresì il fatto che il modello di previsione utilizzato dalla Commissione non è stato testato, circostanza, questa, che costituirebbe una deviazione dai metodi normalmente impiegati per lo sviluppo di modelli econometrici.
- 200 Per confutare i suindicati elementi, la Commissione non ha versato agli atti perizie ricevibili. Essa sostiene tuttavia che la questione se il modello sia conforme alla prassi econometrica ordinaria non è pertinente ai fini del presente ricorso. Rileverebbe soltanto la questione se, alla luce delle circostanze del caso di specie, la combinazione di una variabile di concentrazione discreta nella fase della stima e di una variabile di concentrazione continua nella fase della previsione configuri una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione. Per rispondere a tale questione, occorrerebbe stabilire se una simile combinazione sia accettabile, non alla luce della prassi ordinariamente seguita per i modelli econometrici, ma alla luce delle specifiche circostanze della concentrazione esaminata. Pur ammettendo di aver commesso un'irregolarità procedurale omettendo di comunicare il modello econometrico definitivo all'UPS, la Commissione sostiene che la sua analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi non è viziata da un grave errore materiale e che l'utilizzo di diversi tipi di variabili nelle due fasi dell'analisi non è sufficientemente qualificato per far sorgere la responsabilità dell'Unione.
- 201 Anzitutto, per quanto riguarda la portata del margine di discrezionalità di cui dispone la Commissione, occorre ricordare che, in materia di controllo delle concentrazioni, la Commissione gode di una certa libertà nella scelta degli strumenti econometrici a sua disposizione, nonché in quella degli angoli di approccio appropriati per lo studio di un fenomeno, purché tali scelte non siano manifestamente contrarie alle regole della disciplina economica comunemente accettate e vengano attuate in modo coerente (sentenza del 9 settembre 2008, *MyTravel/Commissione*, T-212/03, EU:T:2008:315, punto 83).
- 202 Inoltre, si deve rilevare che la definizione del modello econometrico destinato a prevedere gli effetti della concentrazione sul livello dei prezzi nonché il controllo dei dati che lo alimentano e le varie fasi e i diversi test necessari per la sua elaborazione si basano su scelte relative ad elementi tanto tecnici quanto complessi, scelte che rientrano nel margine di discrezionalità della Commissione.
- 203 Ne consegue che l'argomentazione dell'UPS relativa alla conformità del modello alla prassi ordinariamente seguita in materia è un fattore rilevante per verificare se vi sia stata una violazione qualificata del diritto dell'Unione. Tuttavia, come giustamente sottolineato dalla Commissione, non ogni deviazione dalle norme accettate della disciplina economica è di per sé sufficiente per concludere nel senso dell'esistenza di un'irregolarità sufficientemente qualificata idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.
- 204 Inoltre, le parti concordano sul fatto che il modello econometrico utilizzato dalla Commissione nel caso di specie mira, sulla base dei dati osservati nel mercato rilevante e relativi alla concentrazione e al livello dei prezzi, a stabilire, in una prima fase denominata della «stima», una funzione che spieghi la relazione tra queste due variabili. È allora possibile, in una seconda fase, denominata di «previsione», stabilire l'effetto di una determinata variazione del livello di concentrazione sul livello dei prezzi, fermo restando che tale effetto non è costante, ma può variare a seconda del livello di concentrazione iniziale.
- 205 La Commissione fa valere che l'approccio seguito nell'ambito del suo modello econometrico era giustificato alla luce delle circostanze e delle caratteristiche dell'operazione tra l'UPS e la TNT. Per quanto riguarda la fase della stima, essa spiega di aver ritenuto che l'impiego di una variabile

di concentrazione continua potesse creare difficoltà econometriche. Per risolvere tale aspetto nel rispetto dei vincoli temporali ad essa imposti, la Commissione ha ritenuto necessario applicare una variabile di concentrazione discreta nella fase della stima, così da evitare di incorrere in un errore materiale.

- 206 Occorre tuttavia rilevare che l'UPS non contesta il ricorso alla variabile di concentrazione discreta utilizzata dalla Commissione nella fase della stima.
- 207 Per quanto riguarda la fase della previsione, la Commissione sostiene di non poter ricorrere alla variabile discreta utilizzata nella fase della stima. Con tre intervalli di concentrazione, una siffatta variabile discreta avrebbe portato a non prevedere alcun effetto sui prezzi qualora la variazione del livello di concentrazione fosse rimasta all'interno di un determinato intervallo. Un simile risultato sarebbe irrealistico e contrario alle osservazioni effettuate nella fase della stima. In simili circostanze, la Commissione spiega di aver ritenuto di non avere altra scelta, per evitare un errore materiale, se non quella di ritornare ad una variabile continua nella fase della previsione, nonostante il fatto che avesse utilizzato una variabile di concentrazione discreta nella fase della stima. Secondo la Commissione, siffatta soluzione era appropriata e ragionevole. Non sussisterebbe quindi alcun errore sostanziale, né, a maggior ragione, qualificato, e ciò indipendentemente dalla questione se tale metodo fosse conforme alla prassi econometrica.
- 208 La Commissione sostiene quindi che l'affermazione di uno dei periti dell'UPS secondo cui essa ha modificato i coefficienti del modello tra la stima e la previsione è falsa. La Commissione afferma di aver utilizzato i coefficienti risultanti dalla stima e, nella fase della previsione, ha proceduto alla loro interpolazione. Si tratterebbe di un'ipotesi aggiunta nella fase della previsione. Tale ipotesi di un'interpolazione lineare per pezzi mirava a completare il modello di stima per ottenere un modello di previsione. Il modello lineare segmentato utilizzato nella fase della previsione sarebbe una forma di funzione non lineare.
- 209 Si deve osservare che, con tali argomenti, la Commissione spiega le ragioni che l'hanno indotta a modificare il modello della stima al fine di prevedere gli effetti della concentrazione sui prezzi. La Commissione riconosce di aver aggiunto al modello utilizzato per la stima diverse caratteristiche allo scopo di poter fare previsioni utilizzando una variabile di concentrazione continua. Occorre quindi convenire, in accordo con le dichiarazioni dei periti dell'UPS, che la stima e la previsione si basano su modelli che non sono identici.
- 210 La Commissione non contesta neppure i periti dell'UPS quando affermano che la stessa non ha seguito la prassi econometrica ordinaria, che è però alla base delle regole di migliori pratiche definite dalla stessa Commissione.
- 211 A questo proposito, va osservato che la Commissione ha stabilito la linea di condotta che intendeva seguire per la produzione di prove e la raccolta di dati economici pubblicando un documento SEC(2011) 1216 definitivo, del 17 ottobre 2011, intitolato «Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases» (Migliori pratiche per la presentazione di elementi di prova di natura economica e la raccolta di dati nei casi relativi all'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e nei casi di concentrazione) (in prosieguo: le «migliori pratiche»), che accompagna la comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE (GU 2011, C 308, pag. 6). La Corte ha già statuito che, con siffatte comunicazioni, la Commissione si autolimita nell'esercizio del suo potere discrezionale e non può discostarsi da tali regole a pena di essere sanzionata, eventualmente, per

violazione di principi generali del diritto, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento (v., in tal senso, sentenze del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punto 211, e del 13 dicembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punto 28).

- 212 Le migliori pratiche mirano a inquadrare l'analisi economica al fine di consentire alla Commissione e ai giudici dell'Unione di valutarne la pertinenza e l'importanza. Esse si applicano in particolare al controllo delle concentrazioni nei confronti sia delle parti del procedimento che della Commissione (punti 2 e 6 delle migliori pratiche). Secondo il punto 15 delle migliori pratiche, un'analisi economica o econometrica che non risponda rigorosamente agli standard stabiliti nelle summenzionate migliori pratiche normalmente beneficerà solo di un inferiore valore probatorio e potrebbe non essere presa in considerazione.
- 213 Tra i mezzi previsti dalle migliori pratiche per garantire l'impiego efficace di prove affidabili e pertinenti figura principalmente il rispetto delle tecniche standard esistenti in materia di analisi economica o econometrica (punti 2 e 3 delle migliori pratiche). Oltre alla qualità dei dati (punti 20 e 33 delle migliori pratiche), le migliori pratiche si riferiscono quindi alla necessità di prendere in considerazione solo ipotesi testate e coerenti rispetto alle caratteristiche del mercato esaminato, di verificare la qualità dei dati e dei metodi empirici e di esaminare le possibili alternative e la solidità dei risultati ottenuti (punti 3, 10, 13, 15, 24 e 26 delle migliori pratiche). I molteplici riferimenti alla solidità dei risultati e alla sensibilità di cambiamenti di dati o alla scelta di un metodo empirico e delle precise ipotesi di modellizzazione (punti 15, 32, 40 e 41 nonché sezioni C ed E dell'allegato 1 delle migliori pratiche) rivelano l'importanza che la Commissione attribuisce a tale nozione. In particolare, la sezione E dell'allegato 1 delle migliori pratiche prevede che ogni studio empirico debba essere accompagnato da un'analisi approfondita di solidità e che un modello economico debba, in generale, essere accompagnato da un'analisi di sensibilità relativa alle variabili chiave, in quanto può essere determinato solo il valore plausibile e non il valore esatto di ciascuna variabile.
- 214 Le migliori pratiche accordano inoltre un'importanza particolare alla trasparenza (v. punti 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 e 43 nonché sezioni C e D dell'allegato 1 delle migliori pratiche), considerato un fattore di responsabilità e di credibilità (punti 6 e 43 delle migliori pratiche). Esse precisano così che le scelte metodologiche devono essere spiegate e motivate per evidenziarne esplicitamente i vantaggi e gli svantaggi (punti 24, 26, 28 delle migliori pratiche), ma anche i loro limiti (punto 43 delle migliori pratiche). L'impiego di tecniche statistiche che si discostino dai metodi generalmente accettati deve essere giustificato in modo circostanziato (punto 29 delle migliori pratiche).
- 215 Nel caso di specie, la Commissione non ha rispettato le proprie regole di migliori pratiche, essendosi affidata ad un metodo non convenzionale, fondato su ipotesi non testate e non verificate, senza esaminare la solidità dei suoi risultati e la sensibilità del modello, né rivelare alle parti tali scelte e i motivi atti a giustificarle. Occorre rilevare il contrasto tra, da un lato, la rilevanza che le migliori pratiche accordano alla trasparenza e, dall'altro, il modo in cui, nel caso di specie, la Commissione ha unilateralmente modificato il modello per la fase della previsione, senza rivelare alle parti la natura di tali modifiche. Un simile scostamento dai principi derivanti dalle migliori pratiche è peraltro riconfermato dall'argomentazione della Commissione nel presente procedimento, quando quest'ultima riconosce che, se L'UPS avesse potuto essere informata del modello modificato, discussioni successive avrebbero allora verosimilmente riguardato i problemi associati a tali modifiche.

- 216 Nonostante gli elementi sopra evidenziati, la circostanza che la decisione controversa si fondi in parte sul modello econometrico non è sufficiente per concludere nel senso dell'esistenza di un'illegittimità idonea a far sorgere una responsabilità extracontrattuale dell'Unione. Giustamente la Commissione sottolinea che il modello econometrico è solo uno degli elementi considerati nella valutazione dell'operazione progettata. Per quanto essa sia utile per affinare la comprensione del funzionamento dei mercati interessati dall'operazione progettata, un'analisi quantitativa basata su un modello econometrico, per sua stessa natura, non può in genere costituire l'unica prova a sostegno di una decisione di incompatibilità. Infatti, ogni modello si fonda su semplificazioni della realtà, come giustamente sottolineato dalla Commissione al punto 12 delle migliori pratiche. Tale limitazione inerente alla tecnica di modellizzazione implica il conferimento agli studi econometrici di un valore probatorio che non può essere equiparabile alla prova materiale di un fatto.
- 217 Nel caso di specie, per concludere nel senso dell'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva in quindici mercati nazionali sulla base di effetti non coordinati, la Commissione, nella decisione controversa, si è fondata, da un lato, su un'analisi generale delle caratteristiche del mercato di cui trattasi e, dall'altro, su un'analisi quantitativa che consentisse di percepire l'ampiezza dei prevedibili effetti della concentrazione sul livello dei prezzi, dopo aver inserito in tale analisi gli incrementi di efficienza addotti.
- 218 Conformemente al punto 24 degli orientamenti, il controllo dell'esistenza di effetti non coordinati su un mercato oligopolistico richiede, in sostanza, di verificare, da un lato, gli effetti diretti della concentrazione sugli incentivi dei partecipanti alla concentrazione ad aumentare i loro prezzi e, dall'altro, gli effetti che la concentrazione può causare sugli incentivi degli altri membri dell'oligopolio a reagire alla concentrazione aumentando i loro prezzi.
- 219 La Commissione ha sottolineato la struttura oligopolistica del mercato rilevante, sul quale la DHL, l'UPS, la TNT e la FedEx detengono congiuntamente tra il 90% e il 95% delle quote (punto 509 della decisione controversa). La DHL era il concorrente più importante in termini di quote di mercato, di copertura geografica nonché a causa dello sviluppo e della densità della sua rete all'interno del SEE. La TNT e l'UPS erano concorrenti prossime della DHL (punti da 626 a 630 della decisione controversa). Per contro, a causa di reti molto più circoscritte, la FedEx era troppo distante per competere pienamente con la DHL nonché con l'UPS e la TNT (punti da 511 a 625; da 631 a 635 e da 702 a 711 della decisione controversa).
- 220 La Commissione ha ritenuto che la concentrazione avrebbe ridotto il numero di fornitori da quattro a tre (punti da 712 a 714 della decisione controversa) e, in alcuni mercati nazionali, da tre a due, in considerazione della debole posizione della FedEx (punti da 715 a 720 della decisione controversa). È il caso, tra i quindici mercati nazionali che presentano un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, dei seguenti Stati membri: Repubblica ceca (punto 1061 della decisione controversa); Danimarca (punto 1135 della decisione controversa); Estonia (punto 1186 della decisione controversa); Lettonia (punto 1359 della decisione controversa); Lituania (punto 1411 della decisione controversa); Malta (punto 1430 della decisione controversa); Polonia (punto 1627 della decisione controversa); Slovenia (punto 1788 della decisione controversa); Slovacchia (punto 1734 della decisione controversa); Finlandia (punto 1226 della decisione controversa), e Svezia (punto 1839 della decisione controversa).

- 221 In quattro mercati nazionali che presentano un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva (Repubblica ceca, Danimarca, Lituania e Paesi Bassi), l'entità formata dall'UPS e dalla TNT diventerebbe leader di mercato con una quota di mercato superiore al 50% (punti da 1048 a 1049, 1121, da 1393 a 1394 e da 1502 a 1503 della decisione controversa).
- 222 Inoltre, la Commissione ha osservato che il mercato rilevante era caratterizzato dall'esistenza di elevate barriere all'ingresso e all'espansione. A causa della necessità di costruire un'infrastruttura in tutto il SEE e di disporre di centri di smistamento e di reti informatiche, di ritiro e di consegna nonché di trasporto aereo e terrestre, ed essendo tali barriere cumulative, negli ultimi 20 anni il mercato non ha conosciuto alcun maggior operatore nuovo. Sulla base di detti elementi, la Commissione ha ritenuto che né i piani di espansione della FedEx né quelli degli altri operatori consentissero di controbilanciare ogni strategia anticoncorrenziale attuata dalle partecipanti alla concentrazione (punti da 741 a 788 della decisione controversa).
- 223 La Commissione ha altresì rilevato che i clienti non avevano un potere d'acquisto compensativo sufficiente per contrastare un aumento dei prezzi sul mercato dopo la concentrazione (punti da 791 a 799 della decisione controversa).
- 224 I suddetti elementi, che rientrano nella valutazione generale della concentrazione, sono legati, principalmente, alla struttura del mercato e non sono contestati dall'UPS. Essi consentono di relativizzare l'importanza delle considerazioni svolte, ai punti da 721 a 740 della decisione controversa, relativamente alla quantificazione degli effetti prevedibili della concentrazione sul livello dei prezzi.
- 225 Si deve altresì sottolineare che taluni limiti dell'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi si sono evidenziati alla luce delle peculiarità di alcuni mercati nazionali. Ad esempio, la Commissione ha rilevato che il modello non consentiva di cogliere le specificità del mercato olandese, né quelle del mercato svedese (punti 1545 e da 1844 a 1845 della decisione controversa).
- 226 In tali circostanze, l'affermazione dell'UPS secondo cui, in assenza delle irregolarità che viziano l'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi, nessuna autorità garante della concorrenza si sarebbe opposta all'operazione progettata si basa su una lettura erronea della decisione controversa. Contrariamente a quanto sostiene l'UPS, il semplice fatto che la Commissione abbia utilizzato un modello affetto da irregolarità non basta per concludere che tali irregolarità siano sufficientemente qualificate da far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.
- 227 Occorre inoltre tener presente l'utilità dei modelli econometrici, in particolare nel contesto del controllo di una concentrazione che può dar luogo ad effetti non coordinati su un mercato oligopolistico. La Commissione deve disporre di un margine di manovra per non paralizzare la sua azione o inibire il suo ricorso a siffatti strumenti quantitativi che, per il loro rigore e la loro obiettività, contribuiscono alla qualità dell'analisi economica.
- 228 Tenuto conto di tutti i suesposti elementi e dopo aver ponderato gli interessi in gioco, si deve concludere che le irregolarità lamentate dall'UPS relativamente al modello econometrico della Commissione non sono sufficientemente qualificate da poter far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione. L'argomentazione dell'UPS deve quindi essere respinta.

2) *Sugli incrementi di efficienza*

i) Osservazioni preliminari

- 229 L'UPS sostiene che l'analisi degli incrementi di efficienza nella decisione controversa è viziata da un'illegittimità che costituisce una violazione sufficientemente qualificata. Nessuna autorità garante della concorrenza normalmente prudente e diligente avrebbe concluso che la natura e la quantità degli elementi di prova prodotti nel corso del procedimento amministrativo non consentissero ragionevolmente di ritenere che la realizzazione di tali incrementi fosse razionale, ai sensi del punto 86 degli orientamenti.
- 230 L'UPS afferma che, se la Commissione avesse accettato anche soltanto una parte degli asseriti incrementi di efficienza diversi dagli EUR 65 milioni di sinergie per i trasporti aerei e i servizi di assistenza a terra in Europa, essa non avrebbe più potuto vietare l'operazione, nonostante la sua analisi errata e non convenzionale degli effetti della concentrazione sui prezzi. Se la Commissione avesse valutato l'operazione tra essa e la TNT con la stessa metodologia utilizzata nel caso relativo all'operazione tra la FedEx e la TNT, la stessa avrebbe dovuto accettare una proporzione maggiore delle sinergie indicate.
- 231 L'UPS contesta che l'onere della prova in materia di incrementi di efficienza incomba interamente sulla parte notificante. Essa ritiene che una siffatta interpretazione consentirebbe alla Commissione di respingere qualsiasi sinergia allegata senza fornire spiegazioni.
- 232 Come precedentemente illustrato in sede di esame degli addebiti relativi alla mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza, spetta alla parte notificante fornire elementi di prova precisi e convincenti che consentano, per quanto possibile, di quantificare i miglioramenti di efficienza attesi, nonostante l'obbligo della Commissione di istruire con cura e imparzialità tutti gli elementi pertinenti e motivare adeguatamente la propria valutazione. Pertanto, l'argomentazione dell'UPS vertente su una violazione delle norme che disciplinano l'onere della prova è infondata.

ii) Sulla valutazione degli incrementi di efficienza addotti dall'UPS

- 233 L'UPS sostiene che, se avesse potuto conoscere i criteri in base ai quali la maggior parte delle sinergie che si aspettava di ricavare dall'operazione tra essa e la TNT sono state respinte in quanto non verificabili dalla Commissione, essa sarebbe stata in grado di convincere quest'ultima dell'esistenza dei miglioramenti in questione.
- 234 Tuttavia, tale argomentazione è già stata respinta in esito all'esame degli addebiti relativi alla mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza.
- 235 L'UPS aggiunge che tali sinergie costituivano la ragion d'essere del suo progetto di acquisizione della TNT. A causa della complementarità delle reti delle imprese in questione, l'UPS sostiene che sarebbe stata in grado di ridurre i propri costi e di competere più efficacemente con la DHL, il suo principale rivale sul mercato europeo. Durante le trattative, il suo consiglio di amministrazione nonché quello della TNT avrebbero previsto, sulla base di analisi di periti, in modo prudente e in conformità della normativa olandese applicabile, sinergie comprese tra EUR 400 e 550 milioni all'anno (con una media pari a EUR 503 milioni all'anno), stima che si riflette nel prezzo dell'offerta pubblica di acquisto di EUR 9,50 per azione.

- 236 L'UPS precisa di aver sottoposto tali previsioni alla Commissione affinché quest'ultima ne tenesse conto nella sua valutazione dell'operazione progettata, conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 139/2004 e ai punti 76 e seguenti degli orientamenti. La Commissione avrebbe tuttavia accettato di prendere in considerazione solo le sinergie legate alla rete aerea europea e all'assistenza a terra nei primi tre anni successivi alla conclusione dell'operazione, per un importo annuo di EUR 65 milioni.
- 237 L'UPS afferma che, respingendo in tal modo i restanti EUR 438 milioni di sinergie annuali con la motivazione che esse non erano verificabili, la Commissione avrebbe commesso un grave errore di valutazione.
- 238 L'UPS rimprovera alla Commissione di non aver preso in considerazione le seguenti sinergie, le quali vengono esaminate più dettagliatamente nel prosieguo:
- rete aerea e assistenza a terra in Europa (quarto anno): EUR 43 milioni;
 - costi amministrativi: EUR 210 milioni;
 - trasporto aereo transatlantico: EUR 25 milioni;
 - trasporto aereo per conto terzi: EUR 33 milioni;
 - trasporto stradale di linee in rete tra aeroporti pivot e linee di alimentazione: EUR 22 milioni;
 - installazioni: EUR 17 milioni;
 - rete in materia di PUD (in prosieguo: la «rete PUD»): EUR 40 milioni;
 - fornitura di servizi esterni: EUR 48 milioni.
- 239 L'UPS ritiene che, se fosse stata accettata come verificabile anche solo una piccola parte dei miglioramenti di efficienza respinti, è chiaro che non vi sarebbe stato alcun fondamento per adottare una decisione di divieto.
- *Sulla rete aerea e l'assistenza a terra in Europa (quarto anno)*
- 240 L'UPS critica la Commissione per aver respinto, al punto 905 della decisione controversa, le sinergie relative alla rete aerea e all'assistenza a terra oltre i tre anni successivi all'operazione di concentrazione tra essa e la TNT, con la motivazione che un siffatto orizzonte temporale implicava una maggiore incertezza e benefici meno immediati per i consumatori. Tale valutazione sarebbe manifestamente erronea e contraddittoria, poiché, al punto 902 di tale decisione, la Commissione avrebbe riconosciuto che le sinergie sarebbero le stesse nel corso del quarto anno, rispecchiando l'attuazione graduale dell'integrazione.
- 241 Per rispondere a tale argomentazione, occorre ricordare che la considerazione delle sinergie adottate consiste, per definizione, nel valutare il valore attuale di flussi futuri, sotto forma di incrementi o di risparmi, valutazione che dipende necessariamente dall'orizzonte temporale nonché dalla probabilità di realizzazione di tali incrementi o di tali risparmi. È in questo senso che i punti 83 e 87 degli orientamenti sottolineano che, in generale, quanto più lontani nel tempo sono gli incrementi di efficienza progettati, tanto minore sarà il peso che la Commissione può

attribuire loro o tanto meno potrà considerarli probabili. Ai punti 905 e 906 della decisione controversa, la Commissione ha scelto di limitare, in linea di principio ai primi tre anni, la considerazione degli incrementi di efficienza attesi. Per contro, nella sua valutazione globale, la Commissione ha dichiarato di tenere in considerazione le proiezioni relative al quarto anno, pur riducendo il peso che doveva loro accordarsi, tenuto conto delle incertezze e della complessità dell'integrazione delle reti aeree e dei servizi di assistenza a terra.

242 L'argomentazione dell'UPS è essenzialmente che la credibilità delle sue proiezioni dei futuri incrementi di efficienza è superiore a quella che la Commissione le ha effettivamente riconosciuto. Tuttavia, in considerazione del carattere incerto di tali incrementi e dell'orizzonte temporale invocato dall'UPS, nessuno degli argomenti di quest'ultima permette di concludere che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica destinata a conferire diritti ai singoli, idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

– *Sui costi amministrativi*

243 Secondo l'UPS, le sinergie amministrative risultano dalla combinazione, per quanto la riguarda e per quanto riguarda la TNT, delle sedi e delle funzioni generali centrali in Europa. I miglioramenti di efficienza attesi avrebbero dovuto ammontare a EUR 210 milioni in quattro anni grazie ad una riduzione del numero di dipendenti combinato dell'11% per le funzioni di gestione e del 12% per le funzioni amministrative, essendo peraltro tali obiettivi inferiori all'esperienza da essa maturata.

244 Al punto 891 della decisione controversa la Commissione avrebbe escluso i risparmi in questione, in quanto relativi a costi fissi che non possono essere ripercossi sui consumatori. L'UPS ritiene che tale ragionamento sia erroneo e contraddittorio. Mentre la Commissione ha utilizzato un tasso di ripercussione degli incrementi di efficienza del 67% sui costi medi totali (costi variabili e costi fissi), essa avrebbe dovuto applicare il medesimo tasso ai costi amministrativi e considerare che il 67% dei risparmi realizzati su questi ultimi si sarebbe ripercosso sui consumatori, mentre il resto sarebbe stato assorbito dalla UPS. Al contrario, se la Commissione intendeva rifiutare, conformemente al punto 891 della decisione controversa, di applicare il tasso suindicato ai costi fissi, essa avrebbe dovuto allora, per coerenza, applicare un tasso di ripercussione più elevato sui costi variabili. Ciò avrebbe allora comportato incrementi di efficienza maggiori per essa e una riduzione del numero di mercati potenzialmente colpiti da un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

245 Si deve tuttavia ricordare che, al punto 891 della decisione controversa, la Commissione ha in sostanza riconosciuto che, da un punto di vista contabile, i costi amministrativi potevano essere ripartiti tra i diversi servizi e mercati nazionali secondo i volumi dei colli trattati. Tuttavia, da un punto di vista economico, una simile modalità di ripartizione non consentiva di determinare il modo in cui detti costi fissi contribuivano a determinare il prezzo di ciascun contratto aggiuntivo. Ritenendo incerta la risposta alla questione della misura in cui i risparmi dei costi amministrativi potessero influire sui prezzi dei prodotti rilevanti per giustificare che fossero presi in considerazione, la Commissione, al punto 892 della decisione controversa, ha ritenuto che i risparmi in parola, così come presentati dall'UPS, non fossero verificabili e non potessero, di conseguenza, essere considerati. Da tale punto della decisione controversa risulta altresì che le considerazioni relative alla ripercussione sui consumatori dei risparmi connessi ai costi amministrativi erano presentate solo in via subordinata, nell'ipotesi in cui tali risparmi fossero stati verificabili.

246 Per loro natura, le sinergie legate alla riduzione dei costi amministrativi a seguito della fusione si concretizzano in una riduzione dei costi fissi dell'impresa. Orbene, come sottolineato al punto 80 degli orientamenti, nella valutazione delle efficienze dal lato dei costi sarà presumibilmente più importante il miglioramento di efficienza che rende possibile una diminuzione dei costi variabili o marginali rispetto a quello che permette una riduzione dei costi fissi, poiché è il calo dei primi che, in linea di massima, ha maggiori probabilità di tradursi in una diminuzione dei prezzi al consumo. La Commissione non è quindi incorsa in errore nel respingere le sinergie associate alla riduzione dei costi amministrativi per il motivo che esse non erano pertinenti ai fini della valutazione dei miglioramenti di efficienza. Poiché le critiche dell'UPS relative alla ripercussione sui consumatori di tali risparmi sono dirette contro valutazioni sussidiarie, esse sono prive di pertinenza e devono essere respinte.

247 Ne consegue che nessuno degli elementi invocati dall'UPS, in relazione ai miglioramenti di efficienza correlati alla riduzione dei costi amministrativi, consente di ritenere che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

– *Sul trasporto aereo transatlantico*

248 L'UPS critica la valutazione con cui la Commissione, ai punti 882 e 883 della decisione controversa, ha escluso i risparmi stimati in EUR 25 milioni per quanto riguarda il trasporto aereo transatlantico, con la motivazione che tale stima non era verificata. L'UPS ricorda che intendeva sopprimere l'unico collegamento transatlantico della TNT tra Liegi (Belgio) e New York (Stati Uniti), in quanto disponeva di capacità sufficienti per assorbire il 75% del volume di tale linea. La Commissione avrebbe respinto i calcoli che avevano portato ad una stima di EUR 25 milioni, adducendo che si basavano sull'ipotesi secondo cui la TNT operava un Boeing 767, mentre in realtà essa operava un Boeing 777. Orbene, poiché i costi di quest'ultimo sono superiori a quelli dell'altro aeromobile, i risparmi realizzati non avrebbero potuto che essere maggiori.

249 Occorre tuttavia rilevare che, ai punti da 881 a 883 della decisione controversa, la Commissione non ha negato l'esistenza degli asseriti incrementi di efficienza. Essa ha ritenuto che tali incrementi non fossero verificabili, poiché l'UPS aveva basato i propri calcoli sulla situazione della rete della TNT nel 2007, senza tenere in considerazione il fatto che successivamente la TNT aveva utilizzato aerei di maggiore capacità.

250 Per dimostrare che la suesposta valutazione non era corretta, l'UPS ha versato agli atti a sostegno del ricorso vari calcoli diretti a comprovare l'entità dei miglioramenti che essa si attendeva dalle sinergie tratte dai servizi di trasporto aereo transatlantico. Orbene, si deve rilevare che tali elementi non sono stati sottoposti alla Commissione nel corso del procedimento amministrativo, nonostante il fatto che la comunicazione degli addebiti, al punto 725, richiamasse l'attenzione dell'UPS sul fatto che le sue stime dei miglioramenti di efficienza erano difficilmente verificabili. L'UPS produce infatti diversi fogli di calcolo relativi all'utilizzo della sua capacità di trasporto aereo transatlantico nel 2012 (allegato A.35 del ricorso), i quali, per ammissione stessa dell'UPS, non sono stati prodotti nel corso del procedimento amministrativo. Spettava però all'UPS fornire la prova, nel corso del procedimento amministrativo, non solo dell'esistenza dei miglioramenti di efficienza di cui essa asseriva l'esistenza, ma anche degli elementi verificabili sulla base dei quali essa si basava per quantificarli. L'argomentazione dell'UPS relativa ai servizi aerei transatlantici è infondata e deve essere respinta.

– *Sul trasporto per conto terzi*

- 251 L'UPS prevedeva di realizzare dei risparmi trasportando sui propri apparecchi i pacchi che la TNT trasportava su voli commerciali operati da terzi. La Commissione, al punto 889 della decisione controversa, avrebbe escluso tali risparmi, con la motivazione che l'UPS non aveva dimostrato di poter assorbire il volume della TNT sui propri apparecchi. L'UPS censura la Commissione per non aver sollevato tale questione durante il procedimento amministrativo, mentre essa disponeva di tutti gli elementi per rispondervi in modo convincente.
- 252 Contrariamente a quanto sostenuto dall'UPS, non spettava alla Commissione invitarla a fornire gli elementi di prova che consentissero di comprovare gli asseriti incrementi di efficienza. Spettava all'UPS fornire la prova non solo dell'esistenza dei miglioramenti di efficienza di cui essa affermava l'esistenza, ma anche degli elementi verificabili sulla base dei quali essa si basava per quantificarli. L'argomentazione dell'UPS è infondata e deve pertanto essere respinta.

– *Sul trasporto stradale di linea in rete*

- 253 Secondo l'UPS, la progettata acquisizione le avrebbe consentito di razionalizzare la sua rete di trasporto stradale di linea all'interno del SEE combinandola con quella della TNT, grazie al suo modello logistico «hub feeder network optimisation model» (modello di ottimizzazione della rete di un polo di raccolta; in prosieguo: il «modello HFNO») applicato ai dati di tre mercati (Germania, Italia e Regno Unito), i quali costituiscono un buon campione delle reti dei diversi mercati europei. Ai punti 866 e 867 della decisione impugnata la Commissione avrebbe escluso detti risparmi, per il motivo che le giustificazioni fornite erano parziali e poco affidabili. L'UPS contesta tale valutazione. Essa afferma che le stime della sua futura rete unica erano solide, prudenti ed affidabili. L'UPS sostiene di aver potuto stimare, con margini prudenziali, sinergie di costi dell'ordine del 15%. Anche se ha dovuto modificarli alla luce dei dati forniti dalla TNT, l'UPS è tuttavia del parere che le differenze così osservate non siano significative e possano essere spiegate da differenze di metodologia tra essa e la TNT.
- 254 La Commissione contesta tali affermazioni. Essa sostiene, in particolare, che l'UPS afferma, ma non dimostra che i mercati della Germania, dell'Italia e del Regno Unito costituiscano un «buon campione», in assenza di qualsiasi elemento che consenta di verificare la veridicità di una simile affermazione.
- 255 Al riguardo occorre rilevare che, secondo i punti 865 e 866 della decisione controversa, gli incrementi di efficienza adottati sono stati calcolati dall'UPS grazie al suo modello HFNO, sulla base dei dati relativi a tre mercati nazionali. L'UPS ha ritenuto che tali risultati potessero essere estesi a tutti gli altri mercati, senza fornirne la ragione. La Commissione ha quindi invocato, in sostanza, la mancanza di prove della rappresentatività del campione utilizzato dall'UPS.
- 256 Risulta tuttavia che, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, l'UPS ha fornito un documento (allegato 4.8 della comunicazione degli addebiti) che spiega le ragioni della selezione dei tre mercati nazionali componenti il campione. Infatti, dal suddetto documento emerge che i mercati in questione illustrano tre diverse situazioni che caratterizzano i rapporti tra i volumi dell'UPS e quelli dalla TNT, ossia volumi superiori (Germania), inferiori (Italia) e uguali (Regno Unito). Questi tre mercati sono stati successivamente modellizzati come una rete unica. In tali circostanze, la Commissione non può sostenere che l'UPS abbia ommesso, nel corso del procedimento amministrativo, di fornire spiegazioni sul metodo seguito per selezionare un campione dei tre mercati che essa riteneva rappresentativi.

- 257 A prescindere da tale errore, occorre rilevare che, secondo il punto 867 della decisione controversa, la Commissione ha invitato l'UPS a precisare i propri calcoli basati sul campione di cui trattasi tenendo conto dei dati della TNT. In esito a detta operazione è emerso che, per taluni mercati nazionali, i risultati così ottenuti differivano significativamente rispetto alle stime iniziali dell'UPS. A causa di siffatte differenze, la Commissione ha ritenuto che la quantificazione degli incrementi di efficienza attesi fosse incerta.
- 258 Si deve constatare che l'esistenza di simili differenze qualificate come «rilevanti» è tale da far dubitare della validità della stima degli incrementi di efficienza asseriti dall'UPS sulla base del suo modello HFNO. Sebbene l'UPS contesti l'importanza delle differenze in discorso, essa non ha tuttavia sviluppato argomenti specifici al riguardo né dedotto elementi numerici che consentano di rimettere in discussione la fondatezza della constatazione effettuata al punto 867 della decisione controversa. L'UPS, pur riconoscendo l'esistenza di tali differenze, ha sostenuto che esse non erano dovute a differenze sostanziali tra i dati stimati e i dati reali, ma piuttosto alla scelta di una base diversa sulla quale la TNT ha ripartito i propri costi.
- 259 Alla luce degli elementi sopra esposti, si deve ritenere che l'UPS non sia riuscita a dimostrare che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, nel decidere che la stima degli incrementi di efficienza relativi alla rete stradale di linee in rete fosse troppo incerta per poter essere considerata verificata. L'argomentazione dell'UPS deve quindi essere respinta.

– *Sugli impianti*

- 260 L'UPS contesta alla Commissione di aver escluso, al punto 863 della decisione controversa, in quanto non verificate, le previsioni di risparmio derivanti dalla razionalizzazione degli impianti divenuti superflui a causa dell'operazione di concentrazione progettata, con la motivazione che i dati forniti coprivano alcuni paesi. L'UPS sostiene che tale valutazione è errata: essa sostiene di aver fornito alla Commissione calcoli dettagliati per 112 dei 118 impianti che prevedeva di chiudere.
- 261 Occorre rilevare che, al punto 862 della decisione controversa, la Commissione ha affermato che l'UPS aveva calcolato i risparmi attesi dalla razionalizzazione dei suoi impianti a partire da una stima del costo annuo per impianto moltiplicato per il numero totale di impianti destinati ad essere chiusi. La cifra così ottenuta è stata poi moltiplicata per il valore annuo medio delle spese di funzionamento di un impianto, stimato in EUR 330 000. Il risultato di tale operazione (EUR 18 milioni) è stato successivamente corretto e ridotto a EUR 17 milioni.
- 262 La Commissione, ai punti 863 e 864 della decisione controversa, ha ritenuto che il metodo sopra descritto fosse impreciso sotto due profili. In primo luogo, tale metodo si basava sui dati relativi a un numero ridotto o a un gruppo di paesi, nonostante il fatto che i risparmi attesi fossero specifici di ciascun paese. In secondo luogo, il metodo in questione si basava sulla premessa secondo cui tutti i costi associati a un sito destinato alla chiusura avrebbero costituito un risparmio. Orbene, poiché i volumi trattati da detti impianti dovevano essere trasferiti ad altri impianti, il risparmio netto avrebbe dovuto essere calcolato confrontando i costi di trattamento prima della fusione con i costi aggiuntivi successivi alla fusione.

263 Questa seconda obiezione della Commissione equivale, in sostanza, a rimproverare all'UPS di non aver sufficientemente differenziato, nella sua valutazione dei risparmi previsti, tra quelli relativi ai costi fissi e quelli relativi ai costi variabili. Orbene, come si è precedentemente ricordato in relazione ai miglioramenti di efficienza concernenti le sinergie dei costi amministrativi, nella valutazione delle efficienze dal lato dei costi sarà presumibilmente più importante il miglioramento di efficienza che rende possibile una diminuzione dei costi variabili o marginali rispetto a quello che permette una riduzione dei costi fissi.

264 Tuttavia, si deve necessariamente rilevare che l'argomentazione dell'UPS elude tale questione e si concentra esclusivamente sul primo problema sollevato dalla Commissione. In simili circostanze, detta argomentazione non consente di ritenere che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, nel ritenere che la stima dei risparmi connessi alla chiusura di impianti superflui non potesse essere presa in considerazione a causa della sua inaffidabilità.

– *Sulla rete PUD*

265 L'UPS contesta alla Commissione di aver escluso, ai punti 853 e 854 della decisione controversa, la quantificazione delle sinergie previste dalla razionalizzazione della rete PUD, per il motivo che i suoi calcoli non potevano essere verificati.

266 L'UPS sostiene, in primo luogo, che la Commissione non ha rimesso in discussione l'esistenza delle sinergie in discorso, ma unicamente la loro valutazione. La Commissione avrebbe omesso di esporre il criterio in base al quale era disposta ad accettare calcoli del genere e a porle domande.

267 Tuttavia, non spettava alla Commissione invitare l'UPS a fornire gli elementi di prova che consentissero di comprovare gli asseriti incrementi di efficienza. Spettava all'UPS fornire la prova non solo dell'esistenza dei miglioramenti di efficienza di cui essa affermava l'esistenza, ma anche degli elementi verificabili sulla base dei quali essa si basava per quantificarli. Questo primo argomento dell'UPS deve pertanto essere respinto.

268 In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento dell'UPS secondo cui le giustificazioni invocate dalla Commissione a sostegno del rigetto dei miglioramenti di efficienza non le sarebbero mai state comunicate nel corso del procedimento amministrativo, occorre ricordare che esso è già stato respinto in esito all'analisi degli addebiti relativi alla mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza.

269 In terzo luogo, l'UPS sostiene che i motivi per cui la Commissione ha escluso la considerazione dei miglioramenti di efficienza relativi alla rete PUD sono manifestamente erranei.

270 Occorre ricordare che, ai punti 851 e 852 della decisione controversa, la Commissione ha riconosciuto l'esistenza di incrementi di efficienza risultanti dalle sinergie relative alla combinazione delle reti PUD. Tuttavia, ai punti 853 e 854 della medesima decisione, essa ha respinto la valutazione del loro importo da parte dell'UPS a causa della loro inaffidabilità. La Commissione ha più specificamente sottolineato il fatto che i dati erano scarsamente rappresentativi e non attuali.

- 271 Per quanto riguarda la rappresentatività dei dati, dal punto 824 della decisione controversa risulta che l'UPS si è basata su una stima dei risparmi relativi ai conducenti realizzati in ciascun mercato nazionale (EUR 45 milioni), corretta al ribasso fino ad una stima di EUR 40 milioni. La Commissione ha tuttavia rilevato che tale calcolo si basava su dati dettagliati solo relativamente ai mercati tedesco, francese, del Benelux (che riunisce Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi) nonché dell'Irlanda e del Regno Unito. Il resto del mercato era suddiviso in due gruppi, ossia quello dell'«Europa dell'est» e quello del «resto d'Europa», per i quali l'UPS ha proceduto ad una stima della riduzione media dei conducenti, senza fornire spiegazioni al riguardo. Poiché i risparmi relativi alla rete PUD sono strettamente associati alle condizioni di ciascun mercato, la Commissione ha ritenuto, al punto 853 della decisione controversa, che l'UPS avrebbe dovuto basarsi sui dati relativi a ciascun mercato, piuttosto che applicare una stima ad un gruppo di paesi. La Commissione ne ha dedotto che la stima delle sinergie relative alla rete PUD non fosse attendibile per tali due gruppi.
- 272 Al riguardo, l'UPS osserva che i paesi rientranti nelle categorie «Europa dell'est» e «resto d'Europa» rappresentavano solo 9 dei 40 milioni di risparmio previsti, mentre gli altri paesi erano ripartiti in quattro gruppi secondo le caratteristiche delle loro reti (ossia il numero di conducenti e il numero di fermate per miglio).
- 273 Va notato, tuttavia, che l'UPS non contesta la principale obiezione della Commissione relativa alla mancata considerazione dei dati specifici di ciascun mercato, nonostante le differenze di costi esistenti tra tali mercati. Orbene, scopo della valutazione degli asseriti incrementi di efficienza è quello di verificare, nei mercati che danno luogo ad un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, se detti incrementi siano idonei a controbilanciare gli effetti anticoncorrenziali che la concentrazione potrebbe produrre. Quando, come nel caso di specie, gli effetti anticoncorrenziali sono localizzati nel territorio di taluni Stati membri, è necessario poter verificare, in ciascuno di tali mercati nazionali, se i miglioramenti asseriti si traducano in un vantaggio netto per i consumatori.
- 274 Pertanto, in assenza di indizi contrari prodotti dall'UPS, si deve convenire che l'approccio seguito dall'UPS, consistente nel privilegiare l'applicazione, per un insieme di paesi, di un tasso unico derivato da un modello costituito a partire da quattro gruppi di mercati nazionali, appare meno accurato e meno affidabile di quello consistente nel basarsi sui dati di ciascun mercato per giungere ad una stima media applicabile a tutti.
- 275 Occorre inoltre rilevare che, nei quindici mercati nazionali che presentano un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, solo i Paesi Bassi non rientravano né nella categoria dell'«Europa dell'est» né in quella del «resto d'Europa». Orbene, come ammesso dall'UPS stessa, il valore totale dei miglioramenti di efficienza connessi alla rete PUD si elevava a soli EUR 9 milioni per questi due gruppi di mercati nazionali. È quindi altamente improbabile che il mercato dei Paesi Bassi possa, da solo, rappresentare un risparmio tale da giustificare che le sinergie siano valutate fino a concorrenza dei 40 milioni di euro asseriti dall'UPS. Ne consegue che i miglioramenti di efficienza rilevanti per valutare la situazione dei mercati nazionali nei quali la Commissione ha riscontrato un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sono verosimilmente molto inferiori ai 40 milioni di incrementi asseriti. L'argomento dell'UPS non è in grado quindi di inficiare la validità della valutazione, esposta al punto 855 della decisione controversa, secondo cui i dati relativi ai mercati diversi dalla Germania, dalla Francia, dall'Irlanda e dal Regno Unito non consentono di dimostrare il carattere verificabile degli incrementi di efficienza stimati per gli altri mercati.

- 276 Quanto alla antichità dei dati, dal punto 854 della decisione controversa risulta che la Commissione ha rilevato che l'UPS si era fondata su un modello elaborato nel 2007 sulla base di dati del 2002, per valutare i miglioramenti derivanti dall'ottimizzazione della rete PUD nell'ambito di discussioni che riguardavano già la possibilità di acquisire la TNT.
- 277 Per aggiornare i risultati in funzione della situazione nel 2011, l'UPS avrebbe ridotto dette stime in proporzioni variabili da mercato a mercato, senza spiegare il metodo applicato se non qualificandolo come «conservativo».
- 278 L'UPS afferma che i suoi calcoli erano dettagliati, affidabili e tenevano conto dei suoi tassi di crescita tra il 2007 e il 2011, nonché delle variazioni nella densità della rete PUD.
- 279 Tuttavia, i due documenti invocati dall'UPS a sostegno di tali affermazioni (allegati A.38.1 e A.38.2 del ricorso) confermano la descrizione della metodologia effettuata al punto 854 della decisione controversa. I documenti in questione non contengono indicazioni precise sul modo in cui i risultati dello studio realizzato nel 2007 sono stati aggiornati nel 2011. Essi si limitano ad affermare che, poiché le basi di tale analisi erano sane, l'UPS aveva deciso semplicemente di correggere al ribasso e in modo significativo le stime iniziali di risparmi di costi così da rispecchiare le incertezze derivanti dai cambiamenti delle condizioni di mercato.
- 280 In simili circostanze, si deve concludere che l'UPS non è riuscita a dimostrare che sul punto la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

– *Sui fornitori di servizi esterni*

- 281 Ai punti da 857 a 861 della decisione controversa, la Commissione ha dichiarato che la stima, da parte dell'UPS, dei miglioramenti di efficienza derivanti dalla razionalizzazione dei costi in materia di PUD esternalizzati è ancora più incerta di quella dei miglioramenti di efficienza relativi alla sua propria rete PUD, in quanto tale stima si basa su ipotesi estremamente semplificate anziché su dati specifici di ciascun mercato nazionale. La Commissione ha quindi rilevato che l'UPS non aveva fornito alcuna spiegazione a sostegno dell'asserita riduzione del 6%, essendosi quest'ultima limitata ad affermare che detto tasso rifletteva i volumi combinati più elevati nonché i profitti che ne derivavano per lo smistamento. Inoltre, i consulenti assunti dall'UPS hanno rivelato che i dati relativi ai volumi della TNT differivano da quelli utilizzati per calcolare i miglioramenti di efficienza, senza però che l'UPS abbia tentato di utilizzare tali dati per giungere ad una misura più realistica dei miglioramenti di efficienza. La Commissione ne ha dedotto che essa non era in grado di verificare l'ordine di grandezza dei miglioramenti di efficienza connessi ai fornitori di servizi esterni e ha respinto, in quanto non verificabili, i miglioramenti indicati dall'UPS.
- 282 L'UPS contesta alla Commissione di aver ritenuto che le sue proiezioni non si basassero su un'analisi dettagliata per paese, bensì su un tasso medio del 6% e apparissero poco affidabili. L'UPS ritiene che tale analisi sia manifestamente erronea.
- 283 L'UPS sostiene, in primo luogo, che l'uso di un tasso medio per tutti i paesi sarebbe coerente con l'approccio descritto supra in relazione alla rete PUD per i paesi rientranti nella categoria del «resto d'Europa».

- 284 Occorre ricordare che, conformemente ai principi che disciplinano l'onere della prova dei miglioramenti di efficienza, spettava all'UPS giustificare l'applicazione del tasso del 6% a tutti i mercati nazionali, in particolare a causa delle differenze di costi esistenti tra tali mercati. Come si è precedentemente osservato a proposito della rete PUD, si deve rilevare che l'utilizzo di un tasso medio di risparmio applicabile ad un gruppo di paesi, senza alcuna giustificazione particolare, sembra meno preciso e meno affidabile di quello consistente nel calcolare una stima media applicabile a tutti sulla base dei dati di ciascun mercato. Ne consegue che l'argomento dell'UPS non ha rivelato alcun elemento che possa far ritenere che i motivi esposti dalla Commissione al punto 858 della decisione controversa siano erronei.
- 285 In secondo luogo, l'UPS denuncia un'incoerenza metodologica. La Commissione avrebbe accettato l'uso di tassi medi per uno stesso gruppo di paesi per quanto riguarda la rete aerea e l'assistenza a terra in Europa (quarto anno), ma l'avrebbe respinto per quanto riguarda la raccolta e la consegna da parte dei fornitori di servizi esterni.
- 286 Tuttavia, come già rilevato a proposito degli incrementi di efficienza associati ai costi in materia di PUD, dai punti 824, 853 e 858 della decisione controversa risulta che detti costi sono strettamente connessi alle condizioni locali in ciascun mercato nazionale. La Commissione osserva che tale situazione non è paragonabile a quella della rete aerea europea, né a quella dei servizi di assistenza a terra, senza che l'UPS abbia opposto obiezioni su questo punto. Alla luce di tali giustificazioni, si deve ammettere che, a causa delle differenze suindicate, l'argomentazione dell'UPS non consente di rivelare l'esistenza di un'incoerenza metodologica che possa costituire un errore di valutazione grave e manifesto.
- 287 In terzo luogo, l'UPS spiega le ragioni per le quali, dopo l'utilizzo dei dati della TNT, i risultati del suo modello non sono stati significativamente alterati. La principale modifica intervenuta avrebbe riguardato il criterio di ripartizione delle sinergie senza che per questo fosse modificata la valutazione globale del suo importo.
- 288 Tuttavia, siffatta argomentazione non consente di rimettere in discussione gli elementi enunciati ai punti 859 e 860 della decisione controversa, dai quali risulta che, nonostante il fatto che i dati sui volumi attuali della TNT differissero notevolmente da quelli inizialmente stimati dall'UPS e, di conseguenza, che i risparmi inizialmente previsti fossero stati notevolmente rivisti, in particolare per i mercati tedesco e dell'Irlanda e del Regno Unito, l'UPS non ha cercato di valutare con maggiore precisione i miglioramenti attesi per ciascuno dei mercati nazionali rilevanti.
- 289 Alla luce di tutti gli elementi sopra descritti, si deve concludere che l'UPS non è riuscita a dimostrare l'esistenza di errori nella valutazione del carattere verificabile degli incrementi di efficienza adottati idonei a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

3) Sulla disparità di trattamento rispetto all'operazione tra la FedEx e la TNT

- 290 L'UPS denuncia una disparità di trattamento tra la concentrazione tra essa e la TNT e quella tra la FedEx e la TNT. Mentre, al termine di un lavoro di stima rigoroso, essa avrebbe annunciato pubblicamente che si attendeva EUR 503 milioni di sinergie dall'acquisto della TNT sin dal primo anno, per parte sua la FedEx non avrebbe reso nota al pubblico alcuna stima. La Commissione avrebbe tuttavia accettato le sinergie indicate dalla FedEx, dopo averle posto domande, sulla base dei lavori di consulenti assunti per il procedimento di controllo di tale concentrazione e che non erano mai stati resi pubblici, il che sarebbe inspiegabile per un'impresa quotata in borsa.

- 291 L'UPS contesta al riguardo alla Commissione di aver valutato le sinergie sulla base di un criterio molto più rigoroso di quello che essa ha utilizzato per la concentrazione tra la FedEx e la TNT. Se la Commissione avesse trattato l'UPS allo stesso modo della FedEx, essa avrebbe dovuto accettare tutti gli incrementi di efficienza adottati. Nell'ambito dell'operazione tra la FedEx e la TNT, la Commissione avrebbe accettato un elevato numero di sinergie che non erano tuttavia supportate da elementi dotati della stessa forza probatoria di quelli da essa invocati. La FedEx avrebbe rifiutato di pubblicare qualsiasi quantificazione delle sinergie potenziali sin dalla sua offerta di acquisto e non avrebbe mai fornito alcun documento interno al riguardo.
- 292 La Commissione, nella decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT, avrebbe accettato sinergie relative al trasporto aereo transatlantico sulla base delle capacità di trasporto dell'acquirente, senza richiedere calcoli dettagliati. In assenza di più ampie informazioni nella versione pubblica della decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT, l'UPS suggerisce al Tribunale di procurarsi tali informazioni mediante un provvedimento istruttorio.
- 293 Per quanto riguarda la rete PUD, l'UPS osserva che, nella causa vertente sull'operazione tra la FedEx e la TNT, la Commissione ha accettato di prendere in considerazione questo tipo di sinergie nonostante la presentazione di prove meno dettagliate di quelle da essa presentate.
- 294 Si deve ricordare che la Commissione deve analizzare ogni operazione di concentrazione alla luce delle sue caratteristiche specifiche e di quelle del mercato rilevante. Infatti, ogni concentrazione deve essere valutata singolarmente e alla luce delle circostanze di fatto e di diritto applicabili (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2018, Deutsche Lufthansa/Commissione, T-712/16, EU:T:2018:269, punto 131). Quando la Commissione si pronuncia sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato interno sulla base di una notifica e di un fascicolo specifici per tale operazione, una parte ricorrente non ha il diritto di rimettere in discussione le sue affermazioni sostenendo che sono diverse da quelle effettuate in un altro caso, sulla base di una notifica e di un fascicolo differenti, anche supponendo che i mercati di riferimento nelle due cause siano analoghi o addirittura identici (v., in tal senso, sentenze del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, EU:T:2005:456, punto 118, e del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punto 142).
- 295 Nel caso di specie, sebbene riguardino lo stesso mercato, le operazioni tra l'UPS e la TNT e la FedEx e la TNT, notificate a circa tre anni di distanza, non coinvolgono le stesse parti. Orbene, per loro natura, i miglioramenti di efficienza sono direttamente connessi alle caratteristiche individuali dei partecipanti alla concentrazione.
- 296 A causa, in particolare, delle caratteristiche della FedEx nonché della prossimità concorrenziale tra l'UPS e la TNT, la Commissione ha concluso che l'operazione tra la FedEx e la TNT non desse luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. L'entità risultante da tale fusione deve confrontarsi con due forti rivali, la DHL e l'UPS (punti da 444 a 446 e da 630 a 689 della decisione sull'operazione tra la FedEx e la TNT), mentre la FedEx e la TNT, benché concorrenti, offrono in una certa misura servizi complementari e non sono concorrenti strette. La FedEx è specializzata nelle rotte tra il SEE e il resto del mondo, mentre l'offerta della TNT è incentrata sulle rotte internazionali all'interno del SEE (punti 590,591 e da 687 a 689 della decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT), senza che la TNT possa peraltro essere considerata una concorrente idonea a detenere una posizione concorrenziale particolare di «impresa dissidente» o un'importante fonte di espansione nel mercato (punti 650, da 692 a 714 della decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT). L'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi non ha dimostrato un impatto statisticamente significativo sui prezzi e,

in ogni caso, la Commissione evidenzia che gli incrementi di efficienza attesi compenserebbero tale impatto (punti da 468 a 497, da 515 a 588 e da 771 a 805 della decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT).

- 297 È dunque giocoforza constatare che le concentrazioni tra l'UPS e la TNT e tra la FedEx e la TNT differiscono in modo significativo sotto diversi aspetti, in particolare sul fatto che la FedEx e la TNT non erano concorrenti strette, elemento pertinente per l'esame delle sinergie risultanti dalla combinazione di tali imprese e che l'UPS non contesta.
- 298 Inoltre, la ricorrente non supporta la sua argomentazione secondo cui gli elementi di prova da essa presentati alla Commissione per quanto riguarda le sinergie previste sono stati valutati alla luce di uno standard di prova diverso da quello applicato nell'ambito della concentrazione tra la FedEx e la TNT. In particolare, essa non dimostra che gli elementi di prova da essa forniti relativamente al trasporto aereo transatlantico e alla rete PUD fossero dotati di un valore probatorio e di una pertinenza simili a quelli che erano stati accettati nell'ambito di tale concentrazione, di modo che la Commissione avrebbe trattato elementi di prova identici o simili in modo diverso.
- 299 In difetto di qualsiasi indizio idoneo a rivelare una disparità di trattamento, di un'affermazione o di un elemento di prova relativo ad un altro motivo di illegittimità, le differenze rilevate nella valutazione dei miglioramenti di efficienza tra la decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT e la decisione controversa non consentono di concludere per l'esistenza della disparità di cui l'UPS sostiene di essere stata oggetto. Pertanto, occorre respingere l'argomentazione dell'UPS su tale punto, senza che sia necessario accogliere le richieste dell'UPS di disporre una misura istruttoria.

4) Sulla situazione della FedEx

i) Sulla prossimità concorrenziale della FedEx e dell'UPS

- 300 L'UPS sostiene che la Commissione, concludendo nella decisione controversa che, a differenza della FedEx, l'UPS, la TNT e la DHL erano concorrenti prossime, ha commesso una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione. Tale conclusione si basava sull'ipotesi secondo cui la DHL si sarebbe conformata agli aumenti di prezzo risultanti dalla concentrazione tra l'UPS e la TNT, ma la FedEx non sarebbe stata in grado di contrapporvisi. Orbene, ad avviso dell'UPS, la Commissione non aveva alcuna base per concludere che i prezzi fossero aumentati in seguito alla concentrazione tra l'UPS e la TNT. Al contrario, l'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi e l'analisi degli incrementi di efficienza avrebbero dimostrato che l'operazione sarebbe favorevole alla concorrenza.
- 301 L'UPS ricorda di aver argomentato in tal senso nell'ambito del terzo motivo del suo ricorso nella causa T-194/13 e di aver dimostrato la mancanza di rigore con cui la Commissione ha analizzato le risposte al questionario di mercato, in particolare in relazione ai mercati ceco, bulgaro, danese e maltese. Il rifiuto della Commissione di spiegare le ragioni per cui le risposte al questionario per detti Stati membri giustificassero la constatazione di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva renderebbe impossibile comprendere la soglia di prova necessaria per effettuare una constatazione del genere. L'UPS produce, in fase di replica, un resoconto delle risposte dei clienti grandi e piccoli all'indagine di mercato della fase II per i mercati bulgaro, ceco, danese e maltese, che confermerebbero che non era ragionevole concludere che la FedEx non fosse una concorrente immediata dell'UPS.

- 302 L'UPS contesta alla Commissione di aver ritenuto che la TNT fosse una concorrente immediata dell'UPS, ma che la FedEx non lo fosse. Anche sul mercato ceco, per il quale la Commissione riteneva la sua analisi particolarmente forte, le risposte al questionario indicherebbero univocamente che non vi era alcuna prova che essa e la TNT intrattenessero uno stretto rapporto concorrenziale. Al contrario, le risposte indicherebbero che le imprese lo prevedessero e che la TNT, la FedEx e la DHL fossero perfettamente sostituibili, a causa di talune caratteristiche dei servizi offerti, o che le sue concorrenti più strette o quelle della TNT non fornissero servizi aventi tali caratteristiche. Lo stesso varrebbe per i mercati bulgaro, danese e maltese.
- 303 Occorre ricordare che, nella decisione controversa, dopo essere giunta alla conclusione secondo cui il mercato all'interno del SEE della consegna rapida di piccoli pacchi era dominato da quattro operatori integrati, vale a dire la DHL, l'UPS, la TNT e la FedEx (punto 510 della decisione controversa), la Commissione ha ritenuto che, tra le imprese in parola, la FedEx fosse una concorrente molto più debole e distante dall'UPS, dalla TNT e dalla DHL. La Commissione si è basata sul fatturato della FedEx nel mercato all'interno del SEE (punti da 513 a 517 della decisione controversa), sulla sua copertura del mercato SEE della consegna rapida di piccoli pacchi (punti da 518 a 527 della decisione controversa) e sulla debolezza della sua rete nel SEE rispetto a quelle degli altri tre operatori integrati (punti da 528 a 533 della decisione controversa). Inoltre, la Commissione ha rilevato che, operando su una scala più ridotta, la FedEx aveva costi di ritiro e di consegna significativamente più elevati di quelli delle sue concorrenti, limitando così la sua capacità di esercitare una pressione concorrenziale sul mercato, e ciò nonostante l'adozione, nel 2011, di un piano di espansione organica fino al 2017 (punti da 534 a 546 e da 599 a 625 della decisione controversa).
- 304 La Commissione ha anche sottolineato la ridotta presenza della FedEx nei mercati interni nonché in materia di consegna differita (punti da 547 a 552 della decisione controversa), mentre la sua presenza era nettamente più forte nel segmento dei servizi verso paesi al di fuori del SEE (punti da 553 a 564 della decisione controversa). Ciò è stato confermato dall'indagine di mercato, che evidenzia che i clienti percepiscono la FedEx come più debole rispetto agli altri operatori integrati nel mercato dei servizi di consegna rapida all'interno del SEE (punti da 565 a 576 e da 590 a 598 della decisione controversa) nonché dalle dichiarazioni delle sue concorrenti (punti da 578 a 589 della decisione controversa).
- 305 Per contrasto con la situazione della FedEx, la decisione controversa dimostra che l'UPS e la TNT sono concorrenti prossime (punti da 631 a 702 della decisione controversa). A sostegno di tale conclusione, la Commissione ha fatto riferimento alle risposte dei clienti all'indagine di mercato (punti da 636 a 652 della decisione controversa) nonché alla similitudine tra la DHL, l'UPS e la TNT in termini di offerte di servizi e di copertura (punti da 653 a 659 della decisione controversa). Secondo quest'ultimo criterio, la FedEx è la più debole di queste quattro imprese in ventuno mercati del SEE e, in diciassette di tali mercati, il divario tra la FedEx e la sua concorrente più vicina è di almeno 20 punti percentuali (punto 654 della decisione controversa).
- 306 La Commissione ha altresì sottolineato le similitudini tra l'UPS e la TNT in termini di servizi di consegna mattutina offerti (punti da 660 a 665 della decisione controversa) nonché le caratteristiche qualitative dei servizi offerti (punto 666 della decisione controversa). Per quanto riguarda le procedure d'appalto, la Commissione ha sottolineato che la DHL, l'UPS e la TNT erano concorrenti prossime, mentre la FedEx era in una posizione più distante (punti da 667 a 684 della decisione controversa).

- 307 La Commissione ha confutato le conclusioni tratte da un'analisi operata dalla TNT sulle indicazioni fornite dai suoi ex clienti in merito all'individuazione delle imprese che offrivano servizi concorrenti, ritenendo che un simile sondaggio di opinione fosse di ridotta utilità, a causa dei limiti inerenti alla metodologia utilizzata (punti da 685 a 701 della decisione controversa).
- 308 Ai punti da 705 a 707 della decisione controversa, la Commissione ha respinto le osservazioni in risposta alla comunicazione degli addebiti con cui l'UPS sosteneva che l'analisi della prossimità della concorrenza non prendeva sufficientemente in considerazione l'influenza della differenziazione dei servizi sulla rappresentatività delle quote di mercato come indicatore della prossimità concorrenziale, ma anche i coefficienti di dirottamento dei concorrenti e l'assenza di quantificazione del numero di clienti per i quali la DHL non sarebbe stata una soluzione alternativa valida a scapito della stessa e della TNT.
- 309 Infine, ai punti da 708 a 711 della decisione controversa, la Commissione ha confutato taluni argomenti aggiuntivi addotti dall'UPS in risposta alla comunicazione degli addebiti e concernenti l'analisi della prossimità della concorrenza. L'UPS sosteneva infatti di non essere una concorrente prossima della TNT, in quanto le due imprese avevano profili fondamentalmente diversi. Essa contestava alla Commissione di aver seguito un approccio binario («in» o «out») e di essersi concentrata unicamente sul segmento a lungo raggio del mercato.
- 310 L'UPS critica la valutazione della Commissione sulle risposte ai questionari relativi ai mercati bulgaro, ceco, danese e maltese. Tuttavia, quand'anche tali errori fossero dimostrati, è sufficiente constatare, sulla base di tutti gli elementi della decisione controversa testé ricordati, che i questionari di mercato costituiscono solo uno degli elementi sui quali si è basata la Commissione. Orbene, se è vero che le indagini di questo tipo consentono di identificare e raccogliere dati sulla percezione dei consumatori o dei produttori delle loro rispettive posizioni, la loro utilità risiede nel fatto che esse consentono di completare e di migliorare la comprensione di elementi obiettivi quali le quote di mercato, la densità delle reti o la struttura dell'offerta, senza tuttavia sostituirsi a tali elementi. In simili circostanze, anche supponendo che si possa dimostrare un errore di valutazione nell'analisi delle risposte ai questionari relativi ai quattro mercati di cui trattasi, un errore siffatto non è in ogni caso idoneo a rimettere in discussione gli altri elementi in base ai quali la Commissione ha concluso che la FedEx non fosse una concorrente immediata dell'UPS, della TNT e della DHL, elementi che l'UPS non ha peraltro contestato.
- 311 Nessuno degli argomenti invocati dall'UPS nell'ambito del presente ricorso consente quindi di inficiare la validità della valutazione della prossimità concorrenziale della FedEx.

ii) Sui piani di espansione della FedEx

- 312 L'UPS contesta i motivi per cui la Commissione ha ritenuto poco probabile che la FedEx si espanda in Europa in modo tale da controbilanciare gli effetti della concentrazione tra essa stessa e la TNT diretti a creare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva in quindici Stati membri. L'UPS espone più dettagliatamente i propri argomenti relativi a ciascuno dei sei punti qui di seguito riportati sul ruolo della FedEx.

– Sui progressi della FedEx in Europa

- 313 Secondo l'UPS, la Commissione ha erratamente affermato, al punto 611 della decisione impugnata, che i piani di espansione della FedEx in Europa fossero in declino. Tale valutazione sarebbe direttamente contraddetta dalle dichiarazioni dei dirigenti della FedEx del

19 giugno 2012 e del 9 e 10 ottobre 2012, secondo le quali la FedEx si aspettava di ricavare quasi il 75% dei 350 milioni di dollari degli Stati Uniti (USD) di utili supplementari dalle sue attività internazionali dalla fine dell'esercizio 2015. L'UPS insiste sul fatto che occorra attribuire particolare importanza a siffatte dichiarazioni pubbliche in forza della normativa degli Stati Uniti applicabile ai valori mobiliari.

- 314 È vero che dichiarazioni di dirigenti di imprese destinate agli investitori possono costituire indizi pertinenti per la valutazione degli effetti di un progetto di concentrazione. Tuttavia, la circostanza che tali dichiarazioni rientrino nell'ambito di applicazione di una normativa relativa ai valori mobiliari che mira, in particolare, a garantirne l'esattezza, eventualmente sotto pena di sanzioni, non significa tuttavia che la Commissione sia tenuta, a causa di tale normativa, a presumere l'esattezza o la credibilità di siffatte dichiarazioni. Come per qualsiasi altro elemento pertinente, spetta infatti alla Commissione procedere con tutta la dovuta diligenza ad esaminare la pertinenza, ma anche la credibilità e la verificabilità di simili dichiarazioni ai fini del procedimento di controllo.
- 315 Orbene, nel caso di specie, il fascicolo mostra che la Commissione è venuta a conoscenza di dichiarazioni fatte dai dirigenti della FedEx agli investitori che descrivevano l'avanzamento e le proiezioni dei piani di espansione in termini più ottimistici di quelli usati fino ad allora nel procedimento di fusione tra l'UPS e la TNT. Tenuto conto di tale dissonanza denunciata dall'UPS, la Commissione ha chiesto informazioni supplementari alla FedEx, in particolare sulle dichiarazioni dell'ottobre 2012 (documenti recanti i riferimenti ID 7399 e 7400), richiesta cui quest'ultima si è conformata (documento recante il riferimento ID 7418). La Commissione ha concesso all'UPS un accesso limitato a tale risposta riservata durante la procedura di sala informativa svoltasi il 26 e il 29 ottobre 2012.
- 316 La Commissione ha proseguito le proprie indagini chiedendo alla FedEx, il 16 novembre 2012, informazioni complementari (domanda recante il riferimento Q30) sulle modifiche apportate ai piani di espansione nonché l'ultima relazione sullo stato di avanzamento di tali progetti presentati alla direzione. Nella sua risposta del 19 novembre 2012, la FedEx ha confermato che i suoi obiettivi iniziali non sarebbero stati raggiunti, a causa, da un lato, del fatto che essi si fondavano su ipotesi che si erano rivelate esageratamente ottimistiche e, dall'altro, di un deterioramento dei suoi risultati e delle condizioni economiche.
- 317 Si deve necessariamente constatare che da tale risposta risulta che la FedEx ha rivisto al ribasso i suoi obiettivi di quote di mercato e di fatturato per il mercato dei servizi all'interno del SEE. Ne consegue che le dichiarazioni attribuite alla FedEx al punto 611 della decisione controversa corrispondono esattamente ai termini della risposta della FedEx del 19 novembre 2012, alla quale l'UPS ha avuto accesso, in forma non riservata, nella fase dell'esposizione dei fatti.
- 318 Occorre altresì rilevare che le dichiarazioni dei dirigenti della FedEx invocate dall'UPS vertevano non sul mercato rilevante, bensì su tutte le attività della FedEx ad eccezione degli Stati Uniti. Contrariamente a quanto sostenuto dall'UPS, tali dichiarazioni dei dirigenti della FedEx nel contesto delle loro riunioni periodiche con gli investitori non contraddicono né inficiano il valore probatorio degli elementi raccolti dalla Commissione e che tendono a dimostrare le difficoltà incontrate dalla FedEx nell'attuazione del suo piano di espansione organica.
- 319 L'argomentazione dell'UPS è infondata e deve quindi essere respinta.

– *Sulla differenza di costi tra la FedEx e le sue concorrenti*

320 L'UPS contesta alla Commissione di aver ritenuto, al punto 545 della decisione controversa, che i costi di ritiro e di consegna della FedEx impedissero a quest'ultima, nel medio termine, di essere competitiva nei suoi confronti. Essa sostiene che:

- la Commissione si è limitata a seguire le affermazioni della FedEx senza esaminare gli elementi di prova sottostanti;
- poiché i costi di ritiro e di consegna rappresentano solo una parte dei costi pertinenti all'interno del SEE, non vi era alcuna ragione logica per esaminarli separatamente, mentre i costi di trasporto aereo della FedEx, ad esempio, sono probabilmente più vicini ai suoi;
- la differenza di costi invocata dalla Commissione sarebbe contraddetta dall'esistenza di quattordici mercati nazionali senza ostacoli significativi ad una concorrenza effettiva.

321 Tuttavia, occorre ricordare che, al punto 545 della decisione controversa, la Commissione ha constatato che la FedEx, nell'ambito del suo piano di espansione organica del 2011, ha iniziato ad investire in nuove infrastrutture come i centri di smistamento, allo scopo di accrescere la sua capacità totale e di raggiungere una copertura geografica e una densità di rete che le consentisse di ridurre i propri costi. Nonostante tali investimenti, dalla risposta della FedEx del 19 novembre 2012 emerge che quest'ultima si aspettava che i suoi costi di ritiro e di consegna rimanessero ampiamente superiori a quelli delle sue concorrenti.

322 Contrariamente a quanto affermato dall'UPS, dalla decisione controversa risulta che l'analisi della Commissione si basa su un complesso di elementi atti a corroborare la differenza di costi di trattamento per unità tra la FedEx e le sue concorrenti che può naturalmente derivare dalla debolezza relativa della copertura e della densità della sua rete. La Commissione si è quindi basata su documenti interni della FedEx forniti in allegato alla sua risposta del 19 novembre 2012. Come risulta dai punti 535 e 536 della decisione controversa, la Commissione si è parimenti basata su banche dati interne relative alle offerte commerciali emesse dalla FedEx nonché sulle gare d'appalto alle quali essa ha risposto, in quanto tali banche dati consentono di valutare la competitività dei prezzi della FedEx rispetto a quelli delle sue concorrenti.

323 Tenuto conto delle differenze oggettive di natura e di funzione tra questi due tipi di reti, non appare illogico che la Commissione si sia così focalizzata sulla rete PUD piuttosto che sulla rete aerea per mettere in luce le differenze di competitività tra la FedEx e le sue concorrenti. Il fatto che l'UPS sottolinei che i suoi costi di trasporto aereo sono probabilmente vicini a quelli della FedEx tende del resto ad avvalorare tale analisi.

324 Infine, si deve necessariamente constatare che la questione del divario tra i costi della FedEx e quelli delle sue concorrenti costituisce solo uno dei fattori che consentono di valutare la capacità e gli incentivi di tale impresa a rispondere a un aumento dei prezzi da parte dell'entità risultante dalla fusione tra l'UPS e la TNT. Detto divario non è causa diretta della constatazione di un ostacolo significativo, ma un indizio che consente di valutare perché fosse poco probabile che la FedEx si espandesse in Europa in modo da controbilanciare gli effetti della concentrazione tra l'UPS e la TNT nel breve periodo. Pertanto, l'argomento dell'UPS secondo cui l'analisi dei costi di ritiro e di consegna della FedEx sarebbe contraddetta dall'esistenza di quattordici mercati nazionali senza ostacoli significativi ad una concorrenza effettiva si fonda dunque su una premessa errata.

325 L'argomentazione dell'UPS deve quindi essere respinta.

– *Sulla crescita prevista in volume della FedEx*

326 L'UPS contesta alla Commissione di essersi limitata, al punto 614 della decisione controversa, ad escludere le previsioni di crescita della FedEx, con la motivazione che era difficile prevedere con certezza se la strategia di sviluppo di quest'ultima avrebbe avuto esito positivo, senza aver analizzato approfonditamente le possibilità di successo di tale strategia.

327 Tuttavia, il suesposto argomento dell'UPS si basa su una lettura erranea della decisione controversa. Come precedentemente spiegato per quanto riguarda l'avanzamento della FedEx in Europa e il divario nei costi tra la FedEx e le sue concorrenti, la Commissione ha proceduto ad un'analisi approfondita dei probabili effetti dell'attuazione del piano di espansione della FedEx nonché degli incentivi della FedEx a proseguire, se non ad accelerare, i suoi piani di espansione a seguito della concentrazione tra l'UPS e la TNT, sulla base dei documenti della FedEx ai quali l'UPS avrebbe potuto avere accesso, o ai quali essa ha effettivamente avuto accesso, anche se in forma ridotta, durante il procedimento amministrativo.

328 Pertanto, tale argomento deve essere respinto.

– *Sui paesi non considerati dalla FedEx nella prima fase dei suoi progetti di espansione*

329 L'UPS critica alla Commissione di aver affermato, al punto 613 della decisione controversa, che la FedEx aveva deciso di non includere nella sua prima fase di espansione taluni paesi (come ad esempio la Bulgaria), a causa della mancanza di infrastrutture sufficientemente sviluppate. In assenza di qualsiasi elemento di prova verificabile e non avendo consentito all'UPS di esprimere proprie osservazioni durante il procedimento amministrativo su tale «prima fase», detta analisi non avrebbe dovuto essere inclusa nella decisione controversa.

330 Con la suddetta argomentazione, l'UPS si limita a censurare gli elementi di fatto menzionati al punto 613 della decisione controversa, per il motivo che essa si basa su elementi di prova ai quali la medesima sostiene di non aver avuto pieno accesso. Tuttavia, tali elementi relativi alle diverse fasi del piano di espansione della FedEx sono stati comunicati all'UPS nell'esposizione dei fatti nonché sotto forma di tabelle allegate a quest'ultima. È vero che la maggior parte delle informazioni in cifre sono state espunte a causa della loro natura riservata. Tuttavia, alcune di esse sono state sostituite da indicazioni sotto forma di forcella di valori che consentivano in tal modo di disporre di un ordine di grandezza. L'esposizione dei fatti indicava così che la FedEx non aveva alcun progetto di aprire nuovi centri di smistamento in Bulgaria nei due anni successivi, né di aumentare la propria capacità di movimentazione.

331 La Commissione ha aggiunto che i piani della FedEx erano stati ormai ridotti rispetto ai piani originali e ha fornito indicazioni numeriche al riguardo. Sebbene forniti sotto forma di forcelle di valori, tali dati sono sufficientemente precisi per consentire all'UPS di coglierne la portata. Per il resto, l'argomentazione dell'UPS non è supportata da alcun elemento di diritto o di fatto che consenta di ritenere che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione. In tali circostanze, l'argomentazione dell'UPS dev'essere respinta.

– *Sulle destinazioni coperte dalla FedEx*

332 L'UPS contesta la valutazione con cui la Commissione, al punto 1008 della decisione controversa, ha ritenuto che, a causa dell'esiguo numero di destinazioni coperte dalla FedEx, quest'ultima non fosse in grado di esercitare una pressione concorrenziale significativa sull'entità risultante dalla concentrazione tra l'UPS e la TNT. Tale valutazione sarebbe erronea. La Commissione avrebbe omesso di prendere in considerazione i piani della FedEx, che intendeva coprire, sin dal 2015, più indirizzi commerciali nel SEE rispetto ad essa.

333 Tuttavia, si deve necessariamente constatare che l'argomentazione dell'UPS si limita a denunciare l'esistenza di un errore di valutazione che incide «in particolare» sul punto 1008 della decisione controversa, senza tuttavia indicare quali altri punti sarebbero parimenti viziati dal medesimo errore. A prescindere da tale imprecisione, l'UPS non deduce alcun elemento di fatto o di diritto volto a dimostrare che il punto 1008 della decisione controversa sia viziato da un errore che consenta di ritenere che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata idonea a far sorgere la responsabilità dell'Unione. Tale argomentazione deve pertanto essere respinta.

– *Sull'analisi per paese*

334 L'UPS ritiene che l'analisi per paese effettuata dalla Commissione, alla sezione 7.11 della decisione controversa, non consenta di concludere nel senso dell'assenza di una pressione concorrenziale efficace da parte della FedEx in un paese particolare. La Commissione si sarebbe limitata ad alcune osservazioni insufficientemente motivate perché vaghe o superficiali e, in ogni caso, erronee. A titolo di esempio, l'UPS invoca l'analisi della Svezia, per la quale la valutazione contenuta nella decisione controversa sarebbe contraddetta dal fatto che, secondo tutte le proiezioni disponibili all'epoca, la FedEx intendeva raggiungere, nel 2015, un tasso di copertura e una quota di mercato superiore o uguale a quella della TNT.

335 Tuttavia, si deve necessariamente constatare che, contrariamente a quanto sostenuto dall'UPS, la sezione 7.11 della decisione controversa contiene un'analisi dettagliata e circostanziata di tutti gli elementi rilevanti sulla base dei quali la Commissione ha potuto concludere per l'esistenza di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. L'esempio delle proiezioni fatte valere dalla FedEx in relazione al mercato svedese, invocato dall'UPS, non può, in ogni caso, invalidare la constatazione effettuata dalla Commissione in una pluralità di mercati nazionali quanto alla debolezza relativa della pressione concorrenziale esercitata dalla FedEx rispetto alla DHL e a un'entità costituita dall'UPS e dalla TNT. L'argomentazione dell'UPS si limita a una critica vaga e generica di tale analisi. In assenza di qualsiasi elemento di fatto o di diritto che consenta di affermare che detta analisi sia viziata in modo da poter ritenere che la Commissione abbia commesso una violazione sufficientemente qualificata idonea a far sorgere la responsabilità dell'Unione, tale argomentazione deve essere respinta.

d) *Sulle conclusioni relative ai presunti illeciti*

336 Da quanto precede risulta che, tra tutti i presunti illeciti, solo quello relativo alla mancata comunicazione del modello econometrico è sufficientemente qualificato per poter far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

3. *Sul nesso di causalità*

- 337 L'UPS sostiene, in sostanza, che la Commissione non avrebbe potuto vietare l'operazione progettata. Dopo l'acquisizione della TNT da parte della FedEx, l'UPS sostiene che essa non poteva più notificare tale operazione. Ai fini del presente ricorso, spetterebbe a quest'ultima provare che il fascicolo amministrativo non consentiva alla Commissione di dichiarare incompatibile l'operazione tra essa e la TNT. Esigere che essa dimostri che la Commissione avrebbe adottato una decisione di compatibilità equivarrebbe a imporle l'onere di una prova impossibile.
- 338 L'UPS ritiene di aver diritto al pieno risarcimento del danno subito a causa dell'adozione della decisione controversa. Tale riparazione coprirebbe i costi che essa non avrebbe sostenuto se la decisione in questione non fosse stata adottata nonché il lucro cessante che ne deriva e di cui essa stima l'importo in EUR 1 638 milioni, al netto delle imposte, corrispondente al valore netto delle sinergie dell'operazione progettata.
- 339 L'UPS afferma di essere stata contrattualmente tenuta a risarcire la TNT in forza di una clausola di interruzione corrente nella normale prassi commerciale. L'UPS ricorda che la sua offerta di acquisto non ha potuto essere attuata, in quanto la condizione sospensiva relativa all'autorizzazione dell'operazione di concentrazione da parte della Commissione non era soddisfatta. Di conseguenza, essa avrebbe dovuto versare alla TNT un'indennità di rescissione di EUR 200 milioni, per un costo netto, al netto delle imposte, di EUR 131 milioni. Inoltre, si dovrebbero detrarre dal valore del danno asserito EUR 29 milioni, a titolo di spese di operazione evitate.
- 340 L'UPS afferma di aver sostenuto EUR 3 708 813,61 di spese legali per il suo intervento nel procedimento di controllo dell'operazione di concentrazione tra la FedEx e la TNT, ossia una perdita al netto delle imposte di EUR 2,4 milioni.
- 341 Occorre ricordare che il presupposto relativo al nesso causale richiesto dall'articolo 340, secondo comma, TFUE concerne l'esistenza di un rapporto di causa-effetto sufficientemente diretto tra il comportamento delle istituzioni dell'Unione e il danno, nesso di cui spetta al ricorrente fornire la prova, di modo che il comportamento addebitato deve essere la causa determinante del danno (sentenza del 13 dicembre 2018, Unione europea/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punto 52).
- 342 Nel caso di specie, l'UPS adduce tre danni distinti di cui chiede il risarcimento a causa dell'impossibilità di realizzare l'operazione progettata, ossia, in primo luogo, le spese connesse alla sua partecipazione alla procedura di controllo dell'operazione tra la FedEx e la TNT, in secondo luogo, il pagamento alla TNT di un indennizzo contrattuale di risoluzione e, in terzo luogo, il lucro cessante subito. L'UPS sostiene, in sostanza, che le illegittimità di cui essa ha affermato l'esistenza costituiscono la causa diretta di questi tre danni.
- 343 Per quanto riguarda, anzitutto, la partecipazione dell'UPS alla procedura di controllo della concentrazione tra la FedEx e la TNT, essa risulta manifestamente dalla sua libera scelta. Non si tratta di una conseguenza diretta della decisione controversa né, a maggior ragione, della violazione dei suoi diritti procedurali. Pertanto, né la violazione dei suoi diritti procedurali né le altre violazioni da essa denunciate possono essere considerate la causa determinante del danno

concretizzatosi nelle spese sostenute al momento della sua partecipazione al procedimento relativo all'operazione tra la FedEx e la TNT. Occorre pertanto respingere la domanda di risarcimento del danno in questione.

- 344 Per quanto riguarda, poi, l'indennità di risoluzione, è pacifico che il pagamento di tale indennità trae origine da un obbligo contrattuale risultante dai termini dell'accordo di fusione tra l'UPS e la TNT del 19 marzo 2012 (allegato C.3 della replica).
- 345 Risulta infatti che detto accordo prevedeva (clausola contenuta al punto 4.3.b dell'accordo) che l'offerta pubblica di acquisto dell'UPS sui titoli della TNT fosse subordinata alla condizione sospensiva di una decisione positiva della Commissione. Se tale condizione non fosse stata soddisfatta, l'UPS aveva l'onere di renderlo noto. La mancata realizzazione della condizione sospensiva costituiva altresì una causa di risoluzione dell'accordo di fusione (clausola contenuta al punto 15.1.c dell'accordo), che consentiva alla TNT di ottenere, alla prima richiesta, il pagamento da parte dell'UPS di un'indennità di risoluzione di EUR 200 milioni (clausola contenuta al punto 16 dell'accordo) dopo aver notificato a quest'ultima la risoluzione dell'accordo.
- 346 Tale impegno contrattuale risulta dalla volontà delle parti di ripartire tra loro, secondo la propria discrezione, il rischio che l'operazione proposta non ottenga l'approvazione preliminare della Commissione, rischio che la Corte ha ricordato essere inerente a qualsiasi procedura di controllo delle concentrazioni (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, Commissione/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punto 203).
- 347 Orbene, la Corte ha già statuito che le conseguenze dannose di impegni contrattuali liberamente assunti dal destinatario di una decisione della Commissione non possono essere la causa determinante del danno subito a causa di illegittimità di tale decisione (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, Commissione/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punto 205).
- 348 Allo stesso modo, quando una decisione che impone il pagamento di un'ammenda riconosce la facoltà di costituire una garanzia destinata a garantire tale pagamento e gli interessi moratori, in attesa dell'esito di un ricorso proposto avverso detta decisione, il danno consistente nelle spese per la costituzione della garanzia non deriva da tale decisione, bensì dalla scelta personale dell'interessato di costituire una garanzia piuttosto che di dare immediatamente esecuzione all'obbligo di rimborso. In simili circostanze, la Corte ha dichiarato che non vi è alcun nesso causale diretto tra il comportamento addebitato alla Commissione e il danno lamentato [v., in tal senso, sentenze del 28 febbraio 2013, Inalca e Cremonini/Commissione, C-460/09 P, EU:C:2013:111, punti 118 e 120; del 21 aprile 2005, Holcim (Germania)/Commissione, T-28/03, EU:T:2005:139, punto 123, e ordinanza del 12 dicembre 2007, Atlantic Container Line e a./Commissione, T-113/04, non pubblicata, EU:T:2007:377, punto 38].
- 349 Questa soluzione è applicabile quando, in circostanze simili, il presunto danno derivi non dalla fornitura ma dal mantenimento di una garanzia bancaria, danno che consegue alla scelta dell'impresa stessa di non porre fine a tale garanzia nonostante le conseguenze finanziarie che ciò comporta (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2018, Unione europea/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punto 59).
- 350 Poiché il pagamento da parte dell'UPS di un'indennità di risoluzione di EUR 200 milioni a favore della TNT deriva direttamente dall'accordo tra queste due imprese, non è dimostrato che la violazione dei diritti procedurali dell'UPS o le altre violazioni asserite da quest'ultima ne siano la causa determinante. Pertanto, occorre respingere la domanda di risarcimento di tale danno.

- 351 Per quanto riguarda, infine, il danno derivante dal lucro cessante subito a causa dell'impossibilità di attuare l'operazione progettata, a seguito dei quesiti scritti e orali del Tribunale, l'UPS precisa che detto danno corrisponde al valore netto delle sinergie che sperava di realizzare mediante l'operazione di cui trattasi o, quantomeno, alla perdita dell'opportunità di realizzare siffatte sinergie.
- 352 La Commissione contesta la ricevibilità dell'argomento relativo alla perdita di opportunità e sostiene che il ricorso non era fondato su una simile affermazione, bensì sulla certezza di essere stati privati dei profitti che dovevano risultare dalle sinergie attese.
- 353 Come risulta dall'atto introduttivo del ricorso, la ricorrente fa valere che, in assenza di una o più delle violazioni asserite, essa avrebbe acquisito la TNT e avrebbe realizzato i vantaggi derivanti dall'operazione. Essa invoca, quindi, un danno corrispondente ad un importo di 1 638 milioni di euro «che riflette il valore netto al netto delle imposte delle sinergie di costi perse a causa del divieto dell'operazione». La domanda di risarcimento della ricorrente è quindi fondata sulla convinzione che le illegittimità da cui è viziata la decisione impugnata le abbiano impedito di acquistare la TNT nell'ambito dell'operazione di concentrazione di cui trattasi. Una siffatta domanda deve essere interpretata come avente ad oggetto non il risarcimento di una perdita di opportunità di concludere detta transazione, bensì il risarcimento della perdita certa di sinergie di costi. Ciò non è rimesso in discussione dal fatto che, in risposta a quesiti del Tribunale, la ricorrente ha indicato che la domanda di risarcimento comprendeva, in un certo senso, una perdita di opportunità. In effetti, questo nuovo capo di danno è stato presentato tardivamente ed è quindi irricevibile (v., in tal senso, sentenza del 20 settembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI*, T-461/08, EU:T:2011:494, punto 210).
- 354 Per quanto riguarda il danno materiale relativo al lucro cessante di cui l'UPS chiede di essere risarcita, la questione determinante è se la violazione dei diritti procedurali dell'UPS costituisca la causa di tale danno.
- 355 Orbene, non si può presumere che, in assenza della violazione dei diritti procedurali dell'UPS, l'operazione di concentrazione sarebbe stata dichiarata compatibile. Infatti, l'analisi del nesso di causalità non può partire dall'errato presupposto secondo cui, in assenza dell'atto illegittimo, l'istituzione si sarebbe astenuta dall'agire o avrebbe adottato un atto di senso contrario, ciò che pure potrebbe costituire da parte sua un comportamento illegittimo, ma deve procedere ad un confronto tra la situazione generata, per il terzo interessato, dall'azione illecita e la situazione che si sarebbe creata per quest'ultimo a seguito di un comportamento dell'istituzione rispettoso della norma di diritto (sentenza dell'11 luglio 2007, *Schneider Electric/Commissione*, T-351/03, EU:T:2007:212, punto 264).
- 356 Pertanto, il fatto che la mancata comunicazione del modello econometrico abbia comportato l'annullamento della decisione controversa non significa che, in assenza di tale irregolarità, la Commissione sarebbe stata tenuta a dichiarare l'operazione tra l'UPS e la TNT compatibile con il mercato interno.
- 357 In presenza di una violazione dei diritti della difesa che vizia una decisione che dichiara una fusione tra imprese incompatibile con il mercato interno, non si può ritenere che, in assenza di tale violazione, l'operazione notificata sarebbe stata dichiarata compatibile in modo esplicito o implicito, bensì si devono apprezzare gli effetti che il vizio identificato può aver avuto sul senso della decisione. Pertanto, per decidere se esista o meno un sufficiente nesso di causalità tra la

violazione identificata e il danno lamentato, occorre valutare l'impatto delle violazioni dei diritti della difesa sul seguito del procedimento di controllo dell'operazione (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2007, *Schneider Electric/Commissione*, T-351/03, EU:T:2007:212, punti 266 e 268).

- 358 Nel caso di specie, sebbene gli errori di concezione denunciati riguardo al modello econometrico adottato possano aver contribuito ad indebolirne il valore probatorio, la ricorrente non ha né dimostrato né fornito gli elementi che consentirebbero al Tribunale di concludere, con la necessaria certezza, che tali errori fossero sufficienti a invalidare l'intera analisi economica dell'operazione tra l'UPS e la TNT e la constatazione di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Inoltre, come risulta dai precedenti punti da 216 a 226, la decisione della Commissione di non autorizzare la concentrazione progettata è fondata sull'analisi economica di più elementi, e non solo su quella effettuata a partire dal modello econometrico utilizzato. Non si può quindi concludere che la suddetta violazione dei diritti della difesa abbia avuto un impatto decisivo sull'esito della procedura di controllo dell'operazione progettata.
- 359 Oltre alle considerazioni che precedono, occorre ricordare che una decisione di incompatibilità resta in ogni caso soggetta al controllo del giudice dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, *Commissione/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punto 203).
- 360 L'articolo 10, paragrafo 5, del regolamento n. 139/2004 prevede, in caso di annullamento giudiziario di una decisione della Commissione, che quest'ultima riesamini l'operazione di concentrazione al fine di adottare una decisione a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, dello stesso regolamento. Tale meccanismo garantisce così all'impresa che ha notificato una concentrazione di ottenere, in esecuzione della decisione giurisdizionale, una nuova valutazione della concentrazione notificata, in quanto tale operazione non può, in ogni caso, essere attuata senza il previo controllo della Commissione.
- 361 Se l'impresa che ha notificato una concentrazione rinuncia alla concentrazione senza attendere una nuova decisione della Commissione al termine della procedura di riassunzione, simile rinuncia è la causa diretta dell'abbandono dell'operazione e delle conseguenze materiali che ne possono derivare. Tale era la situazione all'origine della sentenza del 16 luglio 2009, *Commissione/Schneider Electric* (C-440/07 P, EU:C:2009:459). Nella causa menzionata, l'impresa che aveva notificato una concentrazione, dopo aver ottenuto l'annullamento da parte del Tribunale della decisione d'incompatibilità, ha preferito abbandonare la concentrazione progettata prima che la procedura di ripresa fosse portata a termine. È stato quindi dichiarato che la causa diretta del danno lamentato attinente alla minusvalenza derivante da cessione subita dopo l'annullamento di una decisione negativa e di una decisione di separazione era la decisione dell'impresa che aveva notificato una concentrazione di lasciare che la cessione in questione divenisse effettiva per timore di non ottenere, nell'ambito della riassunzione del procedimento, una decisione che constatasse la compatibilità dell'operazione di concentrazione (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, *Commissione/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punti da 202 a 205).
- 362 Nel caso di specie, in forza dell'articolo 10, paragrafo 5, del regolamento n. 139/2004, la Commissione, dopo l'annullamento della decisione controversa, avrebbe dovuto riprendere il procedimento di controllo dell'operazione tra l'UPS e la TNT e, in esecuzione della sentenza del 7 marzo 2017, *United Parcel Service/Commissione* (T-194/13, EU:T:2017:144), comunicare all'UPS il modello econometrico che intendeva utilizzare per quantificare l'effetto prevedibile della concentrazione sui prezzi. Inoltre, era necessario che la Commissione fosse ancora competente a controllare l'operazione notificata. Infatti, in assenza di un'operazione di

concentrazione, essa non è competente ad adottare una decisione ai sensi del regolamento n. 139/2004 (v., in tal senso, sentenza del 28 settembre 2004, MCI/Commissione, T-310/00, EU:T:2004:275, punto 96).

- 363 Orbene, l'accordo di fusione imponeva all'UPS non solo di annunciare una decisione negativa della Commissione che ostasse alla realizzazione della condizione sospensiva cui era soggetta l'offerta di acquisto, ma, inoltre, tale accordo (clausola contenuta al punto 2.10.b dell'accordo) prevedeva, in un caso del genere, che l'UPS potesse, in base alla sua sola discrezione e fatto salvo l'accordo dell'autorità olandese dei mercati finanziari, estendere la propria offerta iniziale per uno o più periodi di durata che le parti ritenevano ragionevolmente necessaria affinché la Commissione sospendesse la sua dichiarazione. L'accordo di fusione conferiva quindi all'UPS la facoltà di prorogare la sua offerta sulla TNT nell'eventualità di una dichiarazione di incompatibilità, e ciò alla sua sola discrezione.
- 364 L'UPS rendeva noto, con comunicato stampa del 14 gennaio 2013, di essere stata informata dalla Commissione dell'intenzione di quest'ultima di vietare l'operazione progettata. Nel suo comunicato stampa, l'UPS riportava le affermazioni del suo principale dirigente, che indicava inequivocabilmente che essa aveva preso la decisione di abbandonare l'operazione progettata. Dopo l'adozione della decisione controversa, con un secondo comunicato stampa del 30 gennaio 2013 l'UPS annunciava, da un lato, il ritiro della sua offerta relativa alla TNT e, dall'altro, che le due imprese avevano deciso di porre fine al loro accordo di fusione.
- 365 In simili circostanze, si deve constatare che l'UPS ha rinunciato ad acquisire la TNT sin dal 14 gennaio 2013, ossia più di due anni prima che la FedEx avesse annunciato la sua offerta di acquisto sulla TNT. I fatti dimostrano altresì che l'UPS non è mai tornata su tale rinuncia. L'UPS non ha depositato una nuova offerta sulla TNT dopo la decisione controversa, né ha reagito a quella della FedEx lanciando un'offerta concorrente. Pertanto, anche supponendo che l'irregolarità commessa dalla Commissione nell'adozione della decisione controversa possa aver causato un mancato guadagno all'UPS, il fatto che l'impresa in questione abbia rinunciato all'operazione progettata non appena è stata annunciata la decisione controversa ha avuto l'effetto di interrompere qualsiasi nesso di causalità diretto tra tale irregolarità e il danno asserito.
- 366 L'UPS sostiene però che, quando il Tribunale ha annullato la decisione controversa, era troppo tardi per lanciare una nuova offerta, dato che la FedEx aveva nel frattempo acquisito la TNT. Essa ritiene che il procedimento giurisdizionale non sia adatto all'esame delle decisioni in materia di controllo di concentrazione.
- 367 Tuttavia, la circostanza che l'annullamento della decisione controversa sia intervenuto successivamente all'acquisizione della TNT da parte della FedEx non ha alcuna incidenza sull'asserito nesso di causalità tra l'illegittimità procedurale constatata e il danno lamentato. Oltre al fatto che l'UPS ha abbandonato il suo progetto di acquisizione della TNT più di due anni prima che la FedEx avesse annunciato la sua offerta per la TNT e non abbia mai presentato un'offerta concorrente, occorre sottolineare che, tenuto conto del carattere autonomo dell'azione risarcitoria, l'UPS non era affatto tenuta a proporre previamente un ricorso di annullamento.
- 368 Peraltro, nel corso dell'udienza, l'UPS ha sostenuto di essersi trovata nell'impossibilità di proseguire l'operazione di concentrazione con la TNT dopo il rifiuto della Commissione, a causa della normativa olandese in materia di offerte pubbliche di acquisto. Tuttavia, occorre rilevare che l'argomentazione dell'UPS su tale punto non è suffragata, in quanto l'UPS non ha fornito alcun

testo di legge nazionale a sostegno di quest'ultima, e non consente, pertanto, di concludere nel senso di una costrizione, indipendente dalla sua volontà, ad abbandonare l'operazione di concentrazione con la TNT.

- 369 Quanto alle censure formulate dall'UPS nei confronti del sistema giurisdizionale dell'Unione in generale e dell'effettività dei mezzi di ricorso in materia di controllo delle concentrazioni in particolare, esse non sono supportate da alcuna argomentazione giuridica. Nella misura in cui queste critiche possono essere intese come una contestazione della legalità del sistema di ricorsi organizzato dal TFUE per il fatto che non fornirebbe una protezione giudiziaria effettiva ai sensi dell'articolo 47 della Carta, è sufficiente ricordare che la circostanza che la ricorrente non sia in grado di dimostrare l'esistenza di un comportamento illegittimo da parte delle istituzioni comunitarie, o del danno lamentato, o ancora del nesso causale tra siffatto comportamento e siffatto danno subito, non significa che le sia stata negata la tutela giurisdizionale effettiva (v., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2006, Reynolds Tobacco e a./Commissione, C-131/03 P, EU:C:2006:541, punto 84).
- 370 Inoltre, spetta solo agli Stati membri riformare il sistema dei rimedi stabiliti dal Trattato, poiché un tale potere eccede le competenze conferite dal Trattato ai giudici dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, C-50/00 P, EU:C:2002:462, punti 44 e 45, e ordinanza del 24 novembre 2016, Petraitis/Commissione, C-137/16 P, non pubblicata, EU:C:2016:904, punto 24).
- 371 Dagli elementi suindicati risulta che non è dimostrato che la violazione dei diritti procedurali dell'UPS o le altre violazioni asserite da quest'ultima siano la causa determinante del suo presunto lucro cessante. Pertanto, occorre respingere la domanda di risarcimento di tale danno.
- 372 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere integralmente respinto.

IV. Sulle spese

- 373 Ai sensi dell'articolo 134, paragrafo 1, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 2, del medesimo regolamento, il Tribunale può condannare una parte, anche vittoriosa, parzialmente o totalmente alle spese, se ciò appare giustificato a causa del suo comportamento, compreso quello tenuto prima dell'avvio del giudizio, in particolare se essa ha causato all'altra parte spese che il Tribunale riconosce come superflue o defatigatorie.
- 374 Secondo la giurisprudenza, è necessario applicare tale disposizione qualora un'istituzione o un organismo dell'Unione abbia favorito, con il suo comportamento, il sorgere della controversia [sentenze dell'8 luglio 2015, European Dynamics Luxembourg e a./Commissione, T-536/11, EU:T:2015:476, punto 391 (non pubblicata), e del 23 aprile 2018, CRM contro Commissione, T-43/15, non pubblicata, EU:T:2018:208, punto 105]. Nel caso di specie, omettendo di comunicare la versione definitiva del modello econometrico adottato a sostegno della decisione controversa, la Commissione ha posto l'UPS in una situazione che non le consentiva di comprendere la metodologia su cui essa si è basata per quantificare i prevedibili effetti della concentrazione prevista sul livello dei prezzi. Dopo aver ottenuto l'annullamento della decisione controversa, l'UPS ha proposto il presente ricorso al fine di ottenere il risarcimento del preteso danno subito. L'UPS, benché rimasta soccombente, è tuttavia riuscita a dimostrare che la Commissione ha commesso una violazione sufficientemente qualificata dei suoi diritti

procedurali. In tali circostanze, occorre, in applicazione dell'articolo 135, paragrafo 2, del regolamento di procedura, condannare la Commissione a sopportare le proprie spese nonché un terzo delle spese sostenute dall'UPS e condannare l'UPS a sopportare i due terzi delle proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Settima Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.**
- 2) La Commissione europea è condannata a sopportare le proprie spese nonché un terzo delle spese sostenute dalla United Parcel Service, Inc.**
- 3) La United Parcel Service è condannata a sopportare due terzi delle proprie spese.**

Papasavvas

da Silva Passos

Reine

Truchot

Sampol Pucurull

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 23 febbraio 2022.

Firme

Indice

I. Fatti	2
II. Procedimento e conclusioni delle parti	3
III. In diritto	4
A. Sulla ricevibilità di taluni motivi, argomenti ed elementi di prova	4
1. Sul carattere confuso dell'argomentazione dell'UPS	4
2. Sulla violazione dell'articolo 76, lettera d), del regolamento di procedura	5
a) Sulla ricevibilità dell'argomentazione dell'UPS relativa alla violazione dei diritti procedurali	6
b) Sulla ricevibilità dell'argomentazione dell'UPS vertente sull'errore di valutazione degli effetti della concentrazione sui prezzi	7
1) Sui punti da 34 a 37 del ricorso	7
2) Sul rinvio all'allegato A.12 del ricorso	7
3) Sul rinvio agli allegati A.8 e A.9 del ricorso nonché agli allegati C.1 e C.2 della replica	8
4) Sul punto 84 del ricorso	9
c) Sulla ricevibilità dell'argomentazione dell'UPS vertente sull'errore di valutazione dei miglioramenti di efficienza	9
1) Sul punto 46 del ricorso	9
2) Sul rinvio all'allegato C.6 della replica	10
3) Sul rinvio agli allegati C.7 e C.37 della replica	11
3. Sulla violazione dell'articolo 85 del regolamento di procedura	11
a) Sulla ricevibilità degli allegati C.6, C.7 e C.37 della replica	12
b) Sulla ricevibilità delle perizie dell'esperto in econometria prodotte dalla Commissione	12
B. Nel merito	14
1. Sui presupposti della responsabilità extracontrattuale dell'Unione	14
2. Sui presunti illeciti	15
a) Sulla violazione dei diritti procedurali dell'UPS	15

1) Sulla mancata comunicazione del modello econometrico adottato	16
2) Sulla mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza	21
3) Sulla mancata comunicazione di taluni documenti riservati della FedEx	24
i) Sull'accesso ai 484 documenti riservati interni della FedEx versati agli atti il 10 agosto 2012	27
ii) Sull'accesso ai documenti trasmessi dalla FedEx il 9 e il 15 novembre 2012	29
b) Sulla violazione dell'obbligo di motivazione	31
c) Sugli errori di valutazione dell'operazione progettata	32
1) Sull'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi.	32
i) Sulla mancata considerazione di taluni dati della FedEx.	32
ii) Sugli errori di concezione del modello econometrico della Commissione	33
2) Sugli incrementi di efficienza	39
i) Osservazioni preliminari.	39
ii) Sulla valutazione degli incrementi di efficienza adottati dall'UPS	39
– Sulla rete aerea e l'assistenza a terra in Europa (quarto anno)	40
– Sui costi amministrativi	41
– Sul trasporto aereo transatlantico	42
– Sul trasporto per conto terzi	43
– Sul trasporto stradale di linea in rete	43
– Sugli impianti	44
– Sulla rete PUD	45
– Sui fornitori di servizi esterni	47
3) Sulla disparità di trattamento rispetto all'operazione tra la FedEx e la TNT	48
4) Sulla situazione della FedEx	50
i) Sulla prossimità concorrenziale della FedEx e dell'UPS	50
ii) Sui piani di espansione della FedEx	52
– Sui progressi della FedEx in Europa	52

– Sulla differenza di costi tra la FedEx e le sue concorrenti	54
– Sulla crescita prevista in volume della FedEx	55
– Sui paesi non considerati dalla FedEx nella prima fase dei suoi progetti di espansione	55
– Sulle destinazioni coperte dalla FedEx	56
– Sull’analisi per paese	56
d) Sulle conclusioni relative ai presunti illeciti	56
3. Sul nesso di causalità	57
IV. Sulle spese	62