



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sétima Secção alargada)

23 de fevereiro de 2022*

«Responsabilidade extracontratual — Concorrência — Mercados dos serviços internacionais de distribuição expresso de pequenas encomendas no EEE — Concentração — Decisão que declara a concentração incompatível com o mercado interno — Anulação da decisão por um Acórdão do Tribunal Geral — Direitos de defesa — Violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que confere direitos aos particulares — Nexo de causalidade»

No processo T-834/17,

United Parcel Service, Inc., com sede em Atlanta, Geórgia (Estados Unidos), representada por A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie e F. Roscam Abbing, advogados,

demandante,

contra

Comissão Europeia, representada por N. Khan, P. Berghe, M. Farley e R. Leupold Henning, na qualidade de agentes,

demandada,

que tem por objeto, nos termos do artigo 268.º TFUE, um pedido de indemnização pelos danos sofridos pela demandante por causa da ilegalidade da Decisão C(2013) 431 da Comissão, de 30 de janeiro de 2013, que declara uma concentração incompatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE (processo COMP/M.6570 — UPS/TNT Express),

O TRIBUNAL GERAL (Sétima Secção alargada),

composto por: S. Papasavvas, presidente, R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot e M. Sampol Pucurull (relator), juízes,

secretário: E. Artemiou, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 28 de outubro de 2020,

profere o presente

* Língua do processo: inglês.

Acórdão

I. Antecedentes do litígio

- 1 No Espaço Económico Europeu (EEE), a demandante, United Parcel Service, Inc. (a seguir «UPS» ou «demandante»), e a TNT Express NV (a seguir «TNT») são duas sociedades presentes nos mercados dos serviços internacionais de distribuição expresso de pequenas encomendas.
- 2 Em 26 de junho de 2012, a Comissão Europeia publicou um aviso de notificação prévia de uma concentração (Processo COMP/M.6570 — UPS/TNT Express) (JO 2012, C 186, p. 9), nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias») (JO 2004, L 24, p. 1), conforme executado pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004 (JO 2004, L 133, p. 1).
- 3 Em 11 de janeiro de 2013, a Comissão informou a UPS de que tencionava proibir a operação de concentração projetada entre ela e a TNT.
- 4 Em 14 de janeiro de 2013, a UPS publicou essa informação através de um comunicado de imprensa.
- 5 Em 18 de janeiro de 2013, o comité consultivo previsto no artigo 19.º do Regulamento n.º 139/2004 emitiu um parecer favorável sobre o projeto de decisão da Comissão que declarava incompatível a operação de concentração entre a UPS e a TNT.
- 6 Em 30 de janeiro de 2013, a Comissão adotou a Decisão C(2013) 431 da Comissão, que declara uma concentração incompatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE (processo COMP/M.6570 — UPS/TNT Express) (a seguir «decisão controvertida»). A Comissão considerou que a operação de concentração entre a UPS e a TNT constituiria um entrave significativo a uma concorrência efetiva nos mercados dos serviços em causa em quinze Estados-Membros, a saber, na Bulgária, na República Checa, na Dinamarca, na Estónia, na Letónia, na Lituânia, na Hungria, em Malta, nos Países Baixos, na Polónia, na Roménia, na Eslovénia, na Eslováquia, na Finlândia e na Suécia.
- 7 Por comunicado de imprensa do mesmo dia, a UPS anunciou que renunciava à operação de concentração projetada.
- 8 Em 5 de abril de 2013, a UPS interpôs no Tribunal Geral um recurso de anulação da decisão controvertida, registado sob o número T-194/13, e um requerimento de tramitação acelerada, requerimento esse que foi indeferido pelo Tribunal Geral.
- 9 Em 7 de abril de 2015, a FedEx Corp. anunciou uma oferta de aquisição da TNT.
- 10 Em 4 de julho de 2015, a Comissão publicou um aviso de notificação prévia de uma concentração (processo M.7630 — FedEx/TNT Express) (JO 2015, C 220, p. 15), relativo à operação pela qual a FedEx adquiriria a TNT.

- 11 Em 8 de janeiro de 2016, a Comissão adotou uma decisão que declarava uma concentração compatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE (Processo M.7630 — FedEx/TNT Express), tendo sido publicado um resumo no Jornal Oficial da União Europeia (JO 2016, C 450, p. 12), relativo à operação entre a FedEx e a TNT.
- 12 Por Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144), o Tribunal Geral anulou a decisão controvertida.
- 13 Em 16 de maio de 2017, a Comissão interpôs recurso do Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144), ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento pelo Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

II. Tramitação do processo e pedidos das partes

- 14 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de dezembro de 2017, a UPS propôs a presente ação.
- 15 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de janeiro de 2018, a Comissão pediu ao Tribunal Geral que suspendesse a instância até decisão no recurso no processo C-265/17 P ou, a título subsidiário, que ordenasse uma medida de organização do processo com vista a que o Tribunal Geral determinasse, em primeiro lugar, se estavam preenchidos os pressupostos da responsabilidade da União Europeia nos termos do artigo 340.º TFUE, para além da existência de um dano, e, portanto, em segundo lugar, se nenhuma contribuição das partes era necessária sobre o montante do alegado dano até nova ordem.
- 16 Por Decisão de 6 de fevereiro de 2018, o presidente de secção suspendeu a instância até prolação de decisão no processo C-265/17 P. Em contrapartida, o Tribunal Geral indeferiu o pedido de medidas de organização do processo da Comissão.
- 17 Por escrito apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 25 de janeiro de 2019, a Comissão requereu novamente a adoção de uma medida de organização do processo que consistia em que o Tribunal Geral determinasse, a título preliminar, se estavam preenchidos os pressupostos da responsabilidade da União nos termos do artigo 340.º TFUE, com exclusão de qualquer questão relativa à existência de qualquer dano alegado pela UPS e, portanto, dispensasse as partes de tratar as questões relativas ao montante do alegado dano até nova ordem.
- 18 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 14 de fevereiro de 2019, a UPS opôs-se a este pedido e o Tribunal Geral indeferiu o pedido de medidas de organização do processo da Comissão.
- 19 Tendo a composição das secções do Tribunal Geral sido alterada, o presidente do Tribunal Geral, por Decisão de 17 de outubro de 2019, nos termos do artigo 27.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, redistribuiu o processo a um novo juiz-relator, afeto à Sétima Secção.
- 20 Sob proposta da Sétima Secção, o Tribunal Geral decidiu, de acordo com o artigo 28.º do Regulamento de Processo, remeter o processo a uma formação de julgamento alargada.

- 21 Sob proposta do juiz-relator, o Tribunal Geral (Sétima Secção alargada) deu início à fase oral do processo e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º do Regulamento de Processo, colocou questões escritas às partes, que responderam no prazo fixado. O Tribunal Geral colocou também uma questão escrita às partes, convidando-as a responder-lhe na audiência.
- 22 A UPS conclui pedindo que o Tribunal se digne:
- atribuir-lhe uma indemnização no montante de 1 742 milhões de euros, acrescido dos juros aplicáveis;
 - atribuir-lhe uma compensação pelo montante dos impostos que serão aplicados à indemnização, com base na taxa de imposto aplicável à data da decisão do Tribunal Geral;
 - condenar a Comissão nas despesas.
- 23 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- julgar improcedente a ação;
 - condenar a demandante nas despesas.

III. Questão de direito

A. Quanto à admissibilidade de certos fundamentos, argumentos e elementos de prova

- 24 A Comissão alega que os articulados da UPS são confusos e não estão em conformidade com o disposto no artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo nem com o disposto no artigo 85.º desse regulamento e que certos argumentos e provas apresentados em seu apoio devem, por conseguinte, ser declarados inadmissíveis.

1. Quanto ao carácter confuso da argumentação da UPS

- 25 A Comissão acusa a UPS de ter desenvolvido a sua argumentação de forma dispersa, sem respeitar a enunciação dos fundamentos da ação. A ação assenta em três fundamentos, que correspondem a cada um dos pressupostos da responsabilidade extracontratual da União. No entanto, a UPS desenvolveu vários argumentos fora do fundamento ao qual se associam pela sua substância. Assim, na petição, a UPS invocou argumentos ligados à ilegalidade nas partes dedicadas ao nexo de causalidade. Na réplica, a UPS tratou os dois conjuntos, invocando na parte dedicada ao dano argumentos relativos aos outros dois pressupostos da responsabilidade extracontratual da União. A Comissão considera que o Tribunal Geral não deve reagrupar esses argumentos, uma vez que, formalmente, não correspondem ao enunciado do fundamento no âmbito do qual são invocados.
- 26 No caso, é verdade que a UPS desenvolveu na petição uma parte da sua argumentação relativa às alegadas ilegalidades no âmbito de fundamentos relativos aos outros pressupostos da responsabilidade extracontratual da União, em especial no fundamento relativo ao nexo de causalidade. Embora essa falta de coerência possa contribuir para tornar confusa a ação, não pode implicar a sua inadmissibilidade, mesmo parcial, se os elementos essenciais de facto e de

direito em que se baseiam os pedidos forem expostos de forma sumária, clara e precisa, em conformidade com as disposições do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo, permitindo assim ao demandado salvaguardar os seus direitos e ao Tribunal Geral decidir o litígio. Para preencher estes requisitos, uma petição, como no caso vertente, de reparação de danos alegadamente causados por instituições da União deve conter tanto os elementos que permitam identificar o comportamento que o demandante imputa a essas instituições como as razões por que entende existir um nexo de causalidade entre o comportamento e o dano que alega ter sofrido (v. Acórdão do Tribunal Geral de 14 de dezembro de 2005, FIAMM e FIAMM Technologies/Conselho e Comissão, T-69/00, EU:T:2005:449, n.º 68 e jurisprudência aí referida).

- 27 Ora, apesar de a organização de certos argumentos de direito e de facto apresentados pela demandante carecer de rigor, não é menos verdade que o Tribunal Geral, tal como a Comissão, estão em condições de identificar os elementos de facto e de direito em que se baseiam os pedidos da demandante. De resto, a Comissão não invoca nenhuma norma específica em apoio da sua afirmação de que o Tribunal Geral não pode reagrupar de acordo com a sua substância argumentos apresentados formalmente de forma dispersa. De qualquer forma, essa afirmação é dificilmente conciliável com o facto de, na análise dos fundamentos da ação, o Tribunal Geral de modo nenhum estar vinculado, no seu raciocínio, a seguir a ordem pela qual esses fundamentos foram apresentados (Acórdão de 25 de março de 2010, Sviluppo Italia Basilicata/Comissão, C-414/08 P, EU:C:2010:165, n.º 57). O Tribunal Geral pode, reportando-se à substância da argumentação, proceder à sua requalificação (v., neste sentido, Acórdãos de 19 de novembro de 1998, Parlamento/Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, n.º 21, e de 28 de julho de 2011, Mediaset/Comissão, C-403/10 P, não publicado, EU:C:2011:533, n.ºs 92 e 93). Por conseguinte, pode igualmente, ao referir-se à substância da argumentação, proceder ao seu exame segundo uma ordem diferente daquela em que foi apresentada.
- 28 Nestas condições, rejeitar uma parte da argumentação da demandante pelo simples facto de a sua substância não corresponder exatamente ao título da secção do articulado em que esta argumentação é exposta seria dar provas de um formalismo excessivo, suscetível de constituir um obstáculo ao exercício do direito a um recurso jurisdicional garantido pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).
- 29 A causa de não conhecimento de mérito invocada pela Comissão relativa ao carácter confuso da ação é e deve ser julgada improcedente.

2. Quanto à violação do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo

- 30 A Comissão sustenta que os articulados da UPS não estão em conformidade com o artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo, provocando, assim, a inadmissibilidade de certos argumentos e provas.
- 31 Há que lembrar, a este respeito, que, nos termos do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, aplicável ao Tribunal Geral por força do artigo 53.º, primeiro parágrafo, do mesmo Estatuto, e do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo, a petição deve indicar o objeto do litígio e fazer uma exposição sumária dos fundamentos invocados.

- 32 A fim de garantir a segurança jurídica e uma boa administração da justiça, essa exposição sumária dos fundamentos do demandante deve ser suficientemente clara e precisa para permitir ao demandado preparar a sua defesa e ao tribunal competente conhecer da causa (Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 41).
- 33 Assim, para que uma ação no Tribunal Geral seja admissível, é designadamente necessário que os elementos essenciais de facto e de direito em que se baseia resultem, pelo menos sumariamente, mas de modo coerente e compreensível, do texto da própria petição. Embora seja verdade que o corpo da petição pode ser alicerçado e completado em pontos específicos, por remissões para determinadas passagens de documentos a ela anexos, uma remissão global para outros escritos, mesmo anexos à petição, não pode suprir a falta dos elementos essenciais da argumentação jurídica que, por força das disposições acima recordadas, devem figurar na petição (Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 40).
- 34 Não compete ao Tribunal Geral procurar e identificar nos anexos os fundamentos que poderia considerar constituírem o fundamento da ação, uma vez que os anexos têm função puramente probatória e instrumental (Acórdãos de 17 de setembro de 2007, Microsoft/Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, n.º 94, e de 9 de março de 2015, Deutsche Börse/Comissão, T-175/12, não publicado, EU:T:2015:148, n.º 354). São impostos requisitos análogos quando um argumento é invocado em apoio de um fundamento invocado no Tribunal Geral (Acórdãos de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 41, e de 16 de setembro de 2020, BP/FRA, C-669/19 P, não publicado, EU:C:2020:713, n.º 54).

a) Quanto à admissibilidade da argumentação da UPS relativa à violação dos direitos processuais

- 35 A Comissão sustenta que é inadmissível a argumentação pela qual a UPS alega que os seus direitos processuais foram violados pelo facto de os critérios de avaliação dos ganhos de eficiência não lhe terem sido comunicados antes da adoção da decisão controvertida. Afirma que a UPS se limitou, no artigo 42.º da petição, a fazer críticas gerais e abstratas à decisão controvertida e a certos atos anteriores a esta. Não tendo identificado com precisão os excertos controvertidos, essa argumentação não obedece aos requisitos do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo.
- 36 Contudo, não se pode deixar de observar que resulta da leitura do artigo 42.º da petição que a UPS critica a Comissão, em substância, por não ter analisado seriamente o carácter verificável dos alegados ganhos de eficiência nem enunciado antecipadamente os critérios de avaliação desses ganhos. A UPS denuncia, assim, uma omissão na análise da Comissão e falta de informações sobre o objeto e o nível de prova exigidos. Por conseguinte, a UPS não pode ser acusada de não ter identificado com precisão na petição, entre os atos adotados pela Comissão, elementos cuja inexistência a UPS denuncia.
- 37 Por outro lado, há que observar que esse artigo 42.º da petição se refere a certas passagens da comunicação de objeções e da decisão controvertida. Assim, a UPS designou com precisão os elementos que considera pertinentes, para os comparar entre si e demonstrar que foi só na fase da decisão controvertida que a Comissão revelou a sua análise dos ganhos de eficiência.
- 38 Daí resulta que as causas de inadmissibilidade arguidas pela Comissão são e devem, por conseguinte, ser julgadas improcedentes.

b) Quanto à admissibilidade da argumentação da UPS relativa ao erro de apreciação dos efeitos da concentração sobre os preços

1) Quanto aos artigos 34.º a 37.º da petição

- 39 A Comissão sustenta que a argumentação da UPS relativa à análise dos efeitos da concentração sobre os preços, exposta nos artigos 34.º a 37.º da petição, é de tal forma lacónica que não responde às exigências do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo. Entende que a petição não enuncia as razões pelas quais a UPS considera que o modelo econométrico utilizado pela Comissão estava viciado.
- 40 Refira-se, porém, que, nos artigos 34.º a 37.º da petição, a UPS alega que a análise da concentração sobre os preços enferma de graves erros. Resulta claramente da leitura desses artigos e da petição no seu conjunto que a UPS afirma que a Comissão se afastou sensivelmente da prática econométrica usual ao utilizar, na fase da estimativa, um tipo de variável de concentração distinto do utilizado na fase da previsão e invoca, a título de prova, os relatórios dos dois peritos (anexos A.8 e A.9 da petição). Embora os artigos 34.º a 37.º da petição sejam redigidos de forma concisa, resumem, em termos claros e precisos, a substância das críticas de ordem técnica formuladas contra as escolhas metodológicas feitas pela Comissão. Essa exposição sumária é sustentada pela remissão para os relatórios desses peritos (anexos A.8 e A.9 da petição), que contêm explicações aprofundadas dos alegados erros técnicos.
- 41 Decorre destes elementos que os artigos 34.º a 37.º da petição preenchem os requisitos do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo. Por conseguinte, há que julgar improcedente a causa de não conhecimento de mérito arguida pela Comissão.

2) Quanto à remissão para o anexo A.12 da petição

- 42 A Comissão alega que a UPS, no artigo 34.º da petição, se referiu ao anexo A.12 da referida petição, que consiste num escrito apresentado no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144), sem identificar as passagens que pretendia especificamente invocar. Entende, por conseguinte, que essa violação do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo implica a inadmissibilidade desse documento.
- 43 Todavia, referindo-se, no artigo 34.º da petição, a um documento (anexo A.12 da petição) apresentado no âmbito do processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144), a UPS não tentou sanar qualquer deficiência da exposição que figurasse nos artigos 34.º a 37.º da petição através de uma remissão global para a leitura desse documento. Pelo contrário, a UPS sublinhou que as suas críticas ao modelo econométrico adotado já tinham sido avançadas no âmbito do referido processo. Com efeito, esse anexo A.12 é constituído pelas observações da UPS, de 8 de junho de 2016, sobre as respostas da Comissão de 26 de abril de 2016 às questões do Tribunal Geral nesse processo. Com efeito, no âmbito dessas observações, a UPS tinha denunciado a utilização na fase da predição de um modelo distinto do utilizado na fase da estimativa. A UPS alegava que a Comissão tinha, assim, agido de forma não convencional e arbitrária. Essa argumentação, que, como resulta dos documentos apresentados no presente processo, tinha sido igualmente desenvolvida pela UPS no âmbito do processo de recurso de segunda instância no processo que deu origem ao Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), é, no essencial, idêntica à exposta nos artigos 34.º a 37.º da petição.

44 Resulta destes elementos contextuais que a UPS reiterou assim as alegações suscitadas no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144), a respeito da validade do modelo econométrico utilizado em apoio da decisão controvertida e que esses elementos contêm uma exposição suficientemente clara e precisa da argumentação. Por conseguinte, a Comissão não pode alegar que não estava em condições de compreender o seu teor ou de preparar a sua defesa. A causa de não conhecimento de mérito arguida pela Comissão deve ser julgada improcedente.

3) *Quanto à remissão para os anexos A.8 e A.9 da petição e para os anexos C.1 e C.2 da réplica*

45 A Comissão sustenta que a UPS se limitou a remeter genericamente para a leitura de certos anexos em vez de desenvolver a sua argumentação de forma clara e precisa nos seus articulados. Em resposta às questões escritas do Tribunal Geral, a Comissão alega, em primeiro lugar, ter impugnado, no artigo 22.º da contestação, a admissibilidade dos anexos A.8 e A.9 da petição. As razões pelas quais a UPS considera ser errado o modelo econométrico adotado devem figurar na própria petição, em conformidade com o artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo. Ora, as explicações fornecidas no artigo 36.º da petição são insuficientes a este respeito. A Comissão considera que uma remissão geral para os anexos A.8 e A.9 da petição não pode colmatar essa lacuna, deixando-lhe o ónus de adivinhar os argumentos que a UPS pretende apresentar. A Comissão indica ter sublinhado este ponto na tréplica. Em segundo lugar, a Comissão alega que a UPS não podia, na fase da réplica, sanar essas deficiências identificando com mais precisão as passagens pertinentes dos anexos A.8 e A.9 da petição e dos anexos C.1 e C.2 da réplica.

46 Contudo, há que observar que, nos artigos 24.º a 29.º da contestação, a Comissão refutou o conteúdo desses relatórios de peritos de forma circunstanciada. Isto demonstra que a Comissão estava em condições de assegurar a defesa dos seus interesses e que, aliás, não considerou necessário, na fase da contestação, apresentar por sua vez um ou mais relatórios de peritagem a fim de contradizer os da UPS e esclarecer assim o Tribunal Geral sobre os aspetos técnicos do modelo econométrico adotado.

47 A Comissão, nos artigos 25.º a 41.º da tréplica, respondeu extensivamente aos argumentos da UPS enunciados nos artigos 45.º a 49.º da réplica e sustentados pelos dois relatórios desses peritos (anexos A.8 e A.9 da petição) e pelos seus pareceres complementares (anexos C.1 e C.2 da réplica). Quanto à alegação da Comissão de que a remissão para os anexos C.1 e C.2 da réplica é insuficientemente precisa, é diretamente desmentida pelo facto de a Comissão ter identificado, na nota de pé de página n.º 32 da tréplica, as passagens desses anexos especificamente invocadas pela UPS na réplica. Para refutar as alegações relativas à validade do seu modelo, a Comissão apresentou, em anexo à tréplica, dois relatórios de um perito (anexos D.5 e D.6 da tréplica), cuja admissibilidade é adiante examinada à luz do artigo 85.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.

48 Nestas condições, a Comissão não pode alegar que não pôde preparar a sua defesa. Foi, portanto, sem violar o artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo que a UPS se referiu, nos seus articulados, aos anexos A.8 e A.9 da petição e aos anexos C.1 e C.2 da réplica para sustentar os aspetos técnicos das suas críticas dirigidas ao modelo econométrico utilizado pela Comissão. Por não ter fundamento, deve a causa de não conhecimento de mérito arguida pela Comissão quanto a este ponto ser julgada improcedente.

4) Quanto ao artigo 84.º da petição

- 49 A Comissão sustenta que a argumentação pela qual a UPS, no artigo 84.º da petição, critica a utilização dos dados de cobertura dos mercados da FedEx de 2012 em vez dos dados relativos ao ano de 2015 é inadmissível à luz do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo. Afirma que essa argumentação não figura na petição, mas sim nos articulados apresentados no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), sem indicar com precisão as passagens desses articulados em que a UPS tenta apoiar-se.
- 50 Todavia, não se pode deixar de observar que, no artigo 84.º da petição, a UPS acusou de forma clara e precisa a Comissão de, no âmbito da sua análise dos efeitos da concentração sobre os preços, ter utilizado dados relativos à situação da FedEx em 2012, mesmo apesar de estar na posse das projeções da FedEx relativas ao ano de 2015.
- 51 Nestas condições, não se pode considerar que a UPS tentou suprir uma imprecisão da petição através de uma remissão global para os articulados apresentados no âmbito do processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144). Não só a argumentação da UPS estava enunciada de forma inteligível como era igualmente conhecida da Comissão desde o processo no referido processo. Refira-se, aliás, que a própria Comissão remeteu para a leitura dos seus articulados nesse processo, em resposta aos argumentos da UPS. A Comissão não pode, portanto, afirmar que não estava em condições de preparar a sua defesa. Tendo em conta a identidade das partes e o fundamento jurídico, ou seja, as ilegalidades imputadas à Comissão existentes entre o recurso de anulação e a presente ação de indemnização, há que aceitar a admissibilidade das remissões feitas pelos próprios desenvolvimentos da petição, por sua vez, admissíveis, para a exposição dos fundamentos desenvolvidos em apoio do recurso de anulação e juntos em anexo à petição no presente processo (v., por analogia, Acórdão de 11 de julho de 2007, *Schneider Electric/Comissão*, T-351/03, EU:T:2007:212, n.º 96) A causa de não conhecimento de mérito arguida pela Comissão deve, portanto, ser julgada improcedente.

c) Quanto à admissibilidade da argumentação da UPS relativa ao erro de apreciação dos ganhos de eficiência

1) Quanto ao artigo 46.º da petição

- 52 A Comissão sustenta que, por ser contrária ao artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo, é inadmissível a argumentação pela qual a UPS, no artigo 46.º da petição, afirma, em primeiro lugar, que as provas apresentadas no procedimento administrativo excluía uma decisão de incompatibilidade; em segundo lugar, que a Comissão aceitou as sinergias no seu princípio e, em terceiro lugar, que, se a Comissão tivesse aplicado aos ganhos de eficiência a abordagem seguida posteriormente no controlo da concentração entre a FedEx e a TNT, deveria ter aceitado uma proporção muito maior das sinergias alegadas. A Comissão considera que estas alegações não têm suporte suficiente e sublinha que já as refutou no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144).

- 53 Refira-se, porém, que essas críticas da Comissão incidem mais sobre a questão de saber se as alegações da UPS, no artigo 46.º da petição e relativas à análise dos ganhos de eficiência, estão suficientemente sustentadas para convencer o Tribunal Geral do que sobre a questão de saber se a petição contém a exposição sumária dos fundamentos exigidos pelo artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo.
- 54 Em todo o caso, não se pode deixar de observar que o artigo 46.º da petição está redigido em termos suficientemente claros e precisos para permitir à parte demandada preparar a sua defesa e ao Tribunal decidir a causa. Assim, a Comissão respondeu de forma exaustiva à argumentação da UPS nos artigos 55.º a 97.º da contestação. A argumentação da Comissão é, portanto, desprovida de fundamento.

2) Quanto à remissão para o anexo C.6 da réplica

- 55 A Comissão alega que, no artigo 82.º da réplica, a UPS remete para excertos do formulário de notificação da concentração juntos ao anexo C.6 da réplica, sem identificar com precisão as passagens pertinentes desse anexo que invoca. Entende que essa remissão é contrária ao artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo.
- 56 Todavia, há que observar que, nos artigos 41.º a 46.º da petição, a UPS expôs, é certo que de forma sumária, mas clara e precisa, a argumentação pela qual acusa a Comissão de não ter divulgado no procedimento administrativo os critérios que pretendia aplicar para avaliar os ganhos de eficiência alegados. Em especial, no artigo 44.º da petição, a UPS alegou, por um lado, que a Comissão, antes de adotar a sua decisão, era obrigada a expor as suas objeções quanto ao caráter verificável dos ganhos de eficiência alegados e a dar às partes que notificaram uma concentração uma possibilidade real de apresentarem as suas observações a esse respeito. A UPS, por outro lado, alegou que o processo demonstrava que ela tinha fornecido provas tangíveis quanto aos ganhos de eficiência logo na notificação por meio do formulário CO. Além disso, no artigo 82 da réplica, a UPS referiu-se expressamente à secção pertinente do formulário CO e, em particular, ao seu ponto 96.
- 57 Esta enunciação das alegações da UPS responde aos requisitos de clareza e de precisão previstos no artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo. Nestas condições, a Comissão não pode razoavelmente alegar que não teve condições para preparar a sua defesa, sem prejuízo da questão de saber se a apresentação do anexo C.6 da réplica na fase da sua apresentação era extemporânea e, conseqüentemente, inadmissível, que será adiante examinada à luz do artigo 85.º do Regulamento de Processo.
- 58 Daí resulta que a causa de não conhecimento de mérito arguida pela Comissão deve ser julgada improcedente.

3) Quanto à remissão para os anexos C.7 e C.37 da réplica

- 59 A Comissão alega que a UPS, em violação do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo, se referiu, de um modo geral, à sua declaração de 4 de julho de 2019 relativa às sinergias (anexo C.7 da réplica), nos artigos 90.º, 92.º e 107.º da réplica, sem precisar as passagens pertinentes que invocava. Apresenta a mesma argumentação contra a remissão feita nos artigos 106.º e 108.º a

110.º da réplica, alegadamente de forma insuficientemente precisa, para o segundo relatório de peritagem emitido pela FTI Consulting para avaliar três relatórios de peritos apresentados pela Comissão em anexo à sua contestação (a seguir «segundo relatório FTI») (anexo C.37 da réplica).

- 60 Contudo, não se pode deixar de observar que os artigos 90.º a 98.º da réplica contêm uma exposição detalhada e circunstanciada dos argumentos através dos quais a UPS refuta o primeiro relatório de peritagem emitido pela Oxera a fim de avaliar as sinergias que a UPS esperava retirar da aquisição da TNT (a seguir «primeiro relatório Oxera») (anexo B.7 da contestação) junto pela Comissão na fase da contestação. Esta argumentação da UPS é sustentada e completada nas suas diversas dimensões técnicas pelo anexo C.7 da réplica em que estão expostos os métodos utilizados pela UPS para avaliar os ganhos de eficiência. Contrariamente ao que alega a Comissão, a UPS não desrespeitou a sua obrigação de expor a sua argumentação, de forma sumária mas clara e precisa, efetuando uma remissão global e imprecisa para o anexo C.7 da réplica ou desviando esse documento da sua função puramente probatória e instrumental. Por conseguinte, a Comissão não pode alegar que a UPS violou as disposições do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo.
- 61 Quanto à remissão para o segundo relatório FTI (anexo C.37 da réplica), há que observar igualmente que os artigos 108.º a 110.º da réplica contêm uma exposição sumária, clara e precisa da argumentação através da qual a UPS refuta os dois relatórios de peritos apresentados pela Comissão (primeiro relatório Oxera, no anexo B.7 da contestação, e primeiro relatório Schoutens, no anexo B.39 desse articulado). Por motivos análogos aos que acabam de ser expostos a respeito da remissão para o anexo C.7 da réplica, improcede a alegação da Comissão relativa a uma violação do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo.
- 62 Tendo em conta todas estas considerações, há que julgar improcedentes as alegações da Comissão relativas à violação do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo.

3. Quanto à violação do artigo 85.º do Regulamento de Processo

- 63 A Comissão alega a inadmissibilidade de várias provas apresentadas extemporaneamente pela UPS, o que esta contesta ao objetar, por sua vez, que determinadas provas juntas extemporaneamente pela Comissão são inadmissíveis.
- 64 A fim de decidir sobre estas alegações, há que lembrar que, em conformidade com o artigo 76.º, alínea f), do Regulamento de Processo, a petição deve conter as provas e oferecimentos de prova, se for caso disso. Segundo o artigo 81.º, n.º 1, desse regulamento, a contestação deve conter os fundamentos e argumentos invocados, bem como as provas e oferecimentos de prova, se for caso disso.
- 65 O artigo 85.º, n.º 1, do Regulamento de Processo dispõe que as provas e oferecimentos de prova devem ser apresentados no âmbito da primeira troca de articulados. O artigo 85.º, n.º 2, desse mesmo regulamento acrescenta que, em apoio da sua argumentação, as partes podem ainda apresentar ou oferecer provas na réplica e na tréplica, desde que o atraso na apresentação desses elementos seja justificado.
- 66 Embora, em conformidade com a regra de preclusão prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, as partes devam justificar o atraso na apresentação das suas provas ou oferecimentos de prova novos, o juiz da União tem o poder de fiscalizar o mérito do motivo do atraso na apresentação dessas provas ou desses oferecimentos de prova e, consoante o caso, o conteúdo

destas últimas e tem igualmente o poder de não as admitir se essa apresentação tardia não for suficientemente justificada ou fundamentada. A apresentação tardia, por uma parte, de provas ou de oferecimentos de prova pode, nomeadamente, ser justificada pelo facto de essa parte não poder dispor anteriormente das provas em questão ou se apresentações extemporâneas da parte contrária justificarem que o processo seja completado, de modo a que seja assegurado o respeito do princípio do contraditório (Acórdão de 16 de setembro de 2020, BP/FRA, C-669/19 P, não publicado, EU:C:2020:713, n.º 41).

a) Quanto à admissibilidade dos anexos C.6, C.7 e C.37 da réplica

- 67 A Comissão alega que a UPS apresentou os anexos C.6, C.7 e C.37 da réplica com o único objetivo de colmatar as lacunas da petição. Entende que essa apresentação tardia e injustificada deve levar à inadmissibilidade desses anexos nos termos do artigo 85.º do Regulamento de Processo.
- 68 Todavia, como foi anteriormente observado, resulta do artigo 82.º da réplica que o anexo C.6 da réplica é apresentado a fim de refutar a argumentação da Comissão no artigo 47.º da contestação, segundo a qual a UPS não abordou a questão dos ganhos de eficiência no formulário CO. O anexo C.7 da réplica visa refutar o primeiro relatório Oxera (anexo B.7 da contestação) junto pela Comissão. O segundo relatório FTI (anexo C.37 da réplica) visa desmentir dois outros relatórios de peritos apresentados pela Comissão (primeiro relatório Oxera, anexo B.7 da contestação, e primeiro relatório Schoutens, anexo B.39 do referido articulado).
- 69 Ora, a contraprova e a ampliação da prova oferecidas na sequência da apresentação de uma prova contrária pela outra parte na contestação não são abrangidas pela norma de preclusão prevista no artigo 85.º, n.º 1, do Regulamento de Processo (Acórdão de 17 de dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão, C-185/95 P, EU:C:1998:608, n.º 72, e Despacho de 21 de maio de 2019, Le Pen/Parlamento, C-525/18 P, não publicado, EU:C:2019:435, n.º 48).
- 70 Por conseguinte, os anexos C.6, C.7 e C.37 não podem ser considerados inadmissíveis nos termos do artigo 85.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.

b) Quanto à admissibilidade dos relatórios do perito em econometria apresentados pela Comissão

- 71 Em resposta às questões escritas do Tribunal Geral, a UPS contesta a admissibilidade dos dois relatórios de um perito em econometria juntos pela Comissão em anexo à tréplica (anexos D.5 e D.6 da tréplica). A UPS alega, em substância, que a Comissão apresentou esses relatórios extemporaneamente e sem justificação.
- 72 A Comissão sustenta que esses dois relatórios são admissíveis.
- 73 Há que lembrar, porém, que, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, e do artigo 85.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento de Processo, os fundamentos e argumentos bem como as provas e o oferecimento de prova devem, em princípio, ser formulados na contestação, devendo o demandado fundamentar o atraso na apresentação de provas ou de novos oferecimentos de prova, sob pena de levar à sua não admissão (v., neste sentido, Acórdão de 15 de novembro de 2007, Hungria/Comissão, T-310/06, EU:T:2007:343, n.º 164 e jurisprudência aí referida).

- 74 No caso, a Comissão juntou, na tréplica, os dois relatórios de um economista, datados de 16 de outubro de 2019, ou seja, posteriormente à apresentação da contestação. A Comissão apresentou esses relatórios não para apoiar a sua resposta a fundamentos e argumentos desenvolvidos na réplica mas sim na petição.
- 75 Com efeito, a Comissão, nos artigos 26.º e 27.º da tréplica, declarou que pretendia responder à argumentação desenvolvida pela UPS nos artigos 35.º e 36.º da petição, através da qual esta colocava essencialmente a questão de saber se era aceitável a diferença de natureza entre a variável de concentração utilizada na fase da estimativa e a utilizada na fase da previsão, tendo em conta as circunstâncias específicas da operação projetada. Para esse efeito, a Comissão apresentou, em substância, dois argumentos. O primeiro, enunciado nos artigos 28.º a 50.º da tréplica, consiste em alegar que nenhum dos modelos econométricos sucessivamente propostos pela UPS no procedimento administrativo era aceitável. A fim de alicerçar esse argumento, a Comissão juntou o primeiro relatório desse perito (anexo D.5 da tréplica). Com um segundo argumento, exposto nos artigos 39.º a 41.º da tréplica, a Comissão afirma que o modelo que acabou por adotar era justificado e razoável à luz das circunstâncias particulares da operação projetada. Em apoio desse argumento, a Comissão invoca o segundo relatório desse perito (anexo D.6 da tréplica).
- 76 Ora, não se pode deixar de observar que esta argumentação da Comissão não difere significativamente da exposta nos artigos 21.º a 31.º da contestação.
- 77 Nestas condições, há que admitir que os dois relatórios do perito contratado pela Comissão foram apresentados extemporaneamente, sem que a Comissão justifique esse atraso na tréplica. Por conseguinte, há que declarar que esses relatórios são inadmissíveis.
- 78 Na audiência, a Comissão declarou que embora, idealmente, esses dois relatórios devessem ter sido juntos na fase da contestação, seriam apenas uma refutação dos relatórios dos peritos da UPS (anexo A.8 e A.9 da petição) e dos seus pareceres complementares (anexos C.1 e C.2 da réplica). A Comissão acrescentou que, tendo a UPS podido tomar posição por escrito sobre a admissibilidade e sobre o mérito dos relatórios do seu perito, na sequência de uma medida de organização do processo tomada pelo Tribunal Geral, a questão da admissibilidade desses relatórios já não se colocava.
- 79 Todavia, contrariamente ao que alega a Comissão, os relatórios periciais que apresentou não se destinam a responder de forma específica aos dois pareceres complementares de peritos apresentados pela UPS na réplica (anexos C.1 e C.2 da réplica). Além disso, o facto de o Tribunal Geral ter, no caso presente, convidado a UPS a tomar posição por escrito sobre a admissibilidade e a substância do primeiro relatório do perito da Comissão não significa que esse relatório seja admissível. Com efeito, em conformidade com o artigo 85.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, foi sem prejuízo da futura decisão do Tribunal Geral sobre a admissibilidade das provas apresentadas extemporaneamente que foi dada às outras partes a possibilidade de tomarem posição sobre as mesmas.
- 80 Sendo procedente a argumentação da UPS, há que declarar inadmissíveis os relatórios (anexos D.5 e D.6) juntos aos autos pela Comissão devido à sua apresentação tardia e injustificada.

B. Quanto ao mérito

1. Quanto aos pressupostos da responsabilidade extracontratual da União

- 81 Nos termos do artigo 340.º, segundo parágrafo, TFUE em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções.
- 82 Segundo jurisprudência constante, a responsabilidade extracontratual da União está sujeita a três pressupostos cumulativos, a saber, que a norma jurídica violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares e que a violação seja suficientemente caracterizada, que esteja demonstrada a realidade do dano e, por último, que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao autor do ato e o dano sofrido pelos lesados (Acórdão de 13 de dezembro de 2018, União Europeia/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, n.º 117; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 4 de julho de 2000, Bergaderm e Goupil/Comissão, C-352/98 P, EU:C:2000:361, n.ºs 39 a 42). O caráter cumulativo desses pressupostos implica que, quando um deles não esteja preenchido, não existe responsabilidade extracontratual da União (v., neste sentido, Acórdãos de 9 de setembro de 1999, Lucaccioni/Comissão, C-257/98 P, EU:C:1999:402, n.ºs 63 e 64, e de 15 de junho de 2000, Dorsch Consult/Conselho e Comissão, C-237/98 P, EU:C:2000:321, n.º 54).
- 83 Está demonstrada uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objeto conferir direitos aos particulares quando implique uma violação grave e manifesta, pela instituição em causa, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação, sendo os elementos a tomar em consideração a este respeito, nomeadamente, a complexidade das situações a resolver, o grau de clareza e de precisão da norma violada e o âmbito da margem de apreciação que a norma violada deixa à instituição da União [v., neste sentido, Acórdãos de 19 de abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comissão, C-282/05 P, EU:C:2007:226, n.º 50, e de 30 de maio de 2017, Safa Nicu Sepahan/Conselho, C-45/15 P, EU:C:2017:402, n.º 30].
- 84 O pressuposto de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito da União decorre da necessidade de uma ponderação entre, por um lado, a proteção dos particulares contra os comportamentos ilegais das instituições e, por outro, a margem de manobra que deve ser reconhecida a estas últimas para não paralisar a sua ação (Acórdão de 10 de setembro de 2019, HTTS/Conselho, C-123/18 P, EU:C:2019:694, n.º 34).
- 85 Essa ponderação revela-se tanto mais importante quanto a Comissão é chamada a definir e a pôr em prática a política da União em matéria de concorrência e dispõe para esse efeito de um poder discricionário (Acórdão de 23 de abril de 2009, AEPI/Comissão, C-425/07 P, EU:C:2009:253, n.º 31).
- 86 É verdade que facilitar o acionamento da responsabilidade da União alargando o conceito de violação caracterizada do direito da União a qualquer incumprimento de uma obrigação legal, que, por mais lamentável que seja, pode ser explicado, nomeadamente através de condicionalismos objetivos que recaem sobre a Comissão, poderia comprometer, ou mesmo inibir, a ação dessa instituição em matéria de controlo de concentrações. Contudo, deve estar aberto um direito à reparação para as pessoas que sofreram danos resultantes do comportamento da Comissão quando este se traduz num ato que, sem justificação nem explicação objetivas, é manifestamente contrário à norma jurídica e gravemente prejudicial aos interesses dessas pessoas

(v., neste sentido, Acórdãos de 11 de julho de 2007, Schneider Electric/Comissão, T-351/03, EU:T:2007:212, n.ºs 123 e 124, e de 9 de setembro de 2008, MyTravel/Comissão, T-212/03, EU:T:2008:315, n.ºs 42 e 43).

- 87 Esta definição do limiar da responsabilidade extracontratual da União é suscetível de proteger a margem de manobra e a liberdade de apreciação de que deve beneficiar a Comissão, tanto na determinação da oportunidade das suas decisões como na sua interpretação e aplicação das disposições pertinentes do direito da União em matéria de concorrência, sem, no entanto, fazer suportar por terceiros as consequências de incumprimentos flagrantes e indesculpáveis (v., neste sentido, Acórdão de 11 de julho de 2007, Schneider Electric/Comissão, T-351/03, EU:T:2007:212, n.º 125).
- 88 Assim, só a constatação de uma irregularidade que, em circunstâncias análogas, uma administração normalmente prudente e diligente não teria cometido permite gerar responsabilidade extracontratual da União (Acórdão de 10 de setembro de 2019, HTTS/Conselho, C-123/18 P, EU:C:2019:694, n.º 43).

2. Quanto às ilegalidades alegadas

- 89 A UPS alega que a decisão controvertida e o processo que conduziu à sua adoção estão feridos de várias ilegalidades que constituem violações suficientemente caracterizadas do direito da União. Afirma que a Comissão violou os direitos processuais da UPS, violou o seu dever de fundamentação e cometeu erros relativos à apreciação substantiva da operação de concentração, em primeiro lugar, ao afastar-se dos métodos econométricos convencionais para a análise da concentração sobre os preços, em segundo lugar, ao examinar a pressão concorrencial exercida pela FedEx de forma estática e, em terceiro lugar, ao avaliar de forma inadequada os ganhos de eficiência.
- 90 Há que examinar sucessivamente as alegações relativas às violações dos direitos processuais da UPS, à violação do dever de fundamentação e à validade das apreciações contidas na decisão controvertida.

a) Quanto à violação dos direitos processuais da UPS

- 91 Em apoio da alegação de ilegalidade relativa à violação dos seus direitos processuais, a UPS acusa a Comissão, em primeiro lugar, de falta de comunicação do modelo econométrico adotado, em segundo lugar, de não comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência e, em terceiro lugar, de não comunicação de certos documentos confidenciais da FedEx.

1) Quanto à falta de comunicação do modelo econométrico adotado

- 92 A UPS alega que o Tribunal Geral, e depois o Tribunal de Justiça, já declararam que a Comissão violou os seus direitos de defesa ao não lhe comunicar a versão final do modelo econométrico que serviu para analisar os efeitos da concentração sobre os preços. Trata-se de uma violação manifesta e grave de uma norma jurídica destinada a conferir direitos aos particulares, que não pode ser justificada por limitações de tempo nem pela complexidade do processo.

- 93 A Comissão sustenta que a violação dos direitos de defesa da UPS não pode ser qualificada de violação suficientemente caracterizada do direito da União, tendo em conta, por um lado, a falta de clareza do direito da União à data da adoção da decisão controvertida relativamente à sua obrigação de comunicar a versão final do modelo econométrico e, por outro, a existência de condicionalismos temporais na avaliação da operação de concentração projetada.
- 94 Há que lembrar que a ilegalidade alegada pela UPS já foi definitivamente demonstrada. Com efeito, o Tribunal Geral anulou na íntegra a decisão controvertida, com o fundamento de que a Comissão tinha violado os direitos de defesa da UPS ao não lhe comunicar a versão final do seu modelo econométrico (Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão*, T-194/13, EU:T:2017:144, n.ºs 221 e 222). Esse acórdão fez caso julgado na sequência da negação de provimento ao recurso da Comissão pelo Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service* (C-265/17 P, EU:C:2019:23).
- 95 É pacífico que o princípio do respeito dos direitos de defesa, nos processos de controlo das concentrações, faz parte da categoria das normas jurídicas destinadas a conferir direitos aos particulares (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2009, *Comissão/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, n.º 162).
- 96 Em contrapartida, as partes discordam quanto à questão de saber se a violação dos direitos de defesa da UPS é suficientemente caracterizada para gerar responsabilidade extracontratual da União.
- 97 A esse respeito, há que lembrar que o respeito dos direitos de defesa constitui um princípio geral do direito da União que é aplicável sempre que a Administração se proponha adotar contra uma pessoa um ato lesivo dos seus interesses (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 28).
- 98 Para os procedimentos de controlo das concentrações, este princípio está consagrado no artigo 18.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, bem como, de modo mais preciso, no artigo 13.º, n.º 2, do Regulamento n.º 802/2004. Estas últimas disposições exigem, nomeadamente, a comunicação por escrito das objeções da Comissão às partes notificantes, devendo ser-lhes indicado o prazo dentro do qual podem dar a conhecer o seu ponto de vista por escrito (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 29).
- 99 Estas disposições são completadas pelas disposições relativas ao acesso ao processo, que constitui o corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa. Resulta assim do artigo 18.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 e do artigo 17.º do Regulamento n.º 802/2004 que as partes diretamente envolvidas têm acesso ao processo, após a notificação da comunicação de objeções, sem prejuízo, nomeadamente, do interesse legítimo das empresas em que os seus segredos comerciais não sejam divulgados, acesso esse aos documentos que não se estende às informações confidenciais ou os documentos internos da Comissão ou das autoridades competentes dos Estados-Membros (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 30).
- 100 A fim de analisar prospetivamente os efeitos de uma concentração sobre os fatores que determinam a situação da concorrência nos mercados afetados, o recurso a modelos econométricos permite aperfeiçoar a compreensão da operação projetada identificando e, se for caso disso, quantificando alguns dos seus efeitos, e contribuir assim para a qualidade das decisões da Comissão. Por conseguinte, é necessário que, quando a Comissão pretenda basear a sua decisão

nesses modelos, as partes que notificaram uma concentração estejam em condições de dar a conhecer as suas observações a esse respeito (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 33).

- 101 A divulgação desses modelos e das escolhas metodológicas subjacentes à sua elaboração impõe-se ainda mais quanto contribui para conferir ao processo o seu caráter equitativo, em conformidade com o princípio da boa administração enunciado no artigo 41.º da Carta (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 34).
- 102 O respeito dos direitos de defesa antes da adoção de uma decisão em matéria de controlo das concentrações exige, portanto, que seja dada às partes que notificaram uma concentração a possibilidade de darem a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência de todos os elementos em que a Comissão tenciona basear a sua decisão (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 31).
- 103 A Comissão não pode, após a comunicação de objeções, alterar a substância de um modelo económico em que tenciona basear as suas objeções sem dar conhecimento dessa alteração às empresas envolvidas e sem lhes permitir apresentar as suas observações a esse respeito. Com efeito, uma tal interpretação seria contrária ao princípio do respeito dos direitos de defesa e às disposições do artigo 18.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, que, por um lado, impõem à Comissão que baseie as suas decisões exclusivamente em objeções relativamente às quais as partes tenham podido apresentar as suas observações e, por outro, preveem um direito de acesso ao processo pelo menos às partes diretamente interessadas. Está igualmente excluída a possibilidade de esses elementos serem qualificados de documentos internos na aceção do artigo 17.º do Regulamento n.º 802/2004 (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 37).
- 104 Daí resulta que, antes de adotar a decisão controvertida, a Comissão tinha que dar conhecimento à UPS das alterações introduzidas ao modelo económico utilizado para avaliar os efeitos da concentração sobre os preços. Essa obrigação decorre da aplicação do artigo 18.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, que impõe à Comissão que formule de forma suficientemente clara e precisa as suas objeções a fim de assegurar à parte que notificou uma concentração a possibilidade de ser ouvida antes da adoção da decisão controvertida. Nesse ponto, a Comissão dispunha de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2009, Comissão/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, n.º 166). Estas considerações tendem a demonstrar que, ao não comunicar o seu modelo económico à UPS, a Comissão violou de forma manifesta e grave os limites que se impunham ao seu poder de apreciação.
- 105 A Comissão considera, porém, que isso não se verifica no caso presente e apresenta, a esse respeito, dois argumentos.
- 106 O primeiro argumento consiste em sustentar que, no momento da adoção da decisão controvertida, a jurisprudência ainda não estava claramente fixada sobre a obrigação de comunicar os modelos económicos.
- 107 Há que lembrar que as dificuldades de aplicação ou de interpretação das normas de direito da União pertinentes no âmbito da adoção de um ato posteriormente posto em causa com vista à declaração da responsabilidade extracontratual da União são tidas em conta na avaliação do comportamento da instituição em causa para determinar se esta cometeu uma violação

suficientemente caracterizada de uma norma de direito da União. Todos estes parâmetros dizem respeito à data em que a decisão ou o comportamento foram adotados por essa instituição. Daí resulta que a existência de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito da União deve necessariamente ser apreciada em função das circunstâncias em que a instituição atuou nessa data precisa (v., neste sentido, Acórdão de 10 de setembro de 2019, HTTS/Conselho, C-123/18 P, EU:C:2019:694, n.ºs 44 e 46).

- 108 É verdade que o Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), foi o primeiro a examinar a questão de saber se a Comissão se podia basear num modelo econométrico sem ter previamente dado à empresa notificante de uma concentração a possibilidade de ser ouvida sobre alterações introduzidas nesse modelo. No entanto, a jurisprudência relativa ao respeito do princípio dos direitos de defesa e ao direito de audiência já era abundante antes da prolação desse acórdão. Assim, num contexto regulamentar e factual diferente do da presente lide, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral já tinham considerado, em substância, que a Comissão, com base num relatório que tinha alterado por sua própria iniciativa, sem ter o cuidado de se informar junto da empresa em causa da possível incidência da sua intervenção unilateral na fiabilidade das informações que esta lhe tinha fornecido, tinha cometido uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito da União (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de julho de 2003, *Comissão/Fresh Marine*, C-472/00 P, EU:C:2003:399, n.º 30, e de 24 de outubro de 2000, *Fresh Marine/Comissão*, T-178/98, EU:T:2000:240, n.ºs 80 a 82).
- 109 Por outro lado, importa sublinhar os termos em que o Tribunal de Justiça rejeitou a argumentação da Comissão dirigida contra os fundamentos do Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), que levaram à anulação da decisão controvertida por violação dos direitos de defesa da UPS. O Tribunal de Justiça considerou que, na perspetiva do respeito dos direitos de defesa, a questão de saber se a falta de comunicação de um modelo econométrico às partes numa operação de concentração justificava a anulação da decisão da Comissão não dependia da qualificação prévia desse modelo como elemento de acusação ou de documento de defesa. Tendo em conta a importância dos modelos econométricos para a análise prospetiva dos efeitos de uma concentração, subir o limiar probatório exigido para a anulação de uma decisão por violação dos direitos de defesa resultante, como no presente processo, da falta de comunicação das escolhas metodológicas, em especial no que se refere às técnicas estatísticas, inerentes a esses modelos, como, em substância, defendia a Comissão, iria contra o objetivo de a incentivar a dar provas de transparência na elaboração dos modelos econométricos utilizados nos procedimentos de controlo das concentrações e prejudicaria a efetividade da subsequente fiscalização jurisdicional das suas decisões (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.ºs 54 e 55).
- 110 Por conseguinte, o Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service* (C-265/17 P, EU:C:2019:23), não permite considerar que, à data da adoção da decisão controvertida, existia uma incerteza quanto à interpretação tanto do princípio do respeito dos direitos de defesa consagrado, nomeadamente, no artigo 18.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 como das consequências a retirar de uma violação dos direitos de defesa resultante da não comunicação de um modelo econométrico como o que está em causa no presente processo.
- 111 Nestas condições, improcede a alegação da Comissão de que a violação dos direitos de defesa da UPS deve ser considerada desculpável devido a uma alegada falta de clareza do direito da União no momento da adoção da decisão controvertida.

- 112 O segundo argumento da Comissão consiste em sustentar que, tendo em conta o condicionalismo temporal com que devia avaliar em toda a sua complexidade a operação entre a UPS e a TNT, a violação dos direitos de defesa da UPS não pode ser considerada uma violação suficientemente caracterizada. Segundo a Comissão, esses condicionalismos temporais não podem ser minimizados. Foi só dois meses antes da adoção da decisão controvertida que a Comissão adotou alterações suplementares ao modelo econométrico. Nesses dois meses, teve de analisar a resposta à comunicação de acusações (346 páginas), organizar reuniões de balanço, comunicar as suas conclusões provisórias à UPS e avaliar as suas propostas de compromissos, consultar os Estados-Membros e redigir a decisão controvertida (450 páginas), mesmo apesar de a UPS ter apresentado a sua análise da concentração sobre os preços numa fase tardia do processo.
- 113 É certo que incumbe à Comissão conciliar o imperativo de celeridade que caracteriza a sistemática geral do Regulamento n.º 139/2004 com o respeito dos direitos de defesa (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 38).
- 114 Contudo, no que respeita às circunstâncias do presente processo, já se verificou que a versão final do modelo econométrico tinha sido adotada em 21 de novembro de 2012, ou seja, mais de dois meses antes da adoção da decisão controvertida. Apesar de não serem insignificantes, essas alterações não foram comunicadas à UPS. A Comissão não forneceu nenhum elemento que indicasse os motivos concretos pelos quais, na prática, lhe tinha sido impossível, nessa data, fixar à UPS um curto prazo de resposta para lhe permitir formular observações sobre as referidas alterações (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.ºs 41 e 42), quando a comunicação da alteração do modelo econométrico não comportava nenhuma dificuldade técnica ou administrativa e a Comissão dispunha, então, de tempo suficiente para adotar a decisão controvertida, depois de ouvir a UPS.
- 115 Tendo em conta estes elementos, é infundada a justificação da existência de condicionalismos temporais avançada pela Comissão.
- 116 No entanto, a Comissão objeta que, tendo em conta o contexto em que a decisão controvertida foi adotada, a falta de comunicação das últimas alterações ao modelo econométrico não permite concluir pela existência de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito da União. Sustenta que a análise dos efeitos da concentração sobre os preços na decisão controvertida era o resultado de um processo reiterado de diálogo com a UPS, o que poderia atenuar o erro cometido. Após ter tomado em consideração as sugestões da UPS, a Comissão decidiu finalmente adotar o modelo mais adequado, pelas razões expostas nos considerandos 727 a 740 da decisão controvertida.
- 117 Para determinar se a ilegalidade cometida pela Comissão pode gerar responsabilidade da União, importa sublinhar, além da importância particular que revestem as garantias fundamentais na ordem jurídica da União, que os fundamentos metodológicos em que assentam os modelos econométricos utilizados para a análise prospetiva de uma concentração devem ser tão objetivos quanto possível para não prejudicar, num sentido ou noutro, o resultado dessa análise. Esses elementos contribuem assim para a imparcialidade e para a qualidade das decisões da Comissão, das quais depende, em última instância, a confiança que o público e as empresas depositam na legitimidade do procedimento de controlo das concentrações da União (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 53).

- 118 Ao eximir-se, assim, de uma obrigação processual destinada a garantir a legitimidade do processo de controlo das concentrações da União, bem como o seu carácter equitativo, a Comissão colocou igualmente a UPS numa situação que não lhe permitia compreender uma parte dos fundamentos da decisão controvertida.
- 119 No que respeita ao argumento da Comissão de que a violação dos direitos de defesa não é suficientemente caracterizada, pelo facto de a UPS poder compreender as alterações introduzidas na versão final do modelo econométrico devido às discussões que precederam a sua atualização, há que recordar que o Tribunal Geral já declarou definitivamente que, embora existissem numerosas semelhanças entre o modelo econométrico final e os discutidos anteriormente, as alterações introduzidas não eram negligenciáveis e que em nenhum momento do procedimento administrativo a utilização de variáveis de concentração diferentes nas diversas fases da análise tinha sido objeto de discussões repetidas (Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144, n.ºs 204 a 209).
- 120 Com efeito, foi só no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), que a UPS pôde tomar conhecimento, na sequência de uma medida de organização do processo adotada pelo Tribunal Geral em 11 de abril de 2016, das alterações introduzidas ao modelo econométrico na sua versão final.
- 121 O argumento da Comissão de que a violação dos direitos de defesa é atenuada pelo facto de a elaboração do modelo econométrico ter sido precedida de múltiplas trocas com a UPS é, portanto, improcedente.
- 122 Não tendo obtido a comunicação da versão final do modelo econométrico, a UPS ficou assim privada de uma informação que, se lhe tivesse sido transmitida em tempo útil, lhe teria permitido invocar resultados diferentes dos efeitos da operação sobre os preços, os quais poderiam ter implicado uma reconsideração do alcance das informações qualitativas tomadas em consideração pela Comissão e, portanto, uma diminuição do número de Estados que apresentavam um entrave significativo a uma concorrência efetiva (Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão*, T-194/13, EU:T:2017:144, n.º 218). Por conseguinte, há que concluir pelo carácter manifesto e grave da violação dos direitos de defesa da UPS.
- 123 A violação dos direitos de defesa da UPS constitui, portanto, por parte da Comissão, uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito da União que tem por objeto conferir direitos aos particulares.

2) Quanto à falta de comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência

- 124 Embora convencionando que o ónus da prova dos ganhos de eficiência incumbe à parte que notificou uma concentração, a UPS considera que a Comissão é obrigada a definir, antes da adoção da decisão final, o limiar probatório que exige para que os ganhos alegados possam ser considerados verificáveis na aceção das Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, C 31, p. 5; a seguir «Orientações»). Sem a divulgação prévia desses critérios, a Comissão dispõe de um poder arbitrário que lhe permite aceitar ou rejeitar os ganhos de eficiência alegados, sem que a parte que notificou uma concentração ou o juiz da União possam exercer a menor fiscalização. A Comissão podia ter explicado na fase da comunicação de objeções ou da exposição dos factos, que completou essa comunicação, em conformidade com o ponto 111 da

Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE (JO 2011, C 308, p. 6), as razões pelas quais tencionava aceitar certos ganhos de eficiência e excluir outros. No entanto, segundo a UPS, não o fez.

- 125 À semelhança do que já foi declarado a respeito da não comunicação do modelo econométrico, a UPS alega que a não comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência levou a uma violação dos seus direitos de defesa. Entende que a Comissão é obrigada a expor as suas objeções quanto ao carácter verificável dos ganhos de eficiência alegados e a dar às partes que notificaram uma concentração a possibilidade de formularem observações a esse respeito. A Comissão violou essa obrigação, colocando-a, assim, na impossibilidade de demonstrar a existência de ganhos de eficiência.
- 126 Por outro lado, embora tenha fornecido, logo com a apresentação do formulário de notificação, numerosas provas dos ganhos de eficiência, a Comissão limitou-se a rejeitá-los como insuficientes, sem formular nenhum pedido de informações. Foi só no fim do procedimento administrativo que a Comissão tentou abrir um diálogo limitado com ela a respeito dos ganhos de eficiência. No entanto, é pouco plausível que a Comissão tenha tido tempo de tomar em consideração os elementos por ela fornecidos em última data, em 20 de novembro de 2012, tendo em conta a posição que tomou na reunião de balanço do mesmo dia.
- 127 Por último, é só na fase contenciosa do processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), que a UPS considera ter estado em condições de iniciar um debate quanto ao fundo sobre esse ponto com a Comissão.
- 128 A Comissão contesta esta argumentação.
- 129 O Tribunal Geral lembra que, para declarar uma concentração incompatível com o mercado interno, a Comissão deve, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, provar que a realização da concentração notificada entravaria significativamente uma concorrência efetiva no mercado interno ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante (Acórdão de 6 de julho de 2010, *Ryanair/Comissão*, T-342/07, EU:T:2010:280, n.º 26).
- 130 Resulta da jurisprudência que as decisões da Comissão sobre a compatibilidade das operações de concentração com o mercado interno devem ser apoiadas por elementos suficientemente significativos e concordantes. Assim, quando a Comissão considera que uma concentração deve ser proibida, cabe-lhe apresentar provas para apoiar tal conclusão (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de julho de 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 50, e de 6 de junho de 2002, *Airtours/Comissão*, T-342/99, EU:T:2002:146, n.º 63).
- 131 Neste contexto, é particularmente importante a qualidade dos elementos de prova apresentados pela Comissão para demonstrar a necessidade de uma decisão a declarar incompatível com o mercado interno uma operação de concentração. Contudo, não se pode deduzir daí que a Comissão tenha que respeitar maiores exigências de prova em matéria de decisões que proíbem operações de concentração do que em matéria de decisões que autorizam essas operações. Com efeito, a jurisprudência acima recordada no n.º 130 reflete simplesmente a função essencial da prova, que é convencer do fundado de uma tese ou, como em matéria de controlo das operações de concentração, alicerçar as apreciações subjacentes às decisões da Comissão. A este respeito, a complexidade intrínseca de uma tese relativa à existência de um entrave à concorrência

formulada relativamente a uma operação de concentração notificada constitui um elemento que há que levar em conta quando se aprecia a plausibilidade das diversas consequências dessa operação, para identificar aquela cuja probabilidade é maior, mas essa complexidade não tem, enquanto tal, influência no nível de prova exigido (Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.ºs 50 e 51).

132 O Regulamento n.º 139/2004 não contém nenhuma disposição relativa aos ganhos de eficiência. O seu considerando 29 indica, porém, o seguinte:

«Por forma a determinar os efeitos de uma concentração na concorrência no mercado comum é adequado tomar em consideração as alegações de eventuais e fundamentados ganhos de eficiência apresentadas pelas empresas em causa. É possível que os ganhos de eficiência resultantes da concentração compensem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, o potencial efeito negativo sobre os consumidores que poderia de outra forma ter e que, por conseguinte, a concentração não entrave significativamente a concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante. A Comissão deverá publicar orientações sobre as condições em que pode tomar em consideração tais ganhos de eficiência na apreciação de uma concentração.»

133 As orientações da Comissão mencionadas no considerando 29 do regulamento sobre as concentrações são apresentadas nos pontos 76 a 88 das Orientações.

134 Resulta dos pontos 76 e 77 das Orientações que é possível que os ganhos de eficiência contrabalancem os efeitos prejudiciais da concentração sobre a concorrência. A Comissão pode assim decidir que não há que declarar uma concentração incompatível quando essa instituição estiver em posição de concluir, com base em provas suficientes, que os ganhos de eficiência gerados pela operação estarão em condições de aumentar a capacidade e o incentivo da entidade resultante da operação para adotar um comportamento favorável à concorrência em benefício dos consumidores.

135 Para tanto, resulta do ponto 78 das Orientações que devem estar preenchidos três requisitos cumulativos: esses ganhos devem, em primeiro lugar, ser um benefício para os consumidores, em segundo lugar, ser específicos da concentração e, em terceiro lugar, ser verificáveis.

136 O requisito do caráter verificável dos ganhos de eficiência é objeto dos desenvolvimentos nos pontos 86 a 88 das Orientações. Resulta do ponto 86 dessas Orientações que a finalidade desse requisito é permitir que a Comissão «possa estar razoavelmente segura de que virão a concretizar-se e de que são suficientemente substanciais para compensar o prejuízo potencial de uma concentração para os consumidores». O mesmo ponto das Orientações indica que, quanto mais «precisas e convincentes» forem as alegações de ganhos de eficiência, melhor poderá a Comissão avaliar tais alegações. A esse respeito, esse ponto precisa que, sempre que possível, os ganhos de eficiência e os benefícios que deles resultam para os consumidores deverão ser «quantificados» e que, [«quando não estiverem disponíveis os dados necessários para permitir uma análise quantitativa precisa, deverá ser possível prever um impacto positivo claramente identificável para os consumidores e não um impacto marginal»].

137 Por último, a questão do ónus da prova e a descrição das provas úteis para a apreciação dos ganhos de eficiência são objeto dos pontos 87 e 88 das Orientações, que têm a seguinte redação:

«87. A maior parte das informações necessárias para a Comissão apreciar em que medida a concentração induzirá ganhos de eficiência que permitam a sua autorização está exclusivamente em poder das partes na concentração. Cabe assim às partes notificantes fornecer atempadamente todas as informações relevantes, necessárias para demonstrar que os ganhos de eficiência alegados são específicos da concentração e suscetíveis de serem realizados. Da mesma forma, compete às partes notificantes demonstrar em que medida os ganhos de eficiência são suscetíveis de compensar quaisquer efeitos negativos para a concorrência que poderiam de outra forma resultar da concentração, beneficiando assim os consumidores.

88. Os elementos relevantes para a apreciação das alegações de ganhos de eficiência englobam, em especial, documentos internos utilizados pelos órgãos de gestão para tomar a decisão de realização da concentração, declarações dos órgãos de gestão aos acionistas e aos mercados financeiros acerca dos ganhos de eficiência esperados, exemplos históricos de ganhos de eficiência e dos benefícios para os consumidores e estudos anteriores à concentração realizados por peritos externos, sobre o tipo e dimensão dos ganhos de eficiência e sobre a importância dos prováveis benefícios para os consumidores.»

138 Resulta assim claramente das Orientações que incumbe à parte notificante de uma concentração apresentar provas precisas e convincentes que permitam, tanto quanto possível, quantificar os ganhos de eficiência esperados. Esta situação difere do ónus da prova dos efeitos previsíveis da operação de concentração, ónus que pertence à Comissão e do qual decorre que os modelos econométricos utilizados para esse fim sejam comunicados às partes que notificaram uma concentração, uma vez que constituem um instrumento de auxílio decisório (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 33).

139 É verdade que estas indicações dadas nas Orientações expõem, em termos gerais, que só os ganhos de eficiência apoiados por provas permitem objetivamente apreciar a sua dimensão e probabilidade. Essas Orientações fornecem exemplos indicativos de informações pertinentes a este respeito, nomeadamente os documentos internos destinados às empresas em causa. No entanto, a generalidade das formulações adotadas nas Orientações é compreensível, se não inevitável, devido à heterogeneidade das situações individuais das empresas, aos ganhos de eficiência possíveis e às características dos mercados nos quais a Comissão é levada a efetuar a sua fiscalização quando uma concentração lhe é notificada. Não se pode, pois, esperar razoavelmente que a Comissão, através de um instrumento como as Orientações, defina antecipadamente, de forma aprofundada e detalhada, todos os critérios com base nos quais esses ganhos de eficiência podem ser considerados verificáveis.

140 Do mesmo modo, nenhuma disposição do Regulamento n.º 139/2004 e das Orientações impõe à Comissão, quando as partes que notificaram uma concentração apresentam argumentos baseados em ganhos de eficiência, que defina antecipadamente, de forma abstrata, os critérios específicos com base nos quais pretende admitir que um ganho de eficiência possa ser considerado verificável.

141 Refira-se, a esse respeito, que já se decidiu no sentido de que, no contexto da legislação *antidumping*, a instituição, quando utiliza a margem de apreciação que lhe é conferida por essa regulamentação sem explicar em pormenor e antecipadamente os critérios que pretende aplicar em cada situação específica, não viola o princípio da segurança jurídica (v., neste sentido,

Acórdãos de 5 de outubro de 1988, *Brother Industries/Conselho*, 250/85, EU:C:1988:464, n.º 29, e de 7 de maio de 1991, *Nakajima/Conselho*, C-69/89, EU:C:1991:186, n.º 118). Esta situação é análoga à do caso presente, na qual o Regulamento n.º 139/2004 confere à Comissão uma margem de apreciação para avaliar os ganhos de eficiência alegados pelas partes que notificaram uma concentração sem lhe impor que defina antecipadamente e de forma abstrata os critérios pertinentes para esse efeito.

- 142 Nestas condições, é desprovida de fundamento jurídico a argumentação da UPS destinada a demonstrar que a Comissão era obrigada a comunicar-lhe os critérios específicos e os limiares probatórios que pretendia aplicar para determinar se cada um dos ganhos de eficiência invocado era verificável.
- 143 Tendo em conta estas considerações, há que julgar improcedente a argumentação de que a Comissão violou os direitos processuais da UPS na análise dos ganhos de eficiência por não ter comunicado os critérios de avaliação desses ganhos.

3) Quanto à falta de comunicação de certos documentos confidenciais da FedEx

- 144 A UPS critica a Comissão por não lhe ter dado acesso a todas as informações prestadas pela FedEx no procedimento administrativo, ou pelo menos por não ter dado esse acesso aos seus advogados, a fim de lhes permitir verificar de forma independente o seu conteúdo. A UPS considera ter sido privada da possibilidade de apreciar o valor probatório das informações fornecidas pela FedEx, apesar de estas terem influenciado a decisão da Comissão de abandonar, em relação a catorze mercados nacionais, as acusações de existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, mantendo-as ao mesmo tempo para quinze outros mercados nacionais.
- 145 A UPS considera que estes elementos ligados à FedEx poderiam igualmente ter sido pertinentes nos outros quinze mercados em relação aos quais a Comissão manteve, erradamente, as suas acusações de entrave significativo a uma concorrência efetiva. A UPS afirma que as suas suspeitas são reforçadas pelo caráter mutante das justificações sucessivamente invocadas pela Comissão no decurso do processo a fim de contestar a pertinência dos documentos internos da FedEx.
- 146 Nem a UPS nem o Tribunal Geral puderam verificar a exatidão das informações transmitidas pela FedEx. A UPS considera que, se delas tivesse podido ter conhecimento, poderia ter demonstrado que os quinze mercados nacionais em relação aos quais a Comissão concluiu pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva não podiam ser diferenciados dos outros catorze. A UPS suspeita que a FedEx tentou convencer a Comissão a proibir o projeto de concentração entre ela e a TNT, minimizando os seus projetos de expansão para a Europa. A UPS invoca algumas contradições entre as observações da FedEx no procedimento administrativo e as suas declarações públicas aos investidores.
- 147 A UPS precisa que a sua argumentação não diz respeito ao acesso aos documentos confidenciais da FedEx considerados elementos de acusação, mas sim à questão de saber se lhe podia ser recusado o acesso aos outros documentos confidenciais da FedEx, úteis para apreciar o valor probatório dos considerados elementos de acusação. Entende, a este respeito, que não cabe à Comissão decidir quais são os documentos úteis à defesa da empresa que notificou uma concentração.

- 148 Foi só na sequência das medidas adotadas pelo Tribunal Geral no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), que pôde tomar conhecimento de certas informações transmitidas pela FedEx à Comissão. Os poucos documentos assim consultados por ela contradizem a diferenciação estabelecida pela Comissão entre os mercados nacionais consoante apresentem ou não um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 149 A UPS alega que a Comissão não pode alegar que lhe cabe a prova de que os documentos a que nunca teve acesso tiveram influência na decisão controvertida, como resulta do n.º 63 do Acórdão de 25 de outubro de 2011, *Solvay/Comissão* (C-109/10 P, EU:C:2011:686), nem invocar o Acórdão de 14 de dezembro de 2005, *General Electric/Comissão* (T-210/01, EU:T:2005:456), uma vez que este não dizia respeito ao acesso a documentos que contradissem o valor acusatório das declarações de um terceiro.
- 150 Segundo a UPS, a Comissão tinha entrado na posse dos documentos da FedEx cinco meses antes da adoção da decisão controvertida. Nestas condições, esta não pode invocar nenhuma limitação temporal para desculpar a violação dos direitos de defesa da UPS.
- 151 A UPS considera que só a partir do momento em que tiver obtido acesso a esses documentos poderá expor com precisão o cenário contrafactual. Requer que o Tribunal Geral ordene à Comissão, por medida de organização do processo ou diligência de instrução, que apresente todos os documentos internos da FedEx de que dispõe.
- 152 A Comissão refuta qualquer violação dos direitos processuais da UPS.
- 153 Refira-se que a UPS não alega que a Comissão não comunicou os documentos internos da FedEx em que assenta a decisão de incompatibilidade da operação entre ela e a TNT. A UPS também não contesta o caráter confidencial dos documentos internos da FedEx aos quais pediu acesso no procedimento administrativo, ou que lhe foram comunicados em versões expurgadas ou através de resumos. Em contrapartida, a UPS alega que os seus direitos de defesa foram violados na medida em que a Comissão não lhe permitiu consultar na íntegra os documentos internos da FedEx juntos aos autos, nas suas versões confidenciais não expurgadas. Considerando que todos esses documentos eram potencialmente documentos ilibatórios, a UPS sustenta que a Comissão devia, pelo menos, ter-lhe concedido um acesso dito «restrito», destinado a permitir aos seus consultores jurídicos externos examinar de forma independente o seu valor probatório, não deixando de respeitar a sua confidencialidade.
- 154 Em matéria de controlo das concentrações, a Comissão é obrigada a comunicar às partes que notificaram uma concentração todos os elementos em que tenciona basear a sua decisão a fim de lhes permitir serem ouvidas (Acórdão de 16 de janeiro de 2019, *Comissão/United Parcel Service*, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 31). Com efeito, o artigo 18.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 impõe à Comissão que, antes de adotar uma decisão como a decisão controvertida, dê «às pessoas, empresas e associações de empresas em causa a oportunidade de se pronunciarem, em todas as fases do processo até à consulta do comité consultivo, sobre as objeções contra elas formuladas». Segundo o artigo 18.º, n.º 3, desse regulamento, «[a] Comissão deve basear as suas decisões exclusivamente em objeções relativamente às quais as partes tenham podido fazer valer as suas observações» e [o]s direitos da defesa são plenamente garantidos durante o processo».

- 155 Quanto aos documentos diferentes dos invocados em apoio das objeções comunicadas pela Comissão, o acesso ao processo não é automático, devendo ser pedido. Com efeito, o artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento n.º 802/2004 prevê que, «[m]ediante pedido, a Comissão facultará o acesso ao processo às partes a quem foi enviada uma comunicação de objeções a fim de lhes permitir exercer os direitos de defesa» e que o acesso «será facultado após notificação da comunicação de objeções». Estas disposições refletem-se no ponto 7 da Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos [101.º] e [102.º TFUE], artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (JO 2005, C 325, p. 7; a seguir «Comunicação da Comissão Relativa ao Acesso ao Processo»), segundo o qual «é concedido acesso ao processo, mediante pedido, às pessoas, empresas ou associações de empresas, consoante o caso, destinatárias da comunicação de objeções da Comissão».
- 156 Esse pedido de acesso ao processo deve ser apresentado à Direção-Geral (DG) da Concorrência, antes de, sendo caso disso, ser dirigido ao Auditor. Com efeito, o artigo 3.º, n.º 7, da Decisão 2011/695/UE do presidente da Comissão Europeia, de 13 de outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência (JO 2011, L 275, p. 29), dispõe que qualquer problema relativo ao exercício efetivo dos direitos processuais das partes em causa será primeiro suscitado junto da DG da Concorrência e, se não for resolvido, poderá ser submetido ao auditor. O artigo 7.º, n.º 1, da Decisão 2011/695 prevê a esse respeito que, quando uma parte que exerceu o seu direito de acesso tiver razões para pensar que a Comissão possui documentos que não foram postos à sua disposição e que lhe são necessários para exercer utilmente o seu direito de audiência, pode apresentar ao auditor um pedido fundamentado de acesso a esses documentos. Estas disposições são, no essencial, objeto do ponto 47 da Comunicação da Comissão Relativa ao Acesso ao Processo. A fim de facilitar o acesso ao processo, o ponto 45 da Comunicação da Comissão Relativa ao Acesso ao Processo prevê que esta dê às partes «uma lista enumerativa dos documentos que constituem o processo».
- 157 Para garantir a efetividade do direito de acesso nos processos de controlo das concentrações, deve ser apresentado em tempo útil um pedido de acesso ao processo. Como se recorda no ponto 28 da Comunicação da Comissão Relativa ao Acesso ao Processo, resulta da leitura conjugada do artigo 18.º, n.ºs 1 e 3, do Regulamento n.º 139/2004 e do artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento n.º 802/2004 que as partes que notificaram uma concentração terão acesso ao processo a seu pedido em cada fase do processo subsequente à comunicação de objeções da Comissão, até à consulta do comité consultivo. O artigo 3.º, n.º 7, da Decisão 2011/695 prevê, por outro lado, que os pedidos relativos a uma medida para a qual esteja previsto um prazo devem ser apresentados, em tempo útil, no prazo inicialmente previsto. Daí resulta que um pedido de acesso ao processo apresentado à DG da Concorrência ou ao auditor depois de o comité consultivo ter dado o seu parecer sobre o projeto de decisão da Comissão deve ser considerado extemporâneo.
- 158 No caso, a argumentação da UPS é, em parte, demasiado geral para permitir concluir que os documentos não comunicados eram pelo menos potencialmente necessários ao exercício dos seus direitos de defesa. Com efeito, a UPS alega que todos os documentos internos confidenciais da FedEx lhe deveriam ter sido comunicados, pois permitir-lhe-iam compreender em que elementos a Comissão se tinha baseado para admitir a existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva em quinze mercados nacionais e excluí-la para catorze outros, sem prestar mais esclarecimentos.

159 No entanto, a UPS invoca de forma mais específica dois grupos de documentos confidenciais internos que a FedEx transmitiu à Comissão, um antes da comunicação de acusações de 19 de outubro de 2012 e o outro depois dessa comunicação. Segundo a UPS, estes documentos permitiriam compreender por que razão a Comissão abandonou as preocupações inicialmente expressas na comunicação de objeções em relação a catorze mercados nacionais.

160 O primeiro grupo é constituído, segundo a UPS, por 484 documentos internos da FedEx que a Comissão detinha desde 10 de agosto de 2012. O segundo grupo visa determinados documentos que a FedEx apresentou à Comissão em 9 e 15 de novembro de 2012, relativos aos seus planos de expansão, aos quais os advogados da UPS referem ter tido acesso parcial, na sequência de uma medida de organização do processo ordenada pelo Tribunal Geral em 11 de abril de 2016 no processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) Quanto ao acesso aos 484 documentos confidenciais internos da FedEx juntos ao processo em 10 de agosto de 2012

161 A UPS, no ponto 52 da petição, alega que a Comissão, na posse da maior parte dos documentos internos da FedEx desde 10 de agosto de 2012, lhe podia dar acesso aos elementos de prova ilibatórios até ao momento da exposição dos factos. No entanto, não o fez, violando assim de forma manifesta e grave os direitos de defesa. Na réplica, a UPS requereu ao Tribunal Geral que ordenasse à Comissão que apresentasse todos os documentos internos da FedEx de que dispunha. Interrogada por escrito sobre este ponto, a UPS invocou 484 documentos internos da FedEx relativos aos projetos de expansão dessa empresa.

162 A Comissão responde, em substância, que a decisão controvertida não se baseia em nenhum documento da FedEx a que a UPS não tenha tido acesso e que, quanto ao resto, a UPS, no procedimento administrativo, não requereu acesso aos 484 documentos em questão.

163 Há que observar que as partes estão de acordo em reconhecer que a FedEx transmitiu os 484 documentos em questão em 10 de agosto de 2012, em resposta a um pedido de informações da Comissão de 2 de agosto de 2012. A UPS não alega que esses documentos não figuram na lista enumerativa dos documentos que compõem o processo. Na nota de pé de página n.º 49 do anexo A.14 da petição, a UPS indica ter conseguido identificar a existência desses documentos consultando a carta, não confidencial, dos advogados da FedEx de 10 de agosto de 2012 que acompanhava a transmissão dos documentos em questão (documento com a referência ID 6459). Embora não tenha esclarecido na audiência em que data pôde tomar conhecimento da existência desses documentos, a UPS declarou ter pedido para aceder aos mesmos no procedimento administrativo e ter recorrido ao auditor para esse efeito em 30 de outubro de 2012.

164 Contudo, há que observar que o pedido de acesso ao processo que a UPS dirigiu em 25 de outubro de 2012 à DG da Concorrência não contém nenhuma referência a esses documentos. No seu pedido, a UPS pediu o acesso aos 1 122 documentos emanados de terceiros e que não foram divulgados, sem justificação da Comissão, nos 7 299 documentos que figuram no índice do processo administrativo.

165 A Comissão respondeu à UPS, por correio eletrónico de 25 de outubro de 2012, que, em todos os documentos que figuram no processo e aos quais tinha tido um direito de acesso desde a comunicação de acusações, só 323 documentos estavam inacessíveis devido a segredos comerciais e 1 177 outros documentos estavam acessíveis em versão não confidencial.

- 166 Há que observar que, no seu pedido ao auditor de 30 de outubro de 2012, além dos pedidos de acesso relativos a determinados documentos específicos, identificados pela sua referência ou, pelo menos, identificáveis, a UPS se limitou a invocar, em termos gerais, o seu direito de tomar conhecimento, «diretamente ou pelos seus advogados, de todos os documentos potencialmente ilibatórios constantes do processo da Comissão, em especial os dados internos relativos à estratégia da FedEx».
- 167 Ora, a UPS não só não dispõe desse direito de acesso ilimitado e absoluto às informações confidenciais que figuram no processo como não podia razoavelmente esperar que o auditor interpretasse esse pedido vago e abstrato como dirigido especificamente aos 484 documentos juntos pela FedEx à sua resposta de 10 de agosto de 2012 às questões da Comissão.
- 168 A UPS não provou ter, no resto do procedimento administrativo, requerido acesso aos 484 documentos em questão, nem no pedido de acesso dirigido à Comissão em 26 de novembro de 2012 nem no pedido de 4 de janeiro de 2013, em resposta à exposição dos factos.
- 169 Resulta destes elementos que, não tendo demonstrado que apresentou um requerimento para esse efeito, a UPS não exerceu o seu direito de acesso aos 484 documentos que a FedEx transmitiu à Comissão em 10 de agosto de 2012 e que foram juntos ao processo, nas condições previstas no artigo 3.º, n.º 7, da Decisão 2011/695.
- 170 Ora, o Tribunal Geral já rejeitou, no contexto de processos de aplicação do artigo 101.º TFUE, um fundamento de anulação por violação do direito de acesso ao processo, por não ter a parte que o invocava feito uso desse direito no procedimento administrativo (Acórdão de 9 de dezembro de 2014, SP/Comissão, T-472/09 e T-55/10, EU:T:2014:1040, n.º 294). O Tribunal Geral considerou igualmente que uma parte que tomasse conhecimento no procedimento administrativo de que a Comissão detinha documentos que poderiam ser úteis para a sua defesa tinha que apresentar à instituição um pedido expresso de acesso a esses documentos. A omissão de agir deste modo no procedimento administrativo tem efeito de preclusão quanto a esse ponto no que respeita ao recurso de anulação que vier eventualmente a ser interposto da decisão definitiva (Acórdãos de 15 de março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, EU:T:2000:77, n.º 383, e de 26 de abril de 2007, Bolloré e o./Comissão, 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, n.ºs 49 e 59).
- 171 Estas soluções são transponíveis para uma ação dirigida à reparação dos danos resultantes de uma alegada violação do direito de acesso ao processo num processo de controlo das concentrações. Uma parte notificante de uma concentração, que não apresentou à DG da Concorrência e, em seguida, em caso de indeferimento do seu pedido, ao auditor um pedido de acesso ao processo não pode alegar posteriormente que preenche as condições para obter a reparação de um dano alegadamente resultante da violação do direito de acesso, quando não exerceu esse direito em tempo útil e nas formas previstas.
- 172 Por conseguinte, improcede a argumentação da UPS relativa à violação do direito de acesso aos 484 documentos confidenciais internos da FedEx transmitidos à Comissão em 10 de agosto de 2012.

ii) Quanto ao acesso aos documentos transmitidos pela FedEx em 9 e 15 de novembro de 2012

- 173 Há que lembrar que, na comunicação de objeções de 19 de outubro de 2012, a Comissão considerou (v., nomeadamente, secções 7.1.3.2 e 7.1.3.7 dessa comunicação) que uma das razões pelas quais a FedEx não era uma concorrente suficientemente poderosa para contrabalançar os efeitos da operação entre a UPS e a TNT dizia respeito à fraca cobertura da sua rede em relação à das suas concorrentes. A Comissão referiu igualmente, na secção 7.1.3.8 dessa comunicação, que as aquisições recentes e os planos de expansão da FedEx não lhe permitiam colmatar a diferença que a separava das suas principais concorrentes num futuro próximo. Com base nesses elementos, a Comissão concluiu, na secção 7.1.3.9 da referida comunicação, que a posição da FedEx era demasiado fraca para impor uma pressão concorrencial significativa que permitisse contrariar os efeitos negativos da operação projetada para a concorrência.
- 174 Resulta dos autos que, por correio eletrónico de 26 de outubro de 2012, a Comissão enviou à FedEx um pedido de informações complementares relativo às infraestruturas dessa empresa. Esse pedido, destinado nomeadamente a esclarecer a Comissão sobre os planos de expansão da FedEx, visava, mais precisamente, obter para cada país do EEE:
- um mapa que indicasse a localização das infraestruturas utilizadas pela FedEx para entrega de pequenas encomendas, bem como aquelas cuja utilização estava prevista antes do final de 2015;
 - a lista dos subcontratantes utilizados para a recolha e entrega de pequenas encomendas (*pick up and delivery*; a seguir «PUD»), bem como dos que a FedEx tencionava contratar antes do final de 2015, indicando para cada uma a sua localização e a sua zona de influência. Essas informações deviam ser fornecidas sob a forma de um quadro, organizado segundo rubricas que permitissem identificar e localizar cada empresa e fornecer dados relativos à sua posição e ao seu peso na rede da FedEx (aéreo, terrestre ou local), indicando, nomeadamente, a sua capacidade de tratamento em 2011, a sua zona de influência, o número de rotas servidas, os movimentos diários de camiões e a dimensão da frota de veículos de entrega. A Comissão pedia igualmente à FedEx que precisasse a data prevista para o início das operações projetadas a partir das instalações ainda não operacionais.
- 175 Esse pedido tinha por objeto completar as informações em que assentava a análise provisória da Comissão avançada na comunicação de objeções quanto à posição concorrencial da FedEx no mercado das entregas expresso no interior do EEE.
- 176 Em resposta, a FedEx enviou à Comissão os mapas e quadros pedidos em 9 de novembro de 2012. Em 15 de novembro de 2012, a FedEx apresentou uma versão revista desses documentos.
- 177 É pacífico que a Comissão não transmitiu esses documentos à UPS no procedimento administrativo. Foi só no âmbito do processo que deu origem ao Acórdão de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, EU:T:2017:144), que a UPS acabou por tomar conhecimento desses documentos, na sua versão não confidencial, na sequência de uma medida de organização do processo ordenada pelo Tribunal Geral em 11 de abril de 2016.
- 178 Assim sendo, na audiência, a Comissão alegou que podia ser excluída qualquer violação dos direitos de defesa da UPS a esse respeito, uma vez que esta não recorreu ao auditor para contestar a recusa da DG da Concorrência. A Comissão sublinhou que, uma vez que essa recusa datava de 11 de janeiro de 2013, a UPS podia ainda dirigir-se ao auditor até 18 de janeiro de 2013, data da reunião do comité consultivo, o que a UPS não fez.

- 179 É certo que a UPS exerceu o seu direito de acesso ao processo, uma vez que apresentou à DG da Concorrência, em 4 de janeiro de 2013, um pedido de acesso restrito na sala de informação na sua resposta à exposição dos factos, pedido esse que tinha por objeto, nomeadamente, as respostas aos pedidos de informações com as referências Q30 e Q31.
- 180 Todavia, resulta dos autos que a UPS não apresentou ao auditor a recusa da DG da Concorrência em 11 de janeiro de 2013, apesar de a UPS dispor de um prazo cujo termo estava fixado, em conformidade com o artigo 18.º, n.ºs 1 e 3, do Regulamento n.º 139/2004 e com o artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento n.º 802/2004, na data da reunião do Comité Consultivo, ou seja, no caso, em 18 de janeiro de 2013. Além disso, a UPS não alegou que essas regras estivessem feridas de qualquer ilegalidade.
- 181 Nestas condições, há que considerar que, não tendo apresentado ao auditor um pedido de acesso ao processo, a UPS não pode alegar posteriormente que preenche as condições para obter a reparação de um dano alegadamente decorrente da violação desse direito que não exerceu em tempo útil e nas formas prescritas.
- 182 Decorre do exposto que a argumentação da UPS relativa a uma violação do seu direito de acesso às respostas da FedEx de 9 e 15 de novembro de 2012 é improcedente.
- 183 Por outro lado, uma vez que a UPS não apresentou previamente à DG da Concorrência ou, em caso de indeferimento, ao auditor um pedido de acesso aos 484 documentos confidenciais internos da FedEx transmitidos à Comissão em 10 de agosto de 2012 e um pedido de acesso às respostas da FedEx de 9 e 15 de novembro de 2012, não é necessário deferir o pedido de medidas de organização do processo da UPS relativo à apresentação desses documentos.

b) Quanto à violação do dever de fundamentação

- 184 A UPS alega que a Comissão não fundamentou suficientemente a decisão controvertida a respeito do nível de prova exigido para diferenciar, com base na análise dos efeitos da concentração nos preços, dos ganhos de eficiência e da competitividade da FedEx, os quinze mercados nacionais que apresentavam um entrave significativo a uma concorrência efetiva dos outros catorze mercados nacionais. Por conseguinte, nem ela nem o Tribunal Geral estavam em condições de verificar de que forma a Comissão, ao basear-se nesses três elementos, tinha feito uma distinção entre esses mercados nem de apreciar a procedência das conclusões relativas à proximidade da concorrência. A UPS afirma que, embora uma fundamentação insuficiente não cause danos por si só, essa insuficiência sublinha, no caso presente, a grave violação pela Comissão do princípio do primado do direito.
- 185 A Comissão objeta que uma insuficiência de fundamentação não é suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União.
- 186 Há que lembrar que, para determinar se o ilícito alegado é suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União, o Tribunal Geral deve poder compreender o alcance da violação invocada. Com efeito, incumbe à demandante identificar o comportamento imputado, sob pena de inadmissibilidade. Ora, a argumentação da UPS que figura no artigo 73.º da petição não permite determinar em que medida a violação do dever de fundamentação imputada constitui uma violação suficientemente caracterizada. Nestas condições, a presente alegação é inadmissível.

- 187 Refira-se, de qualquer forma, que a argumentação da UPS relativa à falta de fundamentação que figura no artigo 73.º da petição se confunde, na realidade, com a desenvolvida para demonstrar a ilegalidade da falta de comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência, da apreciação dos efeitos da concentração sobre os preços e do contrapeso concorrencial suscetível de ser exercido pela FedEx. A UPS alega que a apreciação da operação entre ela e a TNT padece de erros na análise dos efeitos da concentração sobre os preços e dos ganhos de eficiência, de uma disparidade de tratamento em relação à operação entre a FedEx e a TNT, bem como de erros de apreciação da situação da FedEx. Assim, a UPS invoca a existência de uma ou mais violações suficientemente caracterizadas na medida em que, na decisão controvertida, a Comissão concluiu pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva nos mercados dos serviços em causa em quinze Estados-Membros.
- 188 A esse respeito, há que lembrar que o dever de fundamentação previsto no artigo 296.º TFUE constitui uma formalidade essencial que deve ser distinguida da questão do mérito da fundamentação, a qual faz parte da legalidade material do ato controvertido. Com efeito, a fundamentação de uma decisão consiste em exprimir formalmente as razões em que assenta essa decisão. Se essas razões não tiverem suporte ou estiverem feridas de erros, esses vícios afetam a legalidade material da decisão, mas não a sua fundamentação (Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 181).
- 189 A preterição da formalidade essencial do dever de fundamentar os atos da União não pode implicar um dano material distinto do que decorre da falta de fundamento do ato em questão. Uma eventual insuficiência de fundamentação de um ato da União só por si não é, em princípio, suscetível de gerar responsabilidade da União (v., neste sentido, Acórdãos de 30 de setembro de 2003, Eurocoton e o./Conselho, C-76/01 P, EU:C:2003:511, n.º 98 e jurisprudência aí referida, e de 10 de setembro de 2019, HTTS/Conselho, C-123/18 P, EU:C:2019:694, n.º 103).
- 190 Em face do exposto, há que julgar improcedentes os argumentos da UPS relativos a uma violação do dever de fundamentação e examinar os seus argumentos relativos a erros de apreciação da operação projetada.

c) Quanto aos erros de apreciação da operação projetada

- 191 A UPS alega que a apreciação da operação entre ela e a TNT está ferida de erros na análise dos efeitos da concentração sobre os preços e dos ganhos de eficiência, de uma disparidade de tratamento em relação à operação entre a FedEx e a TNT, bem como de erros de apreciação da situação da FedEx, que, individual ou conjuntamente, seriam suscetíveis de gerar responsabilidade extracontratual da União.

1) Quanto à análise dos efeitos da concentração sobre os preços

- 192 A UPS invoca dois tipos de erros que afetam o modelo adotado pela Comissão. Trata-se, por um lado, da não consideração de certos dados da FedEx e, por outro, de erros de conceção do modelo econométrico da Comissão.

i) Quanto à não consideração de certos dados da FedEx

- 193 Na opinião da UPS, a Comissão excluiu certos dados da FedEx, apesar de serem úteis para a modelização dos efeitos da concentração sobre os preços. Apesar de o objetivo da análise da concentração sobre os preços ser prever a incidência nos preços em 2015, a Comissão tomou em consideração os dados da FedEx para o ano de 2012. Não obstante, dispunha de informações relativas aos projetos da FedEx no horizonte de 2015, mas não as teve em conta. Sem este erro manifesto, o modelo não indicou praticamente nenhum aumento de preços em treze dos quinze Estados nos quais a Comissão concluiu pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva. Se a Comissão tivesse utilizado os dados de que dispunha, teria podido concluir que era impossível prever aumentos de preços de forma fiável e que uma decisão negativa era desprovida de fundamento.
- 194 Há que observar que, para estimar a relação entre o nível de concentração e os preços observados, a Comissão se baseou nos dados disponíveis no momento do desenvolvimento do modelo, ou seja, em 2012. No que respeita mais especificamente à variável de concentração, a Comissão tomou em consideração a taxa de cobertura das redes respetivas das concorrentes tal como podia ser observada à época a fim de dar uma imagem fiel. Incluir nesses dados elementos prospetivos, por natureza puramente hipotéticos, como as projeções feitas pela FedEx sobre a expansão da sua rede no final de cerca de três anos, introduziu um grau adicional de incerteza dificilmente compatível com o objetivo de alcançar um modelo fiável. No entanto, isso não significa que esses dados não eram pertinentes para efeitos da análise da operação projetada, uma vez que a Comissão, no âmbito da sua análise geral ou «qualitativa», examinou a aptidão da FedEx para exercer futuramente um contrapeso concorrencial à entidade resultante da operação projetada. Nestas condições, improcede a argumentação da UPS relativa à não consideração, para efeitos do modelo econométrico, das projeções da FedEx quanto à expansão da sua rede até 2015.

ii) Quanto aos erros de conceção do modelo econométrico da Comissão

- 195 A UPS alega que a Comissão violou os limites que se impõem à sua margem de apreciação ao utilizar um modelo que se afasta sensivelmente da prática usual na econometria, que consiste em utilizar o mesmo modelo nas duas fases da análise. A Comissão utilizou na fase da previsão um modelo distinto do utilizado na fase da estimativa.
- 196 A UPS alega, em substância, que a Comissão, ao utilizar uma variável de concentração discretizada — isto é, representada sob a forma de um inteiro — na fase da estimativa, mas contínua — representada sob forma decimal — na fase da previsão, cometeu um erro manifesto e grave que afeta a fiabilidade do modelo no seu conjunto. Para prever os efeitos da concentração, a Comissão baseou-se num modelo contrário à prática na matéria e desprovido de fundamentos empíricos. Nenhuma entidade administrativa normalmente prudente e diligente teria, em circunstâncias análogas, antecipado os efeitos da concentração sobre os preços baseando-se nesse modelo.
- 197 A UPS invoca em apoio das suas alegações dois relatórios de peritos em econometria, professores de economia nos Estados Unidos, respetivamente, na Universidade de Chicago e no Massachusetts Institute of Technology. Esses relatórios, respetivamente datados de 30 de novembro de 2017 e de 1 de dezembro de 2017, foram inicialmente preparados a pedido da UPS, a fim de a assistirem no processo que deu origem ao Acórdão de 16 de janeiro de 2019,

Comissão/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) e foram, seguidamente, anexados à petição inicial no presente processo (anexos A.8 e A.9 da petição). Na réplica, a UPS juntou dois pareceres complementares desses peritos (anexos C.1 e C.2 da réplica).

- 198 Segundo esses peritos, o modelo utilizado pela Comissão é contraintuitivo, não convencional e arbitrário. Com efeito, resulta dos dois relatórios que a metodologia habitualmente seguida para os modelos que visam quantificar os efeitos previsíveis de uma concentração no nível dos preços consiste em utilizar o mesmo modelo em cada uma das duas fases e não um modelo diferente em cada uma dessas fases.
- 199 Os dois relatórios referem igualmente que o modelo de previsão utilizado pela Comissão não foi testado, o que constitui uma entorse nos métodos normalmente utilizados para o desenvolvimento de modelos econométricos.
- 200 Para refutar estes elementos, a Comissão não juntou aos autos relatórios de peritos admissíveis. Alega, no entanto, que a questão de saber se o modelo é conforme com a prática econométrica comum não é pertinente para efeitos da presente ação. Entende ser pertinente unicamente a questão de saber se, tendo em conta as circunstâncias do caso, a combinação de uma variável de concentração discretizada na fase da estimativa e de uma variável de concentração contínua na fase da previsão constitui uma violação suficientemente caracterizada do direito da União. Para responder a esta questão, importa determinar se essa combinação é aceitável, não à luz da prática geralmente seguida para os modelos econométricos, mas sim à luz das circunstâncias específicas da concentração examinada. Embora admitindo ter cometido uma irregularidade processual ao não comunicar o modelo econométrico final à UPS, a Comissão sustenta que a sua análise dos efeitos da concentração sobre os preços não está ferida de um grave erro material e que a utilização de diferentes tipos de variáveis nas duas etapas da análise não é suficientemente caracterizada para gerar responsabilidade da União.
- 201 Antes de mais, no que respeita à extensão da margem de apreciação de que dispõe a Comissão, importa recordar que, em matéria de controlo das concentrações, a Comissão goza de uma certa margem de discricionariedade na escolha dos instrumentos econométricos à sua disposição, bem como dos ângulos apropriados para o estudo de um fenómeno, desde que essas escolhas não sejam manifestamente contrárias às regras admitidas da disciplina económica e sejam aplicadas de forma consequente (Acórdão de 9 de setembro de 2008, MyTravel/Comissão, T-212/03, EU:T:2008:315, n.º 83).
- 202 Além disso, há que observar que a definição do modelo econométrico destinado a prever os efeitos da concentração sobre o nível dos preços e o controlo dos dados que a alimentam e as diferentes etapas e os diferentes testes que são necessários à sua elaboração assentam em escolhas relativas a elementos simultaneamente técnicos e complexos, escolhas essas que se inserem na margem de apreciação da Comissão.
- 203 Daí resulta que a argumentação da UPS relativa à conformidade do modelo com a prática normalmente seguida na matéria é um elemento pertinente para verificar a existência de uma violação caracterizada do direito da União. No entanto, como acertadamente salienta a Comissão, nem todas as violações das regras admitidas da disciplina económica são, só por si, suficientes para concluir pela existência de uma irregularidade suficientemente caracterizada que permita gerar responsabilidade extracontratual da União.

- 204 Em seguida, as partes estão de acordo em reconhecer que o modelo econométrico utilizado pela Comissão no caso presente visa, a partir dos dados observados no mercado pertinente relativos à concentração e ao nível dos preços, estabelecer, numa primeira fase dita da «estimativa», uma função que explica a relação entre essas duas variáveis. É então possível, numa segunda fase, dita de «previsão», determinar o efeito de uma determinada variação do nível de concentração sobre o nível dos preços, sabendo-se que esse efeito não é constante, mas pode variar segundo o nível de concentração inicial.
- 205 A Comissão alega que o critério seguido no âmbito do seu modelo econométrico se justificava à luz das circunstâncias e das características da operação entre a UPS e a TNT. Quanto à fase da estimativa, explica ter considerado que a utilização de uma variável de concentração contínua suscitava dificuldades econométricas. Para o resolver nos condicionalismos temporais que se lhe impunham, a Comissão considerou que era necessário aplicar uma variável de concentração discretizada na fase da estimativa, a fim de evitar chegar a um erro material.
- 206 Refira-se, porém, que a UPS não contesta o recurso à variável de concentração discretizada utilizada pela Comissão na fase da estimativa.
- 207 Quanto à fase da previsão, a Comissão sustenta que não podia recorrer à variável discretizada utilizada na fase da estimativa. Com três intervalos de concentração, tal variável discretizada teria levado a não prever nenhum efeito sobre os preços quando a variação do nível de concentração se mantivesse dentro de um determinado intervalo. Tal resultado seria irrealista e contrário às observações feitas na fase da estimativa. Nestas condições, a Comissão explica ter considerado que não tinha outra opção, para evitar um erro material, senão regressar a uma variável contínua na fase da previsão, apesar de ter utilizado uma variável de concentração discretizada na fase da estimativa. Segundo a Comissão, esta solução era adequada e razoável. Não há, portanto, nenhum erro substancial nem, por maioria de razão, caracterizado, independentemente da questão de saber se esse método era conforme com a prática econométrica.
- 208 A Comissão sustenta, assim, que é falsa a afirmação de um dos peritos da UPS de que ela alterou os coeficientes do modelo entre a estimativa e a previsão. A Comissão afirma ter utilizado os coeficientes resultantes da estimativa e, na fase da previsão, procedeu à sua interpolação. Trata-se de uma hipótese acrescentada à fase da previsão. Esta hipótese de uma interpolação linear por partes destinava-se a completar o modelo de estimativa para obter um modelo de previsão. O modelo linear segmentado utilizado na fase da previsão é uma forma de função não linear.
- 209 Há que observar que, com estes argumentos, a Comissão explica as razões que a levaram a alterar o modelo da estimativa a fim de prever os efeitos da concentração sobre os preços. A Comissão reconhece ter acrescentado ao modelo utilizado para a estimativa várias características a fim de poder fazer previsões utilizando uma variável de concentração contínua. Por conseguinte, há que reconhecer, em conformidade com as afirmações dos peritos da UPS, que a estimativa e a previsão assentam em modelos que não são idênticos.
- 210 A Comissão também não contesta os peritos da UPS quando afirmam que ela não seguiu a prática econométrica comum, que, no entanto, está na base das regras de boas práticas que a própria Comissão definiu.

- 211 A este respeito, há que observar que a Comissão fixou a linha de conduta que tencionava seguir para a apresentação de provas e para a recolha de dados económicos através da publicação de um documento SEC (2011) 1216 final, de 17 de outubro de 2011, intitulado «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» (Boas práticas para a apresentação de provas económicas e para a recolha de dados nos processos relativos à aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE) (a seguir «boas práticas»), que acompanhava a Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE (JO 2011, C 308, p. 6). Já se declarou que, através dessas comunicações, a Comissão se autolimita no exercício do seu poder de apreciação e não pode afastar-se dessas regras sem ser sancionada, se for caso disso, por violação de princípios gerais de direito, como a igualdade de tratamento ou a proteção da confiança legítima (v., neste sentido, Acórdãos de 28 de junho de 2005, *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, n.º 211, e de 13 de dezembro de 2012, *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, n.º 28).
- 212 As boas práticas visam enquadrar a análise económica a fim de permitir à Comissão e aos órgãos jurisdicionais da União apreciar a sua pertinência e importância. São aplicáveis, nomeadamente, ao controlo das concentrações, tanto no que respeita às partes no processo como à Comissão (pontos 2 e 6 das boas práticas). Segundo o ponto 15 das boas práticas, uma análise económica ou econométrica que não corresponda estritamente aos padrões enunciados nessas boas práticas beneficiará normalmente de um menor valor probatório e pode não ser tomada em consideração.
- 213 Entre os meios previstos pelas boas práticas para garantir a utilização eficaz de provas fiáveis e pertinentes figura principalmente o respeito das técnicas padrão existentes em matéria de análise económica ou econométrica (n.ºs 2 e 3 das boas práticas). Além da qualidade dos dados (n.ºs 20 e 33 das boas práticas), as boas práticas referem-se assim à necessidade de apenas considerar hipóteses testadas e coerentes em relação às características do mercado examinado, de verificar a qualidade dos dados e dos métodos empíricos e de examinar as soluções alternativas possíveis, bem como a robustez dos resultados obtidos (n.ºs 3, 10, 13, 15, 24 e 26 das boas práticas). As múltiplas referências à robustez dos resultados e à sensibilidade das alterações de dados ou à escolha de um método empírico e das hipóteses precisas de modelização (pontos 15, 32, 40 e 41, bem como secções C e E do anexo 1 das boas práticas), revelam a importância que a Comissão atribui a este conceito. Em especial, a secção E do anexo 1 das boas práticas prevê que qualquer estudo empírico deve ser acompanhado de uma análise aprofundada de robustez e que um modelo económico deve, em geral, ser acompanhado de uma análise de sensibilidade relativa às variáveis chave, na medida em que só pode ser determinado o valor plausível e não o valor exato de cada variável.
- 214 As boas práticas dão igualmente uma importância especial à transparência (v. pontos 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 e 43 e secções C e D do anexo 1 das boas práticas), considerada um fator de responsabilidade e de credibilidade (pontos 6 e 43 das boas práticas). Precisam, assim, que as escolhas metodológicas devem ser explicadas e fundamentadas a fim de destacar expressamente as suas vantagens e inconvenientes (pontos 24, 26, 28 das boas práticas), mas também os seus limites (ponto 43 das boas práticas). A utilização de técnicas estatísticas que se afastem dos métodos geralmente aceites deve ser justificada de forma circunstanciada (ponto 29 das boas práticas).
- 215 No caso, a Comissão não respeitou as suas próprias regras de boas práticas, uma vez que se baseou num método não convencional, assente em hipóteses não testadas e não verificadas, sem examinar a robustez dos seus resultados e a sensibilidade do modelo nem revelar às partes essas escolhas e os motivos suscetíveis de as justificar. Importa salientar o contraste entre, por um lado, a

importância que as boas práticas atribuem à transparência e, por outro, a forma como, no caso, a Comissão alterou unilateralmente o modelo para a fase da previsão, sem revelar às partes a natureza dessas alterações. Esta entorse nos princípios resultantes das boas práticas é, aliás, corroborada pela argumentação da Comissão no presente processo, quando reconhece que, se a UPS tivesse podido tomar conhecimento do modelo revisto, as discussões subsequentes teriam então provavelmente incidido sobre os problemas relacionados com essas alterações.

- 216 Apesar destes elementos, o facto de a decisão controvertida assentar, em parte, no modelo econométrico não é suficiente para concluir pela existência de uma ilegalidade suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União. É com razão que a Comissão sublinha que o modelo econométrico é apenas um dos elementos tomados em consideração para efeitos da apreciação da operação projetada. Por mais útil que seja para afinar a compreensão do funcionamento dos mercados afetados pela operação projetada, uma análise quantitativa assente num modelo econométrico, pela sua própria natureza, não pode geralmente constituir a única prova em apoio de uma decisão de incompatibilidade. Com efeito, qualquer modelo assenta em simplificações da realidade, como sublinha justamente a Comissão no ponto 12 das boas práticas. Essa limitação inerente à técnica de modelização implica conferir aos estudos econométricos um valor probatório que não pode ser equiparável à prova material de um facto.
- 217 No caso, para concluir pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva em quinze mercados nacionais com base em efeitos não coordenados, a Comissão, na decisão controvertida, baseou-se, por um lado, numa análise geral das características do mercado em causa e, por outro, numa análise quantitativa, que permite perceber a amplitude dos efeitos previsíveis da concentração no nível dos preços, após ter integrado nessa análise os ganhos de eficiência alegados.
- 218 Em conformidade com o ponto 24 das Orientações, o controlo da existência de efeitos não coordenados num mercado oligopolístico necessita, em substância, de verificar, por um lado, os efeitos diretos da concentração sobre os incentivos das partes na fusão para aumentarem os seus preços e, por outro, os efeitos que a concentração pode gerar nos incentivos dos outros membros do oligopólio para reagirem à concentração aumentando os seus preços.
- 219 A Comissão sublinhou a estrutura oligopolística do mercado pertinente no qual a DHL, a UPS, a TNT e a FedEx detêm conjuntamente entre 90 % e 95 % de quotas (considerando 509 da decisão controvertida). A DHL era a maior concorrente em termos de quotas de mercado, de cobertura geográfica e devido ao desenvolvimento e à densidade da sua rede no EEE. A TNT e a UPS eram concorrentes próximas da DHL (considerandos 626 a 630 da decisão controvertida). Em contrapartida, devido a redes muito mais limitadas, a FedEx estava demasiado distante para rivalizar plenamente com a DHL, bem como com a UPS e a TNT (considerandos 511 a 625; 631 a 635 e 702 a 711 da decisão controvertida).
- 220 A Comissão considerou que a concentração reduziria o número de fornecedores de quatro para três (considerandos 712 a 714 da decisão controvertida) e, em certos mercados nacionais, de três para dois, tendo em conta a fraca posição da FedEx (considerandos 715 a 720 da decisão controvertida). É esse o caso, entre os quinze mercados nacionais que apresentam um entrave significativo a uma concorrência efetiva, dos seguintes Estados-Membros: República Checa (considerando 1061 da decisão controvertida); Dinamarca (considerando 1135 da decisão controvertida); Estónia (considerando 1186 da decisão controvertida); Letónia (considerando 1359 da decisão controvertida); Lituânia (considerando 1411 da decisão controvertida); Malta (considerando 1430 da decisão controvertida); Polónia (considerando 1627

da decisão controvertida); Eslovénia (considerando 1788 da decisão controvertida) Eslováquia (considerando 1734 da decisão controvertida); Finlândia (considerando 1226 da decisão controvertida) e Suécia (considerando 1839 da decisão controvertida).

- 221 Em quatro mercados nacionais que apresentavam um entrave significativo a uma concorrência efetiva (República Checa, Dinamarca, Lituânia e Países Baixos), a entidade formada pela UPS e pela TNT tornar-se-ia líder do mercado com uma quota de mercado superior a 50 % (considerandos 1048 e 1049, 1121, 1393 e 1394 e 1502 a 1503 da decisão controvertida).
- 222 Além disso, a Comissão considerou que o mercado relevante se caracterizava pela existência de grandes barreiras à entrada e à expansão. Devido à necessidade de construir uma infraestrutura em todo o EEE e de dispor de centros de triagem e de redes informáticas, de recolha e de entrega, bem como de transporte aéreo e terrestre, sendo estas barreiras cumulativas, o mercado não teve nenhum novo grande operador durante os últimos 20 anos. Com base nestes elementos, a Comissão considerou que nem os projetos de expansão da FedEx nem os dos outros operadores permitiriam contrariar qualquer estratégia anticoncorrencial instituída pelas partes na concentração (considerandos 741 a 788 da decisão controvertida).
- 223 A Comissão também concluiu que os clientes não tinham poder de compra com compensação suficiente para contrariar um aumento dos preços no mercado após a concentração (considerandos 791 a 799 da decisão controvertida).
- 224 Estes elementos pertencentes à apreciação geral da concentração estão ligados, principalmente, à estrutura do mercado e não são impugnados pela UPS. Permitem relativizar a importância dos desenvolvimentos dedicados, nos considerandos 721 a 740 da decisão controvertida, à quantificação dos efeitos previsíveis da concentração no nível dos preços.
- 225 Há que sublinhar igualmente que certos limites da análise dos efeitos da concentração sobre os preços surgiram à luz das especificidades de determinados mercados nacionais. Por exemplo, a Comissão referiu que o modelo não permitia apreender as especificidades do mercado neerlandês nem do mercado sueco (considerandos 1545 e 1844 a 1845 da decisão controvertida).
- 226 Nestas condições, a afirmação da UPS de que, sem as irregularidades que afetavam a análise dos efeitos da concentração sobre os preços, nenhuma autoridade da concorrência se teria oposto à operação projetada assenta numa leitura errada da decisão controvertida. Contrariamente ao que alega a UPS, o simples facto de a Comissão ter utilizado um modelo viciado por irregularidades não basta para concluir que essas irregularidades são suficientemente caracterizadas para poderem gerar responsabilidade extracontratual da União.
- 227 Importa igualmente ter presente a utilidade dos modelos económicos, em especial no contexto do controlo de uma concentração suscetível de dar lugar a efeitos não coordenados num mercado oligopolístico. A Comissão deve dispor de margem de manobra para não paralisar a sua ação ou inverter o recurso a tais instrumentos quantitativos que, pelo seu rigor e objetividade, contribuem para a qualidade da análise económica.
- 228 Tendo em conta todos estes elementos e após ter ponderado os interesses em presença, há que concluir que as irregularidades alegadas pela UPS relativamente ao modelo económico da Comissão não são suficientemente caracterizadas para poderem gerar responsabilidade extracontratual da União. Por conseguinte, há que rejeitar a argumentação da UPS.

2) Quanto aos ganhos de eficiência

i) Observações preliminares

- 229 A UPS sustenta que a análise dos ganhos de eficiência na decisão controvertida está ferida de uma ilegalidade que constitui uma violação suficientemente caracterizada. Nenhuma autoridade da concorrência normalmente prudente e diligente teria concluído que a natureza e a quantidade dos elementos de prova apresentados no procedimento administrativo não permitiam considerar, numa medida razoável, que a concretização desses ganhos era racional, na aceção do ponto 86 das Orientações.
- 230 A UPS afirma que, se a Comissão tivesse aceitado mesmo apenas uma fração dos ganhos de eficiência alegados diferentes dos 65 milhões de euros de sinergias a título dos transportes aéreos e dos serviços de assistência em escala na Europa, já não estaria em condições de proibir a operação, apesar da sua análise errada e não convencional dos efeitos da concentração sobre os preços. Se a Comissão tivesse avaliado a operação entre ela e a TNT com a mesma metodologia utilizada no processo relativo à operação entre a FedEx e a TNT, deveria ter aceitado uma maior proporção das alegadas sinergias.
- 231 A UPS contesta que o ónus da prova em matéria de ganhos de eficiência incumba inteiramente à parte que notificou uma concentração. Considera que tal interpretação permitiria à Comissão rejeitar qualquer sinergia alegada sem fornecer explicações.
- 232 Como foi anteriormente exposto na análise das alegações de falta de comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência, é à parte que notificou uma concentração que incumbe apresentar prova precisa e convincente que permita, tanto quanto possível, quantificar os ganhos de eficiência esperados, não obstante a obrigação da Comissão de instruir com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes e fundamentar a sua apreciação de forma suficiente. Por conseguinte, é improcedente a argumentação da UPS relativa à violação das regras que regulam o ónus da prova.

ii) Quanto à avaliação dos ganhos de eficiência alegados pela UPS

- 233 A UPS alega que, se tivesse podido tomar conhecimento dos critérios com base nos quais a maior parte das sinergias que pretendia retirar da operação entre ela e a TNT foram rejeitadas por serem inverificáveis pela Comissão, teria podido convencê-la da existência desses ganhos.
- 234 Todavia, esta argumentação já foi rejeitada no termo da análise das alegações de falta de comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência.
- 235 A UPS acrescenta que essas sinergias constituíam a razão de ser do seu projeto de aquisição da TNT. Devido à complementaridade das redes dessas empresas, a UPS afirma que podia reduzir os seus custos e concorrer de forma mais eficaz com a DHL, a sua principal rival no mercado europeu. Nas negociações, o seu conselho de administração e o da TNT previram, com base em análises de peritos, com prudência e em conformidade com a regulamentação neerlandesa aplicável, sinergias compreendidas entre 400 e 550 milhões de euros por ano (sendo a mediana de 503 milhões de euros por ano), estimativa refletida no preço da oferta pública de aquisição de 9,50 euros por ação.

- 236 A UPS alega ter submetido essas previsões à Comissão, para que esta última as tivesse em conta na sua apreciação sobre a operação projetada, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004 e com os pontos 76 e seguintes das Orientações. Contudo, a Comissão aceitou tomar em consideração apenas as sinergias ligadas à rede aérea europeia e à assistência em escala durante os três primeiros anos seguintes à conclusão da operação, no montante de 65 milhões de euros por ano.
- 237 A UPS afirma que, ao rejeitar desta forma o saldo de 438 milhões de euros de sinergias anuais por serem inverificáveis, a Comissão cometeu um grave erro de apreciação.
- 238 A UPS critica a Comissão por não ter tomado em consideração as seguintes sinergias, que são examinadas mais pormenorizadamente:
- rede aérea e assistência em escala na Europa (quarto ano): 43 milhões de euros;
 - custos administrativos; 210 milhões de euros;
 - transporte aéreo transatlântico: 25 milhões de euros;
 - transporte aéreo por conta de outrem: 33 milhões de euros;
 - transporte rodoviário de linhas em rede entre aeroportos de escala e linhas de afluência: 22 milhões de euros;
 - instalação, 17 milhões de euros;
 - rede em matéria de PUD (a seguir «rede PUD»): 40 milhões de euros;
 - prestações de serviços externos: 48 milhões de euros.
- 239 A UPS considera que, mesmo que só uma pequena fração dos ganhos de eficiência rejeitados tivesse sido aceite como verificável, é manifesto que não teria havido a mínima base para adotar uma decisão de proibição.
- *Quanto à rede aérea e assistência em escala na Europa (quarto ano)*
- 240 A UPS critica a Comissão por ter rejeitado, no considerando 905 da decisão controvertida, as sinergias ligadas à rede aérea e à assistência em escala para além dos três anos posteriores à operação de concentração entre ela e a TNT, pelo facto de esse horizonte de tempo implicar uma maior incerteza e benefícios menos rápidos para os consumidores. Entende que essa apreciação é manifestamente errada e contraditória, uma vez que, no considerando 902 dessa decisão, a Comissão reconheceu que as sinergias eram as mesmas no quarto ano, que reflete a implementação gradual da integração.
- 241 Para responder a esta argumentação, há que lembrar que a consideração das alegadas sinergias consiste, por definição, em avaliar o valor dos fluxos futuros, sob a forma de ganhos ou de economias, avaliação que depende necessariamente do horizonte temporal e da probabilidade de realização desses ganhos ou dessas economias. É assim que os pontos 83 e 87 das Orientações sublinham que, de um modo geral, quanto mais afastados no tempo forem os ganhos de eficiência projetados, menos poderá a Comissão atribuir-lhes peso ou considerá-los prováveis. Nos

considerandos 905 e 906 da decisão controvertida, a Comissão optou por limitar, em princípio aos três primeiros anos, a consideração dos ganhos de eficiência esperados. Em contrapartida, para a sua avaliação geral, a Comissão declarou tomar em consideração as projeções relativas ao quarto ano, reduzindo simultaneamente o peso que lhes devia ser atribuído tendo em conta as incertezas e a complexidade da integração das redes aéreas e dos serviços de assistência em escala.

242 A argumentação da UPS consiste essencialmente em afirmar que a credibilidade das suas projeções de ganhos de eficiência futuros é superior à que a Comissão efetivamente lhe reconheceu. Contudo, tendo em conta o caráter incerto desses ganhos e o horizonte temporal invocado pela UPS, nenhum dos seus argumentos permite concluir que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada de norma jurídica que tivesse por objeto conferir direitos aos particulares, suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União.

– *Quanto aos custos administrativos*

243 Segundo a UPS, as sinergias administrativas, no que lhe diz respeito e à TNT, resultam da combinação das sedes e das funções gerais centrais na Europa. Os ganhos de eficiência esperados deviam ter atingido a quantia de 210 milhões de euros em quatro anos graças a uma redução dos efetivos combinados de 11 % para as funções de gestão e de 12 % para as funções administrativas, sendo estes objetivos inferiores à experiência adquirida por ela.

244 No considerando 891 da decisão controvertida, a Comissão rejeitou essas economias, pelo facto de dizerem respeito a custos fixos que não podiam ser repercutidos nos consumidores. A UPS considera que esse raciocínio é errado e contraditório. Enquanto a Comissão utilizou uma taxa de repercussão dos ganhos de eficiência de 67 % nos custos médios totais (custos variáveis e custos fixos), deveria ter aplicado essa taxa aos custos administrativos e considerar que 67 % das economias realizadas nos mesmos seriam repercutidas nos consumidores, sendo o resto absorvido por ela. Inversamente, se a Comissão pretendia recusar, em conformidade com o considerando 891 da decisão controvertida, aplicar essa taxa aos custos fixos, deveria então, por coerência, aplicar uma maior taxa de repercussão sobre os custos variáveis. Isso teria levado então a maiores ganhos de eficiência para ela e uma redução do número de mercados potencialmente afetados por um entrave significativo a uma concorrência efetiva.

245 Todavia, há que lembrar que, no considerando 891 da decisão controvertida, a Comissão reconheceu, em substância, que, do ponto de vista contabilístico, os custos administrativos podiam ser repartidos pelos diferentes serviços e mercados nacionais de acordo com os volumes de encomendas tratados. No entanto, do ponto de vista económico, esse modo de repartição não permitia determinar a forma como esses custos fixos contribuía para determinar o preço de cada contrato adicional. Considerando que era incerta a resposta à questão de saber em que medida as economias de custos administrativos podiam influenciar os preços dos produtos relevantes para justificar que fossem tidas em conta, a Comissão, no considerando 892 da decisão controvertida, considerou que essas economias, conforme apresentadas pela UPS, não eram verificáveis e não podiam, por conseguinte, ser tidas em conta. Resulta igualmente deste considerando da decisão controvertida que as considerações relativas à repercussão nos consumidores das economias ligadas aos custos administrativos só eram apresentadas a título subsidiário, na hipótese de essas economias serem verificáveis.

246 Pela sua natureza, as sinergias ligadas à redução dos custos administrativos na sequência da fusão concretizam-se através de uma redução dos custos fixos da empresa. Ora, como sublinhado no ponto 80 das Orientações, as melhorias da rentabilidade que conduzem a reduções dos custos

variáveis ou marginais são mais suscetíveis de ser pertinentes para a apreciação dos ganhos de eficiência do que as reduções dos custos fixos, uma vez que, em princípio, é mais provável que impliquem uma redução dos preços no consumidor. A Comissão não cometeu, portanto, erro algum ao rejeitar as sinergias associadas à redução dos custos administrativos pelo facto de não serem pertinentes para efeitos da apreciação dos ganhos de eficiência. Sendo as críticas da UPS relativas à repercussão dessas economias nos consumidores dirigidas contra apreciações subsidiárias, não são pertinentes e devem ser rejeitadas.

247 Daí resulta que, no que respeita aos ganhos de eficiência associados à redução dos custos administrativos, nenhum elemento invocado pela UPS permite considerar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objeto conferir direitos aos particulares, suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União.

– *Quanto ao transporte aéreo transatlântico*

248 A UPS critica a apreciação pela qual a Comissão, nos considerandos 882 e 883 da decisão controvertida, rejeitou as economias estimadas em 25 milhões de euros no respeitante ao transporte aéreo transatlântico, com o fundamento de essa estimativa não ter sido verificada. A UPS lembra que pretendia suprimir a única ligação transatlântica da TNT entre Liège (Bélgica) e Nova Iorque (Estados Unidos), na medida em que dispunha de capacidade suficiente para absorver 75 % do volume dessa linha. A Comissão rejeitou os cálculos que tinham conduzido a uma estimativa de 25 milhões de euros, por assentarem na hipótese de a TNT explorar um Boeing 767, quando, na realidade, explorava um Boeing 777. Ora, sendo os custos deste último superiores aos do outro aparelho, as economias realizadas eram muito maiores.

249 Refira-se, porém, que, nos considerandos 881 a 883 da decisão controvertida, a Comissão não rejeitou a existência dos ganhos de eficiência alegados. Considerou que esses ganhos não eram verificáveis, uma vez que a UPS tinha baseado os seus cálculos na situação da rede da TNT em 2007, sem tomar em consideração o facto de, posteriormente, a TNT ter utilizado aviões de maior capacidade.

250 Para demonstrar o carácter errado desta apreciação, a UPS juntou, em apoio da petição, vários cálculos destinados a sustentar a amplitude dos ganhos que esperava das sinergias resultantes dos serviços de transporte aéreo transatlântico. Ora, há que observar que esses elementos não foram submetidos à Comissão durante o procedimento administrativo, não obstante o facto de a comunicação de objeções, no seu n.º 725, chamar a atenção da UPS para o carácter dificilmente verificável das suas estimativas de ganhos de eficiência. Assim, a UPS apresenta várias folhas de cálculo relativas à utilização da sua capacidade de transporte aéreo transatlântico em 2012 (anexo A.35 da petição), que, como a própria UPS confessa, não foram apresentadas no procedimento administrativo. No entanto, cabia à UPS fazer prova, no procedimento administrativo, não só da existência dos ganhos de eficiência cuja existência alegava mas também dos elementos verificáveis em que se baseava para os quantificar. A argumentação da UPS relativa aos serviços aéreos transatlânticos é infundada e deve ser rejeitada.

– *Quanto ao transporte por conta de outrem*

251 A UPS esperava realizar economias, transportando nos seus próprios aparelhos as encomendas que a TNT encaminhava em voos comerciais operados por terceiros. A Comissão, no considerando 889 da decisão controvertida, rejeitou essas economias, pelo facto de a UPS não ter

demonstrado poder absorver o volume de TNT nos seus próprios aparelhos. A UPS critica a Comissão por não ter suscitado esta questão no procedimento administrativo quando ela dispunha de todos os elementos para lhe responder de forma convincente.

252 Contrariamente ao que alega a UPS, não incumbia à Comissão convidá-la a fornecer os elementos de prova que permitissem sustentar os ganhos de eficiência alegados. Cabia à UPS fazer prova não só da existência dos ganhos de eficiência cuja existência alegava mas também dos elementos verificáveis em que se baseava para os quantificar. A argumentação da UPS é e deve ser julgada improcedente.

– *Quanto ao transporte rodoviário de linhas em rede*

253 Segundo a UPS, a projetada aquisição ter-lhe-ia permitido racionalizar a sua rede de transporte rodoviário de linhas dentro do EEE combinando-a com a da TNT, graças ao seu modelo logístico «hub feeder network optimisation model» (modelo de otimização da rede de um centro de recolha; a seguir «modelo HFNO») aplicado aos dados de três mercados (Alemanha, Itália e Reino Unido), que constituem uma boa amostra das redes dos diferentes mercados europeus. Nos considerandos 866 e 867 da decisão impugnada, a Comissão rejeitou essas economias, pelo facto de as justificações fornecidas serem parciais e pouco fiáveis. A UPS contesta esta apreciação. Afirma que as estimativas da sua futura rede única eram sólidas, prudentes e fiáveis. A UPS alega ter conseguido avaliar, com uma margem de prudência, sinergias de custos da ordem dos 15 %. Embora tenha sido obrigada a alterá-las à luz dos dados fornecidos pela TNT, a UPS considera, todavia, que as diferenças assim observadas não são significativas e explicam-se por divergências metodológicas entre ela e a TNT.

254 A Comissão contesta estas alegações. Sustenta, nomeadamente, que a UPS afirma mas não demonstra que os mercados da Alemanha, da Itália e do Reino Unido constituem uma «amostra adequada», na falta de qualquer elemento que permita verificar a veracidade dessa afirmação.

255 A este respeito, há que observar que, segundo os considerandos 865 e 866 da decisão controvertida, os ganhos de eficiência alegados foram calculados pela UPS graças ao seu modelo HFNO, a partir dos dados relativos a três mercados nacionais. A UPS considerou que esses resultados podiam ser estendidos a todos os outros mercados, sem dar qualquer razão para tal. Assim, a Comissão invocou, em substância, a falta de prova da representatividade da amostra utilizada pela UPS.

256 No entanto, verifica-se que, na sua resposta à comunicação de acusações, a UPS forneceu um documento (anexo 4.8 da comunicação de objeções) que explica as razões que levaram à seleção dos três contratos nacionais que compõem a amostra. Com efeito, resulta desse documento que esses mercados ilustram três casos que caracterizam as relações entre os volumes da UPS e da TNT, a saber, volumes superiores (Alemanha), inferiores (Itália) e iguais (Reino Unido). Estes três mercados foram seguidamente modelizados como uma rede única. Nestas condições, a Comissão não pode alegar que, no procedimento administrativo, a UPS não forneceu explicações sobre a metodologia seguida para selecionar uma amostra dos três mercados que considerava representativos.

257 Abstraindo deste erro, refira-se que, segundo o considerando 867 da decisão controvertida, a Comissão convidou a UPS a precisar os seus cálculos baseados nessa amostra tendo em conta os dados da TNT. No termo desse exercício, verificou-se que, para certos contratos nacionais, os

resultados assim obtidos apresentavam diferenças significativas em relação às estimativas iniciais da UPS. Devido a estas diferenças, a Comissão considerou que a quantificação dos ganhos de eficiência esperados era incerta.

- 258 Há que observar que a existência dessas diferenças qualificadas de «significativas» é suscetível de pôr em dúvida a validade da estimativa dos ganhos de eficiência alegados pela UPS a partir do seu modelo HFNO. Embora a UPS conteste a importância dessas diferenças, não desenvolveu argumentos específicos a esse respeito nem apresentou números que permitam pôr em causa o acerto da constatação feita no considerando 867 da decisão controvertida. A UPS, não deixando de reconhecer a existência dessas diferenças, sustentou que estas não eram devidas a diferenças substanciais entre os dados estimados e os dados reais, mas antes à escolha de uma base diferente sobre a qual a TNT repartiu os seus custos.
- 259 Tendo em conta estes elementos, há que considerar que a UPS não conseguiu demonstrar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objeto conferir direitos aos particulares, suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União, quando decidiu que a estimativa dos ganhos de eficiência relativos à rede rodoviária de linhas em rede era demasiado incerta para poder ser considerada verificada. A argumentação da UPS deve, portanto, ser rejeitada.

– *Quanto às instalações*

- 260 A UPS critica a Comissão por ter rejeitado, no considerando 863 da decisão controvertida, como não verificadas, as economias projetadas relativas à racionalização das instalações que se tornaram redundantes devido à operação de concentração projetada, pelo facto de os dados fornecidos cobrirem alguns países. A UPS alega que essa apreciação é falsa: afirma ter entregado à Comissão cálculos detalhados relativos a 112 das 118 instalações que previa encerrar.
- 261 Refira-se que, no considerando 862 da decisão controvertida, a Comissão afirmou que a UPS tinha calculado as economias esperadas da racionalização das suas instalações a partir de uma estimativa do custo anual por instalação multiplicado pelo número total de instalações destinadas a ser encerradas. O valor assim atingido foi em seguida multiplicado pelo valor anual médio dos custos de funcionamento de uma instalação, avaliado em 330 000 euros. O resultado dessa operação (18 milhões de euros) foi seguidamente ajustado e reduzido para 17 milhões de euros.
- 262 A Comissão, nos considerandos 863 e 864 da decisão controvertida, considerou que esse método era impreciso por duas razões. Primeiro, esse método baseava-se nos dados relativos a um pequeno número ou a um grupo de países apesar do facto de as economias previstas serem específicas de cada país. Segundo, esse método assentava na premissa de que a totalidade dos custos associados a uma instalação destinada a fechar constitui uma economia. Ora, como os volumes processados por essas instalações deviam ser transferidos para outras instalações, seria necessário calcular a economia líquida comparando os custos de tratamento antes da fusão com os custos adicionais após a fusão.
- 263 Esta segunda objeção da Comissão equivale, em substância, a criticar a UPS por não ter distinguido suficientemente na sua avaliação as economias projetadas entre as relativas aos custos fixos e as relativas aos custos variáveis. Ora, como foi anteriormente recordado quanto aos ganhos de eficiência relativos às sinergias dos custos administrativos, as melhorias da

rentabilidade que conduzem a reduções dos custos variáveis ou marginais são mais suscetíveis de ser pertinentes para a apreciação dos ganhos de eficiência do que para as reduções dos custos fixos.

264 No entanto, há que observar que a argumentação da UPS não aborda esta questão e concentra-se exclusivamente no primeiro problema suscitado pela Comissão. Nestas condições, esta argumentação não permite considerar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tem por objeto conferir direitos aos particulares, suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União, ao considerar que a estimativa das economias ligadas ao encerramento de instalações redundantes não podia ser acolhida devido à sua falta de fiabilidade.

– *Quanto à rede PUD*

265 A UPS critica a Comissão por ter rejeitado, nos considerandos 853 e 854 da decisão controvertida, a quantificação das sinergias previstas na racionalização da rede PUD, pelo facto de os seus cálculos não poderem ser verificados.

266 A UPS alega, em primeiro lugar, que a Comissão não pôs em causa a existência dessas sinergias, mas unicamente a sua avaliação. A Comissão não expôs o critério com base no qual estava disposta a aceitar esses cálculos e a colocar-lhe questões.

267 Todavia, não cabia à Comissão convidar a UPS a fornecer a prova dos ganhos de eficiência alegados. Cabia à UPS fazer prova não só da existência dos ganhos de eficiência cuja existência alegava mas também dos elementos verificáveis em que se baseava para os quantificar. Por conseguinte, este primeiro argumento da UPS deve ser julgado improcedente.

268 Em segundo lugar, quanto ao argumento da UPS de que as justificações invocadas pela Comissão em apoio da rejeição dos ganhos de eficiência nunca lhe foram comunicadas no procedimento administrativo, há que recordar que já foi rejeitado no termo da análise das alegações de falta de comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência.

269 Em terceiro lugar, a UPS alega que os fundamentos pelos quais a Comissão rejeitou a consideração dos ganhos de eficiência relativos à rede PUD são manifestamente errados.

270 Há que lembrar que, nos considerandos 851 e 852 da decisão controvertida, a Comissão reconheceu a existência de ganhos de eficiência resultantes das sinergias relativas à combinação das redes PUD. No entanto, nos considerandos 853 e 854 da mesma decisão, rejeitou a avaliação do seu montante pela UPS, devido à sua falta de fiabilidade. Mais especificamente, a Comissão sublinhou a fraca representatividade e a antiguidade dos dados fornecidos pela UPS.

271 Quanto à representatividade dos dados, resulta do considerando 824 da decisão controvertida que a UPS se baseou numa estimativa das economias de motoristas realizadas em cada mercado nacional (45 milhões de euros), ajustada em baixa para chegar a uma estimativa de 40 milhões de euros. A Comissão salientou, no entanto, que esse cálculo só assentava em dados detalhados no respeitante aos mercados alemão, francês, do Benelux (que agrupa Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos), da Irlanda e do Reino Unido. O resto do contrato estava repartido em dois grupos, a saber, o da «Europa de Leste» e o do «resto da Europa», para os quais a UPS procedeu a uma estimativa da redução média dos motoristas, sem fornecer explicações a esse respeito. Uma vez que as economias ligadas à rede PUD estavam estreitamente ligadas às condições de cada

mercado, a Comissão entendeu, no considerando 853 da decisão controvertida, que a UPS se devia ter baseado nos dados relativos a cada mercado em vez de aplicar uma estimativa a um grupo de países. A Comissão deduziu daí que a estimativa das sinergias relativas à rede PUD não era fiável para estes dois grupos.

- 272 A este respeito, a UPS observa que os países abrangidos pelas categorias «Europa de Leste» e «resto da Europa» representavam apenas 9 dos 40 milhões de economias previstas, sendo os outros países repartidos por quatro grupos segundo as características das suas redes (a saber, o número de condutores e o número de paragens por milha).
- 273 Refira-se, porém, que a UPS não contesta a objeção principal da Comissão relativa à não consideração dos dados próprios de cada mercado, apesar das diferenças de custos existentes entre esses mercados. Ora, a avaliação dos ganhos de eficiência alegados tem por finalidade verificar, nos mercados que dão lugar a um entrave significativo a uma concorrência efetiva, se esses ganhos são suscetíveis de contrabalançar os efeitos anticoncorrenciais que a concentração poderá produzir. Quando, como no caso presente, esses efeitos anticoncorrenciais se situam no território de certos Estados-Membros, é necessário poder verificar, em cada um desses mercados nacionais, se os ganhos alegados se traduzirão numa vantagem líquida para os consumidores.
- 274 Por conseguinte, na falta de indícios contrários apresentados pela UPS, há que reconhecer que o critério seguido pela UPS, que consiste em privilegiar a aplicação para um conjunto de países de uma taxa única derivada de um modelo constituído a partir de quatro grupos de mercados nacionais, parece menos precisa e menos fiável do que o de se basear nos dados de cada mercado para chegar a uma estimativa média aplicável a todos.
- 275 Refira-se ainda que, nos quinze mercados nacionais que apresentam um entrave significativo a uma concorrência efetiva, só os Países Baixos não integram nem a categoria da «Europa de Leste» nem a categoria do «resto da Europa». Ora, como a própria UPS admitiu, o valor total dos ganhos de eficiência ligados à rede PUD só atingia 9 milhões de euros para estes dois grupos de mercados nacionais. É, portanto, muito pouco provável que o mercado dos Países Baixos possa, por si só, representar economias que justifiquem que as sinergias sejam avaliadas até aos 40 milhões de euros alegados pela UPS. Daí resulta que os ganhos de eficiência pertinentes para avaliar a situação dos mercados nacionais em que a Comissão concluiu pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva são provavelmente de medida consideravelmente inferior aos 40 milhões de ganhos alegados. O argumento da UPS não permite, portanto, desmentir a validade da apreciação, enunciada no considerando 855 da decisão controvertida, segundo a qual os dados relativos aos mercados diferentes da Alemanha, da França, da Irlanda e do Reino Unido não permitem demonstrar o caráter verificável dos ganhos de eficiência estimados para os outros mercados.
- 276 Quanto à antiguidade dos dados, resulta do considerando 854 da decisão controvertida que a Comissão referiu que a UPS se tinha baseado num modelo elaborado em 2007 com base em dados de 2002, para avaliar os ganhos resultantes da otimização da rede PUD no âmbito de discussões que já incidiam sobre a possibilidade de adquirir a TNT.
- 277 Para atualizar esses resultados em função da situação em 2011, a UPS reduziu essas estimativas em proporções que variam de um mercado para outro, sem explicar o método aplicado de outra forma para além de o qualificar de «conservador».

- 278 A UPS afirma que os seus cálculos eram detalhados, fiáveis e tinham em conta as suas taxas de crescimento entre 2007 e 2011, bem como as variações na densidade da rede PUD.
- 279 Todavia, os dois documentos invocados pela UPS em apoio destas alegações (anexos A.38.1 e A.38.2 da petição) confirmam a descrição da metodologia feita no considerando 854 da decisão controvertida. Esses documentos não contêm indicações precisas sobre a forma como os resultados do estudo realizado em 2007 foram atualizados em 2011. Limitam-se a afirmar que, sendo sãs as bases dessa análise, a UPS tinha tomado a decisão de, simplesmente, ajustar em baixa e de forma significativa essas estimativas iniciais de economias de custos a fim de refletir as incertezas resultantes das alterações das condições de mercado.
- 280 Nestas condições, há que concluir que a UPS não conseguiu demonstrar que a Comissão cometeu, quanto a este aspeto, uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objeto conferir direitos aos particulares, suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União.

– *Quanto aos prestadores de serviços externos*

- 281 Nos considerandos 857 a 861 da decisão controvertida, a Comissão indicou que a estimativa da UPS quanto aos ganhos de eficiência ligados à racionalização dos custos em matéria de PUD sujeitos à subcontratação é ainda mais incerta do que a dos ganhos de eficiência resultantes da sua própria rede PUD, na medida em que essa estimativa assenta em hipóteses extremamente simplificadas e não em dados próprios de cada mercado nacional. Assim, a Comissão referiu que nenhuma explicação era dada pela UPS em apoio da alegada redução de 6 %, tendo-se esta limitado a afirmar que essa percentagem refletia os volumes combinados mais elevados, bem como os benefícios daí resultantes para a triagem. Além disso, os consultores contratados pela UPS revelaram que os dados relativos aos volumes da TNT diferiam dos utilizados para calcular os ganhos de eficiência, sem que, no entanto, a UPS tenha tentado utilizar esses dados para chegar a uma medida mais realista dos ganhos de eficiência. A Comissão deduziu daí que não estava em condições de verificar a ordem de magnitude dos ganhos de eficiência ligados aos prestadores de serviços externos e rejeitou, por serem inverificáveis, os ganhos alegados pela UPS.
- 282 A UPS critica a Comissão por ter considerado que as suas projeções não assentavam numa análise detalhada por país, mas sim numa taxa média de 6 %, e que pareciam pouco fiáveis. A UPS considera que esta análise é manifestamente errada.
- 283 A UPS alega, em primeiro lugar, que a utilização de uma taxa média para todos os países é conforme com o critério anteriormente descrito relativamente à rede PUD para os países abrangidos pela categoria do «resto da Europa».
- 284 Importa recordar que, em conformidade com os princípios que regem o ónus da prova dos ganhos de eficiência, cabia à UPS justificar a aplicação da taxa de 6 % a todos os mercados nacionais, em especial devido às diferenças de custos existentes entre esses mercados. Há que considerar, à semelhança do que foi anteriormente exposto no que respeita à rede PUD, que a utilização de uma taxa de economia média aplicável a um conjunto de países, sem justificações particulares, parece menos precisa e menos fiável do que calcular, a partir dos dados de cada mercado, uma estimativa média aplicável a todos. Daqui resulta que o argumento da UPS não revelou nenhum elemento que permita considerar que os fundamentos expostos pela Comissão no considerando 858 da decisão controvertida estão errados.

- 285 Em segundo lugar, a UPS denuncia uma incoerência metodológica. A Comissão aceitou a utilização de taxas médias para um mesmo grupo de países, no que respeita à rede aérea e à assistência em escala na Europa (quarto ano), mas rejeitou-a, no que respeita à recolha e entrega por prestadores de serviços externos.
- 286 Todavia, como foi anteriormente referido quanto aos ganhos de eficiência ligados aos custos em matéria de PUD, resulta dos considerandos 824, 853 e 858 da decisão controvertida que esses custos estão estreitamente ligados às condições locais existentes em cada mercado nacional. A Comissão observa que esta situação não é comparável à da rede aérea europeia nem à dos serviços de assistência em escala, sem que a UPS tenha oposto qualquer refutação quanto a este aspeto. Tendo em conta estas justificações, há que admitir que, devido a estas diferenças, a argumentação da UPS não permite revelar a existência de uma incoerência metodológica que possa constituir um erro de apreciação que apresente um carácter manifesto e grave.
- 287 Em terceiro lugar, a UPS explica as razões pelas quais, após a utilização dos dados da TNT, os resultados provenientes do seu modelo não foram alterados de forma significativa. A principal alteração ocorrida dizia respeito ao critério de repartição das sinergias sem que com isso a avaliação global do seu montante fosse alterada.
- 288 Contudo, essa argumentação não permite pôr em causa os elementos enunciados nos considerandos 859 e 860 da decisão controvertida, dos quais resulta que, apesar dos dados relativos aos volumes atuais da TNT muito diferentes dos inicialmente estimados pela UPS e, conseqüentemente, de uma grande revisão das economias inicialmente projetadas, nomeadamente nos mercados alemão, da Irlanda e do Reino Unido, a UPS não tentou avaliar com mais precisão os ganhos esperados para cada um dos mercados nacionais pertinentes.
- 289 Tendo em conta todos estes elementos, há que concluir que a UPS não conseguiu demonstrar a existência de erros na apreciação do carácter verificável dos ganhos de eficiência alegados suscetíveis de gerar responsabilidade extracontratual da União.

3) Quanto à disparidade de tratamento em relação à operação entre a FedEx e a TNT

- 290 A UPS denuncia uma disparidade de tratamento entre a concentração entre ela e a TNT e a concentração entre a FedEx e a TNT. Enquanto, no termo de um trabalho de avaliação rigoroso, anunciou publicamente que esperava obter 503 milhões de euros de sinergias da aquisição da TNT logo no primeiro ano, a FedEx não divulgou nenhuma estimativa ao público por seu lado. A Comissão aceitou, no entanto, as sinergias apresentadas pela FedEx, depois de lhe ter colocado questões, com base nos trabalhos de consultores contratados para o processo de controlo dessa concentração e que nunca tinham sido divulgados publicamente, o que é inexplicável para uma empresa cotada em bolsa.
- 291 A este respeito, a UPS critica a Comissão por ter avaliado as sinergias com base num critério muito mais estrito do que o que utilizou para a concentração entre a FedEx e a TNT. Se a Comissão tivesse tratado a UPS da mesma forma que a FedEx, deveria ter aceitado todos os ganhos de eficiência alegados. No âmbito da operação entre a FedEx e a TNT, a Comissão aceitou um grande número de sinergias apesar de não terem suporte em elementos tão probatórios como os invocados por ela. A FedEx recusou-se a publicar qualquer quantificação das potenciais sinergias logo com a sua oferta de compra e nunca apresentou documentos internos a este respeito.

- 292 Na decisão relativa à operação entre a FedEx e a TNT, a Comissão aceitou sinergias relativas ao transporte aéreo transatlântico a partir das capacidades de transporte do adquirente, sem pedir cálculos detalhados. Na falta de informações mais amplas na versão pública da decisão sobre a operação entre a FedEx e a TNT, a UPS sugere ao Tribunal Geral que obtenha essas informações através de uma diligência de instrução.
- 293 Quanto à rede PUD, a UPS observa que, no processo relativo à operação entre a FedEx e a TNT, a Comissão aceitou tomar em consideração esse tipo de sinergias apesar da apresentação de provas menos pormenorizadas do que as apresentadas por ela.
- 294 Há que lembrar que a Comissão deve analisar cada operação de concentração à luz das suas próprias características e das do mercado pertinente. Com efeito, qualquer concentração deve ser apreciada individualmente e à luz das circunstâncias factuais e jurídicas aplicáveis (v., neste sentido, Acórdão de 16 de maio de 2018, Deutsche Lufthansa/Comissão, T-712/16, EU:T:2018:269, n.º 131). Quando a Comissão decide sobre a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum com base numa notificação e num processo específicos dessa operação, um demandante não pode pôr em causa as suas considerações pelo facto de diferirem das feitas anteriormente noutro procedimento, com base numa notificação e num processo diferentes, mesmo supondo que os mercados em questão nos dois procedimentos são semelhantes ou mesmo idênticos (Acórdãos de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 118, e de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.º 142).
- 295 No caso, embora incidam sobre o mesmo mercado, as operações entre a UPS e a TNT e a FedEx e a TNT, notificadas com cerca de três anos de diferença, não envolvem as mesmas partes. Ora, por natureza, os ganhos de eficiência estão diretamente ligados às características individuais das partes na concentração.
- 296 Devido, nomeadamente, às características da FedEx e à proximidade concorrencial entre a UPS e a TNT, a Comissão concluiu que a operação entre a FedEx e a TNT não dava lugar a um entrave significativo a uma concorrência efetiva. A entidade resultante dessa fusão tem que enfrentar duas rivais poderosas, a DHL e a UPS (considerandos 444 a 446 e 630 a 689 da decisão sobre a operação entre a FedEx e a TNT) e a FedEx e a TNT, embora concorrentes, oferecem em certa medida serviços complementares e não são concorrentes próximas. A FedEx é especializada nas ligações entre o EEE e o resto do mundo, ao passo que a oferta da TNT se centra nas ligações internacionais no interior do EEE (considerandos 590, 591 e 687 a 689 da decisão sobre a operação entre a FedEx e a TNT), sem que a TNT possa, por outro lado, ser considerada uma concorrente suscetível de deter uma posição concorrencial específica de «franco-atirador» ou uma importante fonte de expansão no mercado (considerandos 650, 692 a 714 da decisão relativa à operação entre a FedEx e a TNT). A análise dos efeitos da concentração sobre os preços não demonstrou um impacto estatisticamente significativo sobre os preços e, em todo o caso, a Comissão indica que os ganhos de eficiência esperados compensariam esse impacto (considerandos 468 a 497, 515 a 588 e 771 a 805 da decisão sobre a operação entre a FedEx e a TNT).
- 297 Não se pode, portanto, deixar de observar que as concentrações entre a UPS e a TNT e entre a FedEx e a TNT diferem de forma significativa em numerosos pontos, em particular no facto de a FedEx e a TNT não serem concorrentes próximas, ponto pertinente para o exame das sinergias resultantes da combinação dessas empresas e que a UPS não impugna.

- 298 Além disso, a demandante não fundamenta a sua argumentação de que as provas que apresentou à Comissão relativamente às sinergias previstas foram apreciados à luz de um padrão de prova diferente do aplicado no âmbito da concentração entre a FedEx e a TNT. Em especial, não demonstra que as provas que forneceu quanto ao transporte aéreo transatlântico e à rede PUD tinham força probatória e pertinência semelhantes às que tinham sido aceites no âmbito dessa concentração e que, por isso, a Comissão teria tratado provas idênticas ou semelhantes de maneira diferente.
- 299 Na falta de qualquer indício suscetível de revelar uma desigualdade de tratamento, de uma alegação ou de uma prova relativa a outra causa de ilegalidade, a constatação de diferenças de apreciação dos ganhos de eficiência entre a decisão relativa à operação entre a FedEx e a TNT e a decisão controvertida não permite concluir pela existência da desigualdade de que a UPS alega ter sido objeto. Por conseguinte, há que rejeitar a argumentação da UPS quanto a este ponto, sem que seja necessário deferir os pedidos da UPS de ordenar uma diligência de instrução.

4) Quanto à situação da FedEx

i) Quanto à proximidade concorrencial da FedEx e da UPS

- 300 A UPS alega que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada do direito da União ao concluir na decisão controvertida que, contrariamente à FedEx, a UPS, a TNT e a DHL eram concorrentes próximas. Esta conclusão assentava na hipótese de a DHL se adaptar aos aumentos de preços resultantes da concentração entre a UPS e a TNT, mas que a FedEx não estava em condições de os contrariar. Ora, a Comissão não dispunha, na opinião da UPS, de nenhuma base que permitisse concluir por um aumento dos preços resultante da concentração entre a UPS e a TNT. Pelo contrário, a análise dos efeitos da concentração sobre os preços e a análise dos ganhos de eficiência demonstraram que a operação seria favorável à concorrência.
- 301 A UPS recorda ter pleiteado neste sentido no âmbito do terceiro fundamento do seu recurso no processo T-194/13 e demonstrado a falta de rigor com que a Comissão analisou as respostas ao questionário de mercado, em especial no que respeita aos mercados checo, búlgaro, dinamarquês e maltês. A recusa da Comissão de explicar por que razão as respostas ao questionário para esses Estados-Membros justificavam a declaração de um entrave significativo a uma concorrência efetiva impossibilitou a compreensão do limiar de prova exigido para chegar a essa conclusão. A UPS apresenta, na réplica, uma descrição das respostas dos grandes e pequenos clientes ao estudo de mercado da fase II para os mercados búlgaro, checo, dinamarquês e maltês, que confirmam que não era razoável concluir que a FedEx não era uma concorrente próxima da UPS.
- 302 A UPS critica a Comissão por ter considerado que a TNT era uma concorrente próxima da UPS, mas que a FedEx não o era. Mesmo no mercado checo, para o qual a Comissão considerava a sua análise particularmente forte, as respostas ao questionário indicam de maneira unívoca que não havia nenhuma prova de que ela e a TNT estavam em concorrência estreita. Pelo contrário, as respostas indicam que as empresas a encaravam, bem como à TNT, à FedEx e à DHL como perfeitamente substituíveis, devido a certas características dos serviços oferecidos, ou que as suas concorrentes mais próximas ou da TNT não prestavam serviços com essas características. Entende suceder o mesmo com os mercados búlgaro, dinamarquês e maltês.

- 303 Há que lembrar que, na decisão controvertida, após ter chegado à conclusão de que o mercado intra-EEE da entrega expresso de pequenas encomendas era dominado por quatro integradores, a saber, a DHL, a UPS, a TNT e a FedEx, a Comissão considerou que, entre essas empresas, a FedEx era uma concorrente muito mais fraca e afastada da UPS, da TNT e da DHL. A Comissão baseou-se no volume de negócios da FedEx no mercado intra-EEE (considerandos 513 a 517 da decisão controvertida), a sua cobertura do mercado do EEE da entrega expresso de pequenas encomendas (considerandos 518 a 527 da decisão controvertida) e a debilidade da sua rede no EEE relativamente às dos outros três integradores (considerandos 528 a 533 da decisão controvertida). Por outro lado, a Comissão referiu que, operando a FedEx a uma escala mais reduzida, tinha custos de recolha e de entrega claramente superiores aos dos seus concorrentes, limitando assim a sua capacidade de exercer pressão concorrencial no mercado, não obstante a adoção, em 2011, de um plano de expansão orgânico que se estendia até 2017 (considerandos 534 a 546 e 599 a 625 da decisão controvertida).
- 304 Além disso, a Comissão sublinhou a reduzida presença da FedEx nos mercados internos bem como em matéria de entrega diferida (considerandos 547 a 552 da decisão controvertida), sendo a sua presença nitidamente mais forte no segmento dos serviços com destino a países fora do EEE (considerandos 553 a 564 da decisão controvertida). Estes elementos foram confirmados pelo estudo de mercado que demonstra que os clientes encaram a FedEx como mais fraca do que os outros integradores no mercado dos serviços de entrega expresso no interior do EEE (considerandos 565 a 576 e 590 a 598 da decisão controvertida), bem como pelas declarações das suas concorrentes (considerandos 578 a 589 da decisão controvertida).
- 305 Em contraste com a situação da FedEx, a decisão controvertida demonstra que a UPS e a TNT são concorrentes próximas (considerandos 631 a 702 da decisão controvertida). Para fundamentar esta conclusão, a Comissão considerou as respostas dos clientes à investigação de mercado (considerandos 636 a 652 da decisão controvertida), bem como a similaridade entre a DHL, a UPS e a TNT em termos de ofertas de serviços e de cobertura (considerandos 653 a 659 da decisão controvertida). Segundo este último critério, a FedEx é a mais fraca dessas quatro empresas em vinte e um mercados do EEE e, em dezassete desses mercados, a diferença entre a FedEx e a sua concorrente mais próxima é de, pelo menos, 20 pontos percentuais (considerando 654 da decisão controvertida).
- 306 A Comissão sublinhou igualmente as semelhanças entre a UPS e a TNT em termos de ofertas de serviços de entrega de manhã (considerandos 660 a 665 da decisão controvertida), bem como as características qualitativas dos serviços oferecidos (considerandos 666 da decisão controvertida). Quanto aos processos de mercado, a Comissão sublinhou que a DHL, a UPS e a TNT eram concorrentes próximas, ao passo que a situação da FedEx estava mais afastada (considerandos 667 a 684 da decisão controvertida).
- 307 A Comissão refutou as conclusões retiradas de uma análise pela TNT das indicações fornecidas pelos seus antigos clientes quanto à questão de saber quais eram as empresas que ofereciam serviços concorrentes, considerando que esse estudo de opinião era de utilidade reduzida, devido às limitações inerentes à metodologia utilizada (considerandos 685 a 701 da decisão controvertida).
- 308 Nos considerandos 705 a 707 da decisão controvertida, a Comissão rejeitou as observações em resposta à comunicação de acusações em que a UPS sustentava que a análise da proximidade da concorrência não tinha suficientemente em consideração a influência da diferenciação dos serviços na representatividade das quotas de mercado como indicador da proximidade

concorrencial, mas também os *ratios* de desvio das concorrentes e a falta de quantificação do número de clientes para os quais a DHL não era uma solução de substituição viável em detrimento da própria e da TNT.

- 309 Por último, nos considerando 708 a 711 da decisão controvertida, a Comissão refutou alguns argumentos adicionais apresentados pela UPS em resposta à comunicação de objeções respeitantes à análise da proximidade da concorrência. Com efeito, a UPS alegava não ser uma concorrente próxima da TNT, tendo as duas empresas perfis fundamentalmente diferentes. Acusava a Comissão de ter seguido uma abordagem binária («in» ou «out») e de se ter concentrado unicamente no segmento de longo curso do mercado.
- 310 A UPS critica a avaliação feita pela Comissão sobre as respostas aos questionários relativos aos mercados búlgaro, checo, dinamarquês e maltês. No entanto, mesmo que esses erros estivessem provados, basta observar, com base em todos os elementos da decisão controvertida que acabam de ser recordados, que os questionários de mercado constituem apenas um dos elementos em que a Comissão se baseou. Ora, embora os inquéritos deste tipo permitam delimitar a perceção que os consumidores ou os produtores têm das respetivas posições e recolher dados a esse respeito, a sua utilidade reside no facto de permitirem completar e melhorar a compreensão de elementos objetivos, como as quotas de mercado, a densidade das redes ou a estrutura da oferta, sem no entanto se substituir a esses elementos. Nestas condições, mesmo admitindo que pudesse ser demonstrado um erro de apreciação na análise das respostas aos questionários relativas a esses quatro mercados, esse erro não é, de qualquer modo, suscetível de pôr em causa os outros elementos com base nos quais a Comissão concluiu que a FedEx não era uma concorrente próxima da UPS, da TNT e da DHL, elementos que, aliás, a UPS não impugnou.
- 311 Nenhum dos argumentos invocados pela UPS no âmbito da presente ação permite, portanto, pôr em causa a validade da apreciação da proximidade concorrencial da FedEx.

ii) Quanto aos projetos de expansão da FedEx

- 312 A UPS contesta os fundamentos pelos quais a Comissão considerou que era pouco provável que a FedEx se desenvolvesse na Europa de modo a contrariar os efeitos da concentração entre ela própria e a TNT, suscetível de criar um entrave significativo a uma concorrência efetiva em quinze Estados-Membros. A UPS expõe mais pormenorizadamente os seus argumentos relativos a cada um dos seis pontos adiante reproduzidos sobre o papel da FedEx.

– Quanto à progressão da FedEx na Europa

- 313 Na opinião da UPS, era errado a Comissão afirmar, no considerando 611 da decisão controvertida, que os projetos de expansão da FedEx na Europa estavam a recuar. Esta apreciação é diretamente desmentida pelas declarações dos dirigentes da FedEx de 19 de junho de 2012 e de 9 e 10 de outubro de 2012, segundo as quais a FedEx esperava auferir cerca de 75 % dos 350 milhões de dólares dos Estados Unidos (USD) de lucros suplementares das suas atividades internacionais logo no fim do exercício de 2015. A UPS insiste em que se deve dar especial importância a essas declarações públicas devido à regulamentação dos Estados Unidos aplicável aos valores mobiliários.
- 314 É verdade que as declarações de dirigentes de empresas destinadas aos investidores podem constituir indícios pertinentes para a apreciação dos efeitos de um projeto de concentração. Todavia, o facto de essas declarações pertencerem ao âmbito de aplicação de uma

regulamentação relativa aos valores mobiliários que visa, nomeadamente, assegurar a sua exatidão, eventualmente sob pena de sanções, não significa que a Comissão seja obrigada, por força dessa regulamentação, a presumir a exatidão ou a credibilidade dessas declarações. Com efeito, como qualquer outro elemento pertinente, incumbe à Comissão proceder com toda a diligência necessária para examinar a pertinência, mas também a credibilidade e a comparabilidade dessas declarações para efeitos do procedimento de controlo.

315 Ora, no caso, resulta dos autos que a Comissão tomou conhecimento de declarações de dirigentes da FedEx que, dirigindo-se aos investidores, tinham descrito a progressão e as projeções relativas aos planos de expansão em termos mais otimistas do que os utilizados até então no âmbito do processo relativo à fusão entre a UPS e a TNT. Tendo em conta esta dissonância denunciada pela UPS, a Comissão pediu informações complementares à FedEx, nomeadamente sobre as declarações de outubro de 2012 (documentos com as referências ID 7399 e 7400), pedido a que esta última deu cumprimento (documento com a referência ID 7418). A Comissão concedeu à UPS um acesso restrito a esta resposta confidencial durante o procedimento de sala de informação que decorreu em 26 e 29 de outubro de 2012.

316 A Comissão prosseguiu as suas investigações pedindo à FedEx, em 16 de novembro de 2012, informações complementares (pedido com a referência Q30) sobre as alterações introduzidas nos projetos de expansão e o último relatório sobre o estado de adiantamento desses projetos apresentados à direção. Na sua resposta de 19 de novembro de 2012, a FedEx confirmou que os seus objetivos iniciais não seriam atingidos, devido, por um lado, ao facto de assentarem em hipóteses que se revelaram exageradamente otimistas e, por outro, a uma deterioração dos seus resultados e das condições económicas.

317 Não se pode deixar de observar que resulta desta resposta que a FedEx reviu em baixa os seus objetivos de quotas de mercado e de volume de negócios para o mercado dos serviços intra-EEE. Daí resulta que as afirmações imputadas à FedEx no considerando 611 da decisão controvertida correspondem exatamente aos termos que figuram na resposta da FedEx de 19 de novembro de 2012, à qual a UPS teve acesso, sob forma não confidencial, na fase da exposição dos factos.

318 Refira-se igualmente que as declarações dos dirigentes da FedEx invocadas pela UPS não diziam respeito ao mercado pertinente, mas sim a todas as atividades da FedEx com exceção dos Estados Unidos. Contrariamente ao que alega a UPS, estas declarações dos dirigentes da FedEx no âmbito dos seus encontros periódicos com os investidores não contradizem nem desmentem o valor probatório dos elementos recolhidos pela Comissão e que se destinam a demonstrar as dificuldades encontradas pela FedEx na execução do seu plano de expansão orgânica.

319 Por conseguinte, a argumentação da UPS é improcedente e deve ser rejeitada.

– *Quanto à diferença de custos entre a FedEx e as suas concorrentes*

320 A UPS critica a Comissão por ter considerado, no considerando 545 da decisão controvertida, que os custos de recolha e de entrega da FedEx a impediam, a médio prazo, de ser competitiva relativamente a ela. Esta última sustenta que:

- a Comissão se limitou a seguir as afirmações da FedEx sem examinar as provas subjacentes;
- uma vez que os custos de recolha e de entrega representavam apenas uma fração dos custos relevantes no interior do EEE, não havia nenhuma razão lógica para os examinar

separadamente, mesmo apesar de os custos de transporte aéreo da FedEx, por exemplo, serem provavelmente mais próximos dos seus;

- a diferença de custos invocada pela Comissão é desmentida pela existência de catorze mercados nacionais sem entraves significativos a uma concorrência efetiva.

321 Contudo, há que lembrar que, no considerando 545 da decisão controvertida, a Comissão declarou que a FedEx, no âmbito do seu plano de expansão orgânico de 2011, começou a investir em novas infraestruturas como centros de triagem, a fim de aumentar a sua capacidade total e de conseguir uma cobertura geográfica e uma densidade de rede que lhe permitissem baixar os seus custos. Apesar destes investimentos, resulta da resposta da FedEx de 19 de novembro de 2012 que esta esperava que os seus custos de recolha e de entrega continuassem largamente superiores aos dos seus concorrentes.

322 Contrariamente ao que afirma a UPS, resulta da decisão controvertida que a análise da Comissão assenta num conjunto de elementos que permitem corroborar a diferença de custos de tratamento por unidade entre a FedEx e as suas concorrentes que pode naturalmente ser induzida da fraqueza relativa da cobertura e da densidade da sua rede. Assim, a Comissão baseou-se em documentos internos da FedEx fornecidos em anexo à sua resposta de 19 de novembro de 2012. Conforme resulta dos considerandos 535 e 536 da decisão controvertida, a Comissão baseou-se igualmente em bases de dados internas relativas às propostas comerciais emitidas pela FedEx e nos concursos a que respondeu, permitindo essas bases de dados apreciar a competitividade dos preços da FedEx relativamente aos das suas concorrentes.

323 Tendo em conta as diferenças objetivas de natureza e de função entre estes dois tipos de redes, não se revela ilógico que a Comissão se tenha concentrado assim na rede PUD e não na rede aérea para evidenciar as diferenças de competitividade entre a FedEx e as suas concorrentes. O facto de a UPS salientar que os seus custos de transporte aéreo são provavelmente próximos dos da FedEx tende, aliás, a reforçar esta análise.

324 Por último, não se pode deixar de observar que a questão da diferença de custos entre a FedEx e as suas concorrentes constitui apenas um dos fatores que permitem avaliar a capacidade e os incentivos desta empresa para responder a um aumento de preços pela entidade resultante da fusão entre a UPS e a TNT. Esta diferença não é uma causa direta da constatação de um entrave significativo, mas sim um indício que permite avaliar por que razão é pouco provável que a FedEx se desenvolvesse na Europa de modo a contrariar os efeitos da concentração entre a UPS e a TNT num curto período. Por conseguinte, o argumento da UPS de que a análise dos custos de recolha e de entrega da FedEx é contrariada pela existência de catorze mercados nacionais sem entraves significativos a uma concorrência efetiva assenta numa premissa errada.

325 Por conseguinte, há que rejeitar a argumentação da UPS.

- *Quanto ao crescimento previsto em volume da FedEx*

326 A UPS critica a Comissão por se ter limitado, no considerando 614 da decisão controvertida, a rejeitar as previsões de crescimento da FedEx, pelo facto de ser difícil prever com certeza se a estratégia de desenvolvimento desta última ia ser bem-sucedida, sem ter analisado em profundidade as possibilidades de sucesso dessa estratégia.

327 Contudo, este argumento da UPS assenta numa leitura errada da decisão controvertida. Como foi anteriormente exposto a respeito da progressão da Fedex na Europa e da diferença de custos entre a Fedex e as suas concorrentes, a Comissão procedeu a uma análise aprofundada dos efeitos prováveis da execução do plano de expansão da FedEx e dos incentivos da FedEx para prosseguir, ou mesmo acelerar, os seus planos de expansão na sequência da concentração entre a UPS e a TNT, com base nos documentos da FedEx aos quais a UPS poderia ter acesso ou aos quais efetivamente teve acesso no procedimento administrativo, mesmo que de forma restrita.

328 Por conseguinte, este argumento deve ser julgado improcedente.

– *Quanto aos países não visados pela FedEx na primeira fase dos seus projetos de expansão*

329 A UPS critica a Comissão por ter declarado, no considerando 613 da decisão controvertida, que a FedEx tinha decidido não incluir na sua primeira fase de expansão determinados países (como a Bulgária, por exemplo), por falta de infraestruturas suficientemente desenvolvidas. Na falta de qualquer elemento de prova verificável e por não ter permitido à UPS pronunciar-se no procedimento administrativo sobre essa «primeira fase», esta análise não devia ter sido incluída na decisão controvertida.

330 Com esta argumentação, a UPS limita-se a criticar os elementos factuais mencionados no n.º 613 da decisão controvertida, por assentar em elementos de prova aos quais alega não ter tido integralmente acesso. Todavia, estes elementos relativos às diferentes fases do plano de expansão da FedEx foram comunicados à UPS na exposição dos factos e sob a forma de quadros anexos à mesma. É verdade que a maior parte das informações quantificadas foram expurgadas devido à sua natureza confidencial. No entanto, algumas delas foram substituídas por indicações sob a forma de diferença de valores que permitem assim dispor de uma ordem de grandeza. A exposição dos factos indicava, assim, que a Fedex não tinha nenhum projeto de abertura de novos centros de triagem na Bulgária nos dois próximos anos nem de aumento da sua capacidade de tratamento.

331 A Comissão acrescentou que os planos da Fedex passaram a ser reduzidos em relação aos planos originais e forneceu indicações quantificadas a este respeito. Embora fornecidos sob a forma de diferenças, esses dados são suficientemente precisos para permitir à UPS compreender o seu alcance. Quanto ao resto, a argumentação da UPS não é sustentada por nenhum elemento de direito ou de facto que permita considerar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada suscetível de gerar responsabilidade extracontratual da União. Nestas condições, improcede a argumentação da UPS.

– *Quanto aos destinos cobertos pela FedEx*

332 A UPS contesta o entendimento da Comissão, no considerando 1008 da decisão controvertida, no sentido de que, devido ao reduzido número de destinos cobertos pela FedEx, esta não era capaz de exercer uma pressão concorrencial significativa sobre a entidade resultante da concentração entre a UPS e a TNT. Entende que esta afirmação é errada. Entende ainda que a Comissão não teve em conta os planos da FedEx, que pretendia abranger, desde 2015, mais endereços comerciais no EEE do que ela.

333 Todavia, não se pode deixar de observar que a argumentação da UPS se limita a denunciar a existência de um erro de apreciação que afeta «nomeadamente» o considerando 1008 da decisão controvertida, sem no entanto indicar quais os outros considerandos que também estão viciados

devido a esse erro. Abstraindo desta imprecisão, a UPS não apresenta nenhum elemento de facto ou de direito destinado a demonstrar que o considerando 1008 da decisão controvertida está ferido de um erro que permita considerar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada suscetível de gerar responsabilidade da União. Por conseguinte, improcede esta argumentação.

– *Quanto à análise por país*

- 334 A UPS considera que a análise por país efetuada pela Comissão, na secção 7.11 da decisão controvertida, não permite concluir pela inexistência de pressão concorrencial eficaz por parte da FedEx num determinado país. A Comissão limitou-se a algumas observações insuficientemente fundamentadas devido ao seu carácter vago ou superficial e, em todo o caso, errado. A título de exemplo, a UPS invoca a análise da Suécia, relativamente à qual a apreciação contida na decisão controvertida é desmentida pelo facto de, segundo todas as projeções disponíveis na altura, a FedEx tencionar atingir, em 2015, uma taxa de cobertura e uma quota de mercado superior ou igual à da TNT.
- 335 Todavia, não se pode deixar de observar que, contrariamente ao que alega a UPS, a secção 7.11 da decisão controvertida contém uma análise detalhada e circunstanciada de todos os elementos pertinentes com base nos quais a Comissão podia concluir pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva. O exemplo das projeções apresentadas pela FedEx relativamente ao mercado sueco, que a UPS invoca, não pode, seja como for, desmentir a constatação da Comissão numa pluralidade de mercados nacionais quanto à reduzida pressão concorrencial exercida pela FedEx relativamente à DHL e a uma entidade constituída pela UPS e pela TNT. A argumentação da UPS limita-se a uma crítica vaga e geral desta análise. Na falta de qualquer elemento de facto ou de direito que permita considerar que esta análise está viciada de modo a poder considerar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada suscetível de gerar responsabilidade da União, esta argumentação deve ser rejeitada.

d) Quanto às conclusões relativas às alegadas ilegalidades

- 336 Resulta do exposto que, de entre todas as ilegalidades alegadas, só a relativa à falta de comunicação do modelo econométrico é suficientemente caracterizada para poder gerar responsabilidade extracontratual da União.

3. Quanto ao nexo de causalidade

- 337 A UPS alega, em substância, que a Comissão não podia ter proibido a operação projetada. Após a aquisição da TNT pela FedEx, a UPS alega que já não podia notificar esta operação. Para efeitos da presente ação, cabe-lhe provar que o processo administrativo não permitia à Comissão declarar incompatível a operação entre ela e a TNT. Exigir que demonstre que a Comissão teria adotado uma decisão de compatibilidade equivaleria a impor-lhe o ónus de uma prova impossível.
- 338 A UPS considera ter direito à reparação da totalidade do dano sofrido em razão da adoção da decisão controvertida. Essa reparação cobriria os custos que não teria suportado se essa decisão não tivesse sido adotada, bem como os lucros cessantes daí resultantes e cujo montante calcula em 1 638 mil milhões de euros, após impostos, correspondente ao valor líquido das sinergias da operação projetada.

- 339 A UPS afirma que estava contratualmente obrigada a indemnizar a TNT ao abrigo de uma cláusula de incumprimento, corrente na vida comercial. A UPS recorda que a sua oferta de compra não pôde ser executada, uma vez que não estava preenchida a condição suspensiva de autorização desta operação de concentração pela Comissão. Por conseguinte, teve que pagar à TNT uma indemnização de rescisão de 200 milhões de euros, por um custo líquido, após impostos, de 131 milhões de euros. Além disso, há que deduzir do valor do alegado dano 29 milhões de euros, a título de despesas de operação evitadas.
- 340 A UPS alega ter tido 3 708 813,61 euros de despesas jurídicas pela sua intervenção no processo de controlo da operação de concentração entre a FedEx e a TNT, ou seja, uma perda após impostos de 2,4 milhões de euros.
- 341 Há que lembrar que, como o Tribunal de Justiça já sublinhou, o pressuposto do nexo de causalidade previsto no artigo 340.º, segundo parágrafo, TFUE incide sobre a existência de um nexo suficientemente direto de causa e efeito entre o comportamento das instituições da União e o dano, nexo cuja prova cabe ao demandante, devendo o comportamento imputado ser a causa determinante do dano (Acórdão de 13 de dezembro de 2018, União Europeia/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, n.º 52).
- 342 No caso, a UPS alega três danos distintos cuja reparação pede por causa da impossibilidade de executar a operação projetada, a saber, em primeiro lugar, as despesas ligadas à sua participação no procedimento de controlo da operação entre a FedEx e a TNT, em segundo lugar, o pagamento à TNT de uma indemnização contratual de rescisão e, em terceiro lugar, os lucros cessantes sofridos. A UPS alega, em substância, que os ilícitos cuja existência alegou constituem a causa direta desses três danos.
- 343 No que respeita, antes de mais, à participação da UPS no procedimento de controlo da concentração entre a FedEx e a TNT, esta resulta manifestamente da sua livre escolha. Não se trata de uma consequência direta da decisão controvertida nem, por maioria de razão, da violação dos seus direitos processuais. Por conseguinte, nem a violação dos seus direitos processuais nem as outras violações que alega podem ser consideradas a causa determinante do dano materializado pelas despesas efetuadas com a sua participação no processo relativo à operação entre a FedEx e a TNT. Por conseguinte, há que julgar improcedente o pedido de reparação desse dano.
- 344 Seguidamente, no que respeita à indemnização por incumprimento, é pacífico que o pagamento dessa indemnização tem origem numa obrigação contratual que resulta dos termos do acordo de fusão entre a UPS e a TNT de 19 de março de 2012 (anexo C.3 da réplica).
- 345 Com efeito, verifica-se que esse acordo previa (cláusula contida no ponto 4.3.b do acordo) que a oferta pública de aquisição da UPS sobre os títulos da TNT era celebrada sob condição suspensiva de decisão positiva da Comissão. Se essa condição não estivesse preenchida, a UPS tinha o ónus de o anunciar. A não verificação desta condição suspensiva constituía igualmente uma causa de rescisão do acordo de fusão (cláusula contida no ponto 15.1.c do acordo), que permitia à TNT obter, logo que pedido, o pagamento pela UPS de uma indemnização de rescisão de 200 milhões de euros (cláusula contida no ponto 16 do acordo), depois de lhe ter notificado a rescisão desse acordo.

- 346 Essa obrigação contratual resulta da vontade das partes de repartirem entre si, segundo a sua livre apreciação, o risco de a operação projetada não obter aprovação prévia da Comissão, risco que o Tribunal de Justiça lembrou ser inerente a qualquer procedimento de controlo de concentrações (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2009, Comissão/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, n.º 203).
- 347 Ora, já foi declarado que as consequências danosas de obrigações contratuais livremente aceites pelo destinatário de uma decisão da Comissão não podiam constituir a causa determinante do dano sofrido por causa de ilícitos que viciem essa decisão (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2009, Comissão/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, n.º 205).
- 348 Do mesmo modo, quando uma decisão que impõe o pagamento de uma coima é acompanhada da faculdade de prestar caução destinada a garantir o referido pagamento e os juros de mora, enquanto se aguarda pelo desfecho de um recurso interposto dessa decisão, o dano que consiste nas despesas de garantia não resulta da referida decisão, mas sim da própria escolha do interessado de prestar uma garantia em vez de cumprir imediatamente a obrigação de reembolso. Nestas condições, o Tribunal de Justiça apurou que não existia nenhum nexo causal direto entre o comportamento imputado à Comissão e o dano alegado [v., neste sentido, Acórdãos de 28 de fevereiro de 2013, Inalca e Cremonini/Comissão, C-460/09 P, EU:C:2013:111, n.ºs 118 e 120, e de 21 de abril de 2005, Holcim (Deutschland)/Comissão, T-28/03, EU:T:2005:139, n.º 123; e Despacho de 12 de dezembro de 2007, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-113/04, não publicado, EU:T:2007:377, n.º 38].
- 349 Esta solução é aplicável quando, em circunstâncias análogas, o dano alegado não resulta da constituição mas sim da manutenção de uma garantia bancária, resultando esse dano da própria escolha da empresa de não pôr termo a essa garantia, não obstante as consequências que isso implicava (v., neste sentido, Acórdão de 13 de dezembro de 2018, União Europeia/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, n.º 59).
- 350 Uma vez que o pagamento pela UPS de uma indemnização de incumprimento de 200 milhões de euros à TNT decorre diretamente do acordo entre essas duas empresas, não está demonstrado que a violação dos direitos processuais da UPS ou as outras violações por ela alegadas sejam a sua causa determinante. Por conseguinte, há que julgar improcedente o pedido de indemnização desse dano.
- 351 Por último, quanto ao dano relativo aos lucros cessantes sofridos devido à impossibilidade de executar a operação projetada, na sequência das questões escritas e orais do Tribunal, a UPS precisa que esse dano corresponde ao valor líquido das sinergias que esperava realizar através dessa operação ou, pelo menos, à perda de uma oportunidade de realizar tais sinergias.
- 352 A Comissão contesta a admissibilidade da argumentação relativa à perda de oportunidade e sustenta que a petição não se baseava nessa alegação, mas sim na certeza de ter sido privada dos ganhos que deviam resultar das sinergias esperadas.
- 353 Como resulta da petição, a demandante alega que, na falta de uma ou mais das violações alegadas, teria adquirido a TNT e concretizado as vantagens decorrentes da operação. Invoca, assim, um dano correspondente a um montante de «1 638 milhões de euros, que reflete o valor líquido após impostos das sinergias de custos perdidas na sequência da proibição da operação». O pedido de indemnização da demandante baseia-se assim na convicção de que as ilegalidades de que padece a decisão impugnada a impediram de adquirir a TNT no âmbito da operação de concentração em

- causa. Tal pedido deve ser interpretado no sentido de que não tem por objeto a indemnização de uma perda de oportunidade de celebrar a referida transação, mas sim a indemnização da perda certa de sinergias de custos. Isto não é posto em causa pelo facto de, em resposta a questões do Tribunal Geral, a demandante ter indicado que o pedido de indemnização incluía, de certa maneira, uma perda de oportunidade. Com efeito, essa nova alegação de dano foi apresentada tardiamente e é, portanto, inadmissível (v., neste sentido, Acórdão de 20 de setembro de 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI*, T-461/08, EU:T:2011:494, n.º 210).
- 354 No que respeita ao dano material relacionado com os lucros cessantes de que a UPS pede para ser indemnizada, a questão determinante é saber se a violação dos direitos processuais da UPS constitui a causa desse dano.
- 355 Ora, não se pode presumir que, sem a violação dos direitos processuais da UPS, a operação de concentração teria sido declarada compatível. Com efeito, a análise do nexo de causalidade não pode partir da premissa incorreta de que, caso não existisse o ato ilegal, a instituição se teria absterido de atuar ou teria adotado um ato contrário, o que também poderia representar um comportamento ilícito da sua parte, mas sim proceder por comparação entre a situação que a atuação culposa gerou para o terceiro em causa e a situação que para este teria resultado de um comportamento da instituição respeitador da norma jurídica (Acórdão de 11 de julho de 2007, *Schneider Electric/Comissão*, T-351/03, EU:T:2007:212, n.º 264).
- 356 Assim, o facto de a não comunicação do modelo econométrico ter levado à anulação da decisão controvertida não significa que, sem essa irregularidade, a Comissão fosse obrigada a declarar a operação entre a UPS e a TNT compatível com o mercado interno.
- 357 Perante uma violação dos direitos de defesa que afete uma decisão em que se declara que uma fusão de empresas é incompatível com o mercado comum, o que importa não é postular que, sem essa violação, a operação notificada teria, tácita ou expressamente, sido declarada compatível, mas sim apreciar os efeitos que o vício identificado produziu relativamente ao sentido da decisão. Por conseguinte, para se poder decidir sobre a existência de um nexo de causalidade suficiente entre o incumprimento identificado e o dano alegado, há que apreciar o impacto das violações dos direitos da defesa no processado posterior do controlo da operação (Acórdão de 11 de julho de 2007, *Schneider Electric/Comissão*, T-351/03, EU:T:2007:212, n.ºs 266 e 268).
- 358 No caso, embora os alegados erros de conceção relativamente ao modelo econométrico adotado tenham podido contribuir para enfraquecer o seu valor probatório, a demandante não demonstrou nem forneceu elementos que permitissem ao Tribunal Geral concluir, com a certeza exigida, que esses erros eram suficientes para invalidar a integralidade da análise económica da operação entre a UPS e a TNT e a declaração de um entrave significativo a uma concorrência efetiva. Além disso, como acima resulta dos n.ºs 216 a 226, a decisão da Comissão de não autorizar a concentração projetada baseia-se na análise económica de vários elementos, e não apenas na análise efetuada a partir do modelo econométrico utilizado. Por conseguinte, não se pode concluir que essa violação dos direitos de defesa teve um impacto decisivo no resultado do procedimento de controlo da operação projetada.
- 359 Além destas considerações, há que lembrar que uma decisão de incompatibilidade continua, em qualquer caso, sujeita à fiscalização do juiz da União (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2009, *Comissão/Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, n.º 203).

- 360 O artigo 10.º, n.º 5, do Regulamento n.º 139/2004 prevê, em caso de anulação judicial de uma decisão da Comissão, que esta reexamine a concentração com vista a adotar uma decisão nos termos do artigo 6.º, n.º 1, desse regulamento. Este mecanismo garante assim à empresa que notificou uma concentração obter, em execução da decisão jurisdicional, uma nova apreciação da concentração notificada, não podendo essa operação, em todo o caso, ser executada sem o controlo prévio da Comissão.
- 361 Se a empresa que notificou uma concentração renuncia à concentração sem esperar uma nova decisão da Comissão no termo do procedimento de retoma, essa renúncia é a causa direta do abandono da operação e das consequências materiais que daí podem decorrer. Era essa a situação na origem do Acórdão de 16 de julho de 2009, Comissão/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). Nesse processo, a empresa que notificou uma concentração preferiu, após ter obtido a anulação da decisão de incompatibilidade pelo Tribunal Geral, abandonar a concentração projetada, antes de o procedimento de aquisição ser levado ao seu termo. Assim, foi declarado que a causa direta do dano invocado relativo à menos-valia de cessão sofrida após a anulação de uma decisão negativa e de uma decisão de separação era a decisão da empresa notificante de uma concentração de deixar a cessão em causa tornar-se efetiva por receio de não obter, no âmbito da reabertura do processo, uma decisão que declarasse a compatibilidade da operação de concentração (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2009, Comissão/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, n.ºs 202 a 205).
- 362 No caso presente, por força do artigo 10.º, n.º 5, do Regulamento n.º 139/2004, após a anulação da decisão controvertida, a Comissão deveria ter retomado o procedimento de controlo da operação entre a UPS e a TNT e, em execução do Acórdão de 7 de março de 2017, United Parcel Service/Comissão (T-194/13, EU:T:2017:144), comunicado à UPS o modelo económico que pretendia utilizar para quantificar o efeito previsível da concentração nos preços. Era ainda necessário que a Comissão continuasse a ser competente para controlar a operação notificada. Com efeito, na falta de operação de concentração, não dispõe da competência para adotar uma decisão nos termos do Regulamento n.º 139/2004 (v., neste sentido, Acórdão de 28 de setembro de 2004, MCI/Comissão, T-310/00, EU:T:2004:275, n.º 96).
- 363 Ora, o acordo de fusão impunha à UPS não só que anunciasse uma decisão negativa da Comissão que obstasse à realização da condição suspensiva a que a proposta de compra estava sujeita, mas, além disso, esse acordo (cláusula contida no ponto 2.10.b do acordo) previa, em tal hipótese, que a UPS podia, segundo a sua própria discricionariedade e sob reserva do acordo da autoridade neerlandesa dos mercados financeiros, alargar a sua oferta inicial a um ou mais períodos de duração que as partes considerassem ser razoavelmente necessária para que a condição suspensiva de compatibilidade estivesse preenchida. O acordo de fusão dava, assim, à UPS a faculdade de prorrogar a sua oferta sobre a TNT na eventualidade de uma declaração de incompatibilidade, unicamente com base na sua descrição.
- 364 A UPS anunciou, por comunicado de imprensa de 14 de janeiro de 2013, ter sido informada pela Comissão da sua intenção de proibir a operação projetada. No seu comunicado de imprensa, a UPS relatava as declarações do seu principal dirigente, indicando de forma inequívoca que tinha tomado a decisão de abandonar a operação projetada. Após a adoção da decisão controvertida, a UPS anunciou, através de um segundo comunicado de imprensa de 30 de janeiro de 2013, por um lado, a retirada da sua oferta sobre a TNT e, por outro, que as duas empresas tinham decidido pôr fim ao seu acordo de fusão.

- 365 Nestas condições, há que observar que a UPS renunciou a adquirir a TNT em 14 de janeiro de 2013, ou seja, mais de dois anos antes de a FedEx anunciar a sua oferta de aquisição sobre a TNT. Os factos demonstram igualmente que a UPS nunca voltou atrás nessa renúncia. A UPS não apresentou uma nova proposta sobre a TNT após a decisão controvertida, nem reagiu à da FedEx lançando uma proposta concorrente. Assim, mesmo admitindo que a irregularidade cometida pela Comissão na adoção da decisão controvertida tivesse podido causar lucros cessantes à UPS, o facto de esta empresa ter renunciado à operação projetada logo com o anúncio da decisão controvertida teve por efeito quebrar qualquernexo de causalidade direto entre essa irregularidade e o dano alegado.
- 366 No entanto, a UPS alega que, quando o Tribunal Geral anulou a decisão controvertida, era demasiado tarde para lançar uma nova proposta, tendo a FedEx entretanto adquirido a TNT. Considera que o processo jurisdicional não está adaptado ao exame das decisões em matéria de controlo de concentrações.
- 367 Todavia, o facto de a anulação da decisão controvertida ter ocorrido posteriormente à aquisição da TNT pela FedEx não tem incidência no alegado nexode causalidade entre a ilegalidade processual declarada e o dano alegado. Além de a UPS ter abandonado o seu projeto de aquisição da TNT mais de dois anos antes de a FedEx anunciar a sua proposta sobre a TNT e de não ter apresentado, em nenhum momento, uma proposta concorrente, há que sublinhar que, tendo em conta o carácter autónomo da ação de indemnização, a UPS não era de modo algum obrigada a interpor previamente um recurso de anulação.
- 368 Por outro lado, na audiência, a UPS alegou que se encontrava impossibilitada de prosseguir com a operação de concentração com a TNT após a recusa da Comissão, tendo em conta a regulamentação neerlandesa em matéria de ofertas públicas de aquisição. Refira-se, porém, que a argumentação da UPS quanto a este ponto não tem suporte, uma vez que a UPS não apresentou nenhum diploma legal nacional em seu apoio, e não permite, portanto, concluir por um condicionalismo, independente da sua vontade que a obrigasse a abandonar a operação de concentração com a TNT.
- 369 Quanto às críticas formuladas pela UPS contra o sistema jurisdicional da União em geral e à efetividade dos meios processuais em matéria de fiscalização das concentrações em particular, não se baseiam em nenhuma argumentação jurídica. Na medida em que estas críticas possam ser entendidas no sentido de que visam contestar a legalidade do sistema de meios processuais organizado pelo Tratado FUE, por não lhe permitir assegurar uma proteção jurisdicional efetiva na aceção do artigo 47.º da Carta, basta lembrar que o facto de o demandante não estar em condições de demonstrar a existência de um comportamento ilegal por parte das instituições da União, de um dano alegado e de um nexode causalidade entre esse comportamento e esse dano não significa que tenha sido privado de proteção jurisdicional efetiva por parte das instituições da União (v., neste sentido, Acórdão de 12 de setembro de 2006, Reynolds Tobacco e o./Comissão, C-131/03 P, EU:C:2006:541, n.º 84).
- 370 De resto, cabe apenas aos Estados-Membros reformar o sistema de meios processuais estabelecido pelo Tratado, uma vez que tal poder excede os poderes conferidos pelo Tratado aos tribunais da União (v., neste sentido, Acórdão de 25 de julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conselho, C-50/00 P, EU:C:2002:462, n.ºs 44 e 45, e Despacho de 24 de novembro de 2016, Petraitis/Comissão, C-137/16 P, não publicado, EU:C:2016:904, n.º 24).

- 371 Decorre destes elementos que não está demonstrado que a violação dos direitos processuais da UPS ou as outras violações por ela alegadas sejam a causa determinante dos seus alegados lucros cessantes. Por conseguinte, há que julgar improcedente o pedido de indemnização desse dano.
- 372 Em face de todas estas considerações, há que julgar integralmente improcedente a ação.

IV. Quanto às despesas

- 373 Nos termos do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Nos termos do artigo 135.º, n.º 2, do mesmo regulamento, o Tribunal Geral pode condenar uma parte, mesmo vencedora, na totalidade ou em parte das despesas, se tal se justificar em razão da sua atitude, incluindo antes do início da instância, em especial se tiver feito incorrer a outra parte em despesas que o Tribunal Geral considere inúteis ou vexatórias.
- 374 Segundo a jurisprudência, há que aplicar o artigo 135.º, n.º 2, do Regulamento de Processo quando uma instituição ou um organismo da União, através do seu comportamento, tiver favorecido a origem do litígio [Acórdãos de 8 de julho de 2015, *European Dynamics Luxembourg e o./Comissão*, T-536/11, não publicado, EU:T:2015:476, n.º 391, e de 23 de abril de 2018, *CRM/Comissão*, T-43/15, não publicado, EU:T:2018:208, n.º 105]. No caso, ao não comunicar a versão final do modelo econométrico adotado em apoio da decisão controvertida, a Comissão colocou a UPS numa situação que não lhe permitia compreender a metodologia em que se baseou para quantificar os efeitos previsíveis da concentração projetada no nível dos preços. Após ter obtido a anulação da decisão controvertida, a UPS propôs a presente ação a fim de obter a reparação do dano que considera ter sofrido. Contudo, a UPS, apesar de ter sido vencida, conseguiu demonstrar que a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada dos seus direitos processuais. Nestas circunstâncias, em aplicação do artigo 135.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, há que condenar a Comissão a suportar as suas próprias despesas e um terço das despesas efetuadas pela UPS e condenar a UPS a suportar dois terços das suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sétima Secção alargada)

decide:

- 1) Julga-se improcedente a ação.**
- 2) A Comissão Europeia é condenada nas suas próprias despesas e em um terço das despesas da United Parcel Service, Inc.**
- 3) A United Parcel Service é condenada em dois terços das suas próprias despesas.**

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 23 de fevereiro de 2022.

Assinaturas

Índice

I.	Antecedentes do litígio	2
II.	Tramitação do processo e pedidos das partes	3
III.	Questão de direito	4
	A. Quanto à admissibilidade de certos fundamentos, argumentos e elementos de prova	4
	1. Quanto ao carácter confuso da argumentação da UPS	4
	2. Quanto à violação do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo	5
	a) Quanto à admissibilidade da argumentação da UPS relativa à violação dos direitos processuais	6
	b) Quanto à admissibilidade da argumentação da UPS relativa ao erro de apreciação dos efeitos da concentração sobre os preços	7
	1) Quanto aos artigos 34.º a 37.º da petição	7
	2) Quanto à remissão para o anexo A.12 da petição	7
	3) Quanto à remissão para os anexos A.8 e A.9 da petição e para os anexos C.1 e C.2 da réplica	8
	4) Quanto ao artigo 84.º da petição	9
	c) Quanto à admissibilidade da argumentação da UPS relativa ao erro de apreciação dos ganhos de eficiência	9
	1) Quanto ao artigo 46.º da petição	9
	2) Quanto à remissão para o anexo C.6 da réplica	10
	3) Quanto à remissão para os anexos C.7 e C.37 da réplica	10
	3. Quanto à violação do artigo 85.º do Regulamento de Processo	11
	a) Quanto à admissibilidade dos anexos C.6, C.7 e C.37 da réplica	12
	b) Quanto à admissibilidade dos relatórios do perito em econometria apresentados pela Comissão	12
	B. Quanto ao mérito	14
	1. Quanto aos pressupostos da responsabilidade extracontratual da União	14
	2. Quanto às ilegalidades alegadas	15
	a) Quanto à violação dos direitos processuais da UPS	15

1) Quanto à falta de comunicação do modelo econométrico adotado	15
2) Quanto à falta de comunicação dos critérios de avaliação dos ganhos de eficiência	20
3) Quanto à falta de comunicação de certos documentos confidenciais da FedEx .	24
i) Quanto ao acesso aos 484 documentos confidenciais internos da FedEx juntos ao processo em 10 de agosto de 2012	27
ii) Quanto ao acesso aos documentos transmitidos pela FedEx em 9 e 15 de novembro de 2012	29
b) Quanto à violação do dever de fundamentação	30
c) Quanto aos erros de apreciação da operação projetada	31
1) Quanto à análise dos efeitos da concentração sobre os preços	31
i) Quanto à não consideração de certos dados da FedEx	32
ii) Quanto aos erros de conceção do modelo econométrico da Comissão	32
2) Quanto aos ganhos de eficiência	38
i) Observações preliminares	38
ii) Quanto à avaliação dos ganhos de eficiência alegados pela UPS	38
– Quanto à rede aérea e assistência em escala na Europa (quarto ano)	39
– Quanto aos custos administrativos	40
– Quanto ao transporte aéreo transatlântico	41
– Quanto ao transporte por conta de outrem	41
– Quanto ao transporte rodoviário de linhas em rede	42
– Quanto às instalações	43
– Quanto à rede PUD	44
– Quanto aos prestadores de serviços externos	46
3) Quanto à disparidade de tratamento em relação à operação entre a FedEx e a TNT	47
4) Quanto à situação da FedEx	49
i) Quanto à proximidade concorrencial da FedEx e da UPS	49
ii) Quanto aos projetos de expansão da FedEx	51

– Quanto à progressão da FedEx na Europa	51
– Quanto à diferença de custos entre a FedEx e as suas concorrentes	52
– Quanto ao crescimento previsto em volume da FedEx	53
– Quanto aos países não visados pela FedEx na primeira fase dos seus projetos de expansão	54
– Quanto aos destinos cobertos pela FedEx	54
– Quanto à análise por país	55
d) Quanto às conclusões relativas às alegadas ilegalidades	55
3. Quanto ao nexo de causalidade	55
IV. Quanto às despesas	61