



## Coletânea da Jurisprudência

### ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

16 de janeiro de 2019\*

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Controlo das concentrações de empresas — Aquisição da TNT Express pela UPS — Decisão da Comissão que declara a concentração de empresas incompatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE — Modelo econométrico elaborado pela Comissão — Não comunicação das alterações efetuadas ao modelo econométrico — Violação dos direitos de defesa»

No processo C-265/17 P,

que tem por objeto o recurso de uma decisão do Tribunal Geral nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interposto em 16 de maio de 2017,

**Comissão Europeia**, representada por T. Christoforou, N. Khan, H. Leupold e A. Biolan, na qualidade de agentes,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

**United Parcel Service, Inc.**, com sede em Atlanta, Geórgia (Estados Unidos), representada por A. Ryan, solicitador, F. Hoseinian, advogado, W. Knibbeler, S. A. Pliego e P. van den Berg, advocaten, e F. Roscam Abbing, advocate,

recorrente em primeira instância,

**FedEx Corp.**, com sede em Memphis, Tennessee (Estados Unidos), representada por F. Carlin, barrister, G. Bushell, solicitador, e N. Niejahr, Rechtsanwältin,

interveniente em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, vice-presidente do Tribunal de Justiça, exercendo funções de presidente da Primeira Secção, A. Arabadjiev, E. Regan, C. G. Fernlund (relator) e S. Rodin, juízes,

advogado-geral: J. Kokott,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 25 de julho de 2018,

\* Língua do processo: inglês.

profere o presente

### **Acórdão**

- 1 No seu recurso, a Comissão Europeia pede a anulação do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 7 de março de 2017, *United Parcel Service/Comissão* (T-194/13, a seguir «acórdão recorrido», EU:T:2017:144), que anulou a 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) (a seguir «decisão controvertida»).

### **Antecedentes do litígio**

- 2 Resulta do acórdão recorrido que a *United Parcel Service, Inc.* (a seguir «UPS»), e a *TNT Express NV* (a seguir «TNT») são duas empresas presentes nos mercados dos serviços internacionais de entrega por correio expresso de pequenas encomendas.
- 3 Em 15 de junho de 2012, a UPS notificou a Comissão do seu projeto de aquisição da TNT, 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 (JO 2004, L 24, p. 1).
- 4 Em 30 de janeiro de 2013, a Comissão adotou a decisão controvertida. Nela declarou que a concentração notificada era incompatível com o mercado interno e com o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, de 2 de maio de 1992 (JO 1994, L 1, p. 3), depois de ter considerado que a mesma constituiria um entrave significativo à concorrência efetiva nos mercados dos serviços em causa nos quinze Estados-Membros, designadamente 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.

### **Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido**

- 5 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 5 de abril de 2013, a UPS interpôs um recurso de anulação da decisão controvertida. Como fundamento de recurso, a UPS invocava nomeadamente o fundamento relativo à violação dos direitos de defesa, pelo qual imputava à Comissão a adoção da decisão controvertida com base num modelo econométrico diferente do que tinha sido objeto de debate contraditório durante o procedimento administrativo.
- 6 No acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou procedente esse fundamento e anulou a decisão controvertida.

### **Pedidos das partes**

- 7 A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que se digne:
  - anular o acórdão recorrido;
  - remeter o processo ao Tribunal Geral; e
  - reservar para final a decisão quanto às despesas da presente instância.

- 8 A UPS pede ao Tribunal de Justiça que se digne:
- declarar o recurso inadmissível e/ou inoperante; ou
  - negar integral provimento ao recurso; ou,
  - a título subsidiário, proferir um acórdão definitivo que mantenha o dispositivo do acórdão recorrido, mas com substituição dos fundamentos; e
  - condenar a Comissão nas despesas do presente recurso e do processo no Tribunal Geral.

### **Quanto ao presente recurso**

#### *Quanto à admissibilidade*

- 9 A título preliminar, a UPS alega que, face à existência de determinados erros processuais, o recurso deve ser julgado inadmissível e, em todo o caso, inoperante.
- 10 Em primeiro lugar, a UPS alega que a Comissão critica algumas considerações de facto efetuadas pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido, sem, no entanto, invocar uma desvirtuação dos factos.
- 11 A este respeito, há que recordar que, em conformidade com o artigo 256.º TFUE e com o artigo 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, o recurso de uma decisão do Tribunal Geral está limitado às questões de direito. Só o Tribunal Geral é competente para apurar e apreciar os factos pertinentes, bem como para apreciar os elementos de prova. A apreciação dos factos e dos elementos de prova não constitui, portanto, exceto em caso de desvirtuação dos mesmos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral (Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Masco e o./Comissão, C-614/13 P, EU:C:2017:63, n.º 35 e jurisprudência referida).
- 12 No caso em apreço, é forçoso concluir que os erros de direito invocados pela Comissão como fundamento de recurso dizem respeito ao cumprimento das regras processuais pelo Tribunal Geral, concretamente o dever de fundamentar as suas decisões e de se pronunciar sobre os fundamentos e os argumentos que lhe são apresentados. Por outro lado, a Comissão contesta os fundamentos pelos quais o Tribunal Geral concluiu que a mesma deveria ter comunicado as alterações introduzidas ao modelo econométrico durante o procedimento administrativo e as consequências jurídicas dessa falta de comunicação sobre a validade da decisão controvertida. Assim, contrariamente às afirmações da UPS, as críticas dirigidas pela Comissão ao acórdão recorrido não visam as considerações de facto, mas os diversos erros de direito cometidos pelo Tribunal Geral.
- 13 Em segundo lugar, a UPS alega que o recurso é inadmissível porque a Comissão se limita, em especial nas duas primeiras partes do seu primeiro fundamento, a repetir a argumentação que o Tribunal Geral afastou, designadamente, nos n.ºs 176, 181, 185, 186, 198 e 203 a 209 do acórdão recorrido.
- 14 É certo que um recurso é inadmissível na medida em que se limite a repetir os fundamentos e os argumentos já apresentados no Tribunal Geral, incluindo os que se baseavam em factos expressamente rejeitados por esse órgão jurisdicional. Com efeito, um recurso desse tipo constitui, na realidade, um pedido destinado a obter uma mera reapreciação da petição apresentada no Tribunal Geral, o que exorbita a competência do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso (Acórdão de 10 de novembro de 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comissão, C-449/14 P, EU:C:2016:848, n.º 28).

- 15 Em contrapartida, quando um recorrente conteste a interpretação ou a aplicação do direito da União feita pelo Tribunal Geral, as questões de direito analisadas em primeira instância podem ser novamente discutidas em sede de recurso. Com efeito, se um recorrente não pudesse basear o seu recurso em fundamentos e argumentos já utilizados no Tribunal Geral, o processo ficaria privado de uma parte do seu sentido (Acórdão de 10 de novembro de 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comissão, C-449/14 P, EU:C:2016:848, n.º 29).
- 16 No caso em apreço, contrariamente ao que alega a UPS, a Comissão não se limita, no seu recurso, a reproduzir a argumentação que desenvolveu em primeira instância. Com efeito, a Comissão critica a fundamentação jurídica seguida pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido, nomeadamente nas duas primeiras partes do seu primeiro fundamento de recurso, nas quais censura o Tribunal Geral por não se ter pronunciado sobre determinados argumentos em sua defesa.
- 17 Em terceiro lugar, a UPS alega que, em todo o caso, o recurso deve ser julgado inoperante, na medida em que não pode conduzir à remessa do processo ao Tribunal Geral, como solicitado pela Comissão. Com efeito, no caso de o presente recurso merecer provimento, a UPS pede ao Tribunal de Justiça que, embora recorrendo a uma alteração dos fundamentos, mantenha a anulação da decisão controvertida por falta de fundamentação e por violação dos direitos de defesa por parte da Comissão.
- 18 A este respeito, basta salientar que a questão de saber se um recurso é, no todo ou em parte, inoperante se prende não com a apreciação da admissibilidade deste recurso, mas sim do seu mérito.
- 19 Tendo em conta estes elementos, há que rejeitar na íntegra a argumentação da UPS que contesta a admissibilidade do presente recurso e de alguns dos seus fundamentos.

### *Quanto ao mérito*

- 20 A Comissão desenvolve quatro fundamentos de recurso. Nestes fundamentos, cujas diversas partes se sobrepõem parcialmente, a Comissão imputa, em substância, ao Tribunal Geral três erros de direito. Os dois primeiros referem-se à violação dos direitos de defesa e às consequências dela decorrentes, e o terceiro tem por objeto a violação do dever de fundamentação das decisões pelo Tribunal Geral.

### *Quanto à violação dos direitos de defesa*

#### *– Argumentos das partes*

- 21 No primeiro fundamento de recurso, considerado nas suas segunda e terceira partes, a Comissão contesta o fundamento exposto no n.º 209 do acórdão recorrido, segundo o qual «a Comissão não pode alegar que não tinha a obrigação de comunicar à recorrente o modelo final da análise económica antes da adoção da decisão [controvertida]».
- 22 A Comissão nega a existência dessa obrigação.
- 23 Em primeiro lugar, a Comissão considera, após a fase da comunicação das acusações, não estar obrigada a divulgar eventuais apreciações intercalares posteriores sobre os pontos em que baseou as suas acusações, podendo haver alteração destas apreciações no decurso do processo. No caso em apreço, a análise das relações entre o nível de concentração e os preços foi realizada a partir de dados fornecidos pela UPS e pela TNT. A metodologia de avaliação destes dados através de um modelo económico foi aperfeiçoada, tendo em conta os argumentos da UPS. O questionamento da apreciação da Comissão a respeito desses dados integra não os direitos de defesa, mas a análise do mérito da decisão controvertida.

- 24 Em segundo lugar, a Comissão contesta os fundamentos expostos nos n.ºs 199 e 200 do acórdão recorrido, com base nos quais o Tribunal Geral considerou, no n.º 209 desse acórdão, que a Comissão estava obrigada a comunicar à UPS a versão final do modelo antes de adotar a decisão controvertida. Alega que a referência feita no n.º 200 do acórdão recorrido ao Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 61), não tem relevância. Com efeito, resulta desse acórdão que, embora na sua decisão final a Comissão não pudesse ter em conta acusações diferentes das que foram comunicadas às empresas, esta comunicação continua a ser provisória e é suscetível de sofrer alterações, dado que a única obrigação na matéria é a de fundamentar a decisão final.
- 25 Quanto à referência feita no n.º 199 do acórdão recorrido ao Acórdão de 9 de março de 2015, Deutsche Börse/Comissão (T-175/12, não publicado, EU:T:2015:148, n.º 247), a Comissão considera igualmente que não tem relevância. Com efeito, nesse acórdão, o Tribunal Geral afastou o argumento da violação dos direitos de defesa pelo facto de a Comissão não estar obrigada a manter as apreciações feitas na comunicação das acusações nem a explicar, na decisão final, eventuais diferenças em relação às suas apreciações que havia feito nessa comunicação.
- 26 Em terceiro lugar, a Comissão alega que a abordagem seguida pelo Tribunal Geral é incompatível com a economia e os prazos do Regulamento n.º 139/2004. O Tribunal Geral deixou subentendido no acórdão recorrido que, antes de adotar a sua decisão, a Comissão deve comunicar às partes notificantes as suas reflexões internas. Ora, segundo o artigo 17.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, L 133, p. 1), o direito de acesso ao processo não é extensivo aos documentos internos da Comissão. Esta abordagem, que, de resto, o Tribunal Geral não limitou às análises económicas, pode comprometer o processo de controlo das concentrações, o qual tem prazos muito curtos.
- 27 A UPS rejeita esta argumentação.

– *Apreciação do Tribunal de Justiça*

- 28 A título preliminar, importa recordar 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, relativamente a uma pessoa, um ato lesivo dos seus interesses (Acórdão de 18 de dezembro de 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, n.º 36).
- 29 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 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 62).
- 30 Estas disposições são complementadas pelas disposições relativas ao acesso ao processo, que constitui o corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa (Acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 68). 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 das objeções, sem prejuízo, designadamente, do interesse legítimo das empresas em que os seus segredos comerciais não sejam divulgados, mas este acesso aos documentos não abrange as informações confidenciais ou os documentos internos da Comissão ou das autoridades competentes dos Estados-Membros.



- 31 O respeito dos direitos de defesa antes da adoção de uma decisão em matéria de controlo das concentrações impõe assim que as partes notificantes tenham a possibilidade de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a relevância de todos os elementos em que a Comissão entende basear a sua decisão (v., por analogia, Acórdão de 22 de outubro de 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, n.º 38 e jurisprudência referida).
- 32 No que respeita aos modelos econométricos utilizados no âmbito de procedimentos de controlo das concentrações, importa recordar que a análise prospetiva necessária nesta matéria consiste em examinar de que modo uma operação dessa natureza poderá alterar os fatores que determinam a situação da concorrência nos mercados afetados. Essa análise exige que se imaginem os vários encadeamentos de causa e efeito, a fim de ter em conta aqueles cuja probabilidade é maior (Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.ºs 42 e 43).
- 33 Para o efeito, a utilização de modelos econométricos permite melhorar 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. É, por conseguinte, necessário que, sempre que a Comissão entenda basear a sua decisão nesses modelos, as partes notificantes tenham a possibilidade de apresentar observações a esse respeito.
- 34 A divulgação destes modelos e das escolhas metodológicas subjacentes à sua elaboração impõe-se, tanto mais que contribui, como salientou a advogada-geral no n.º 43 das suas conclusões, para conferir ao processo o seu caráter equitativo, em conformidade com o princípio da boa administração consagrado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- 35 No entanto, a Comissão afirma que não é obrigada a divulgar todas as alterações efetuadas a um modelo elaborado com a colaboração das partes na operação e em que assentam as acusações comunicadas. A Comissão sublinha que, nessa fase, as acusações podem evoluir e as alterações feitas aos modelos são equiparáveis a documentos internos não sujeitos ao acesso ao processo.
- 36 É certo que a comunicação das acusações é, pela própria natureza, provisória e suscetível de sofrer alterações no momento da avaliação que a Comissão faz posteriormente com base nas observações que lhe foram apresentadas em resposta pelas partes e no apuramento de outros factos (Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 63). Devido a este caráter provisório, a comunicação das acusações em nada impede a Comissão de alterar a sua posição a favor das empresas em causa, sem no entanto estar obrigada a explicar eventuais diferenças em relação às suas apreciações provisórias contidas nessa comunicação (Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.ºs 63 a 65).
- 37 No entanto, este entendimento não permite considerar que a Comissão possa, após a comunicação das acusações, alterar a substância do modelo econométrico em que baseia as suas objeções sem dar conhecimento desta alteração às empresas envolvidas e lhes permitir apresentar as suas observações a este respeito. Com efeito, 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 envolvidas. É igualmente de excluir que tais elementos possam ser qualificados de documentos internos, na aceção do artigo 17.º do Regulamento n.º 802/2004.

- 38 Por outro lado, há que recordar que o imperativo de celeridade que caracteriza a economia geral do Regulamento n.º 139/2004 impõe à Comissão que respeite prazos estritos para adotar a decisão final (Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 49). A Comissão está obrigada a conciliar este imperativo de celeridade com o respeito dos direitos da defesa.
- 39 No caso em apreço, após ter exposto fielmente, nos n.ºs 199 e 200 do acórdão recorrido, os requisitos que decorrem do princípio do respeito dos direitos de defesa, o Tribunal Geral fez diversas afirmações de natureza factual que não foram contestadas pela Comissão em sede de recurso.
- 40 Assim, nos n.ºs 201 e 211 a 213 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que a Comissão se baseou na versão final do modelo econométrico para identificar o número de Estados-Membros em cujo território a concentração projetada causaria um entrave substancial à concorrência efetiva.
- 41 No n.º 202 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral salientou que a versão final do modelo econométrico foi adotada em 21 de novembro de 2012, ou seja, mais de dois meses antes da adoção da decisão controvertida e, no n.º 203, que a Comissão não comunicou essa versão final à UPS. Nos n.ºs 205 a 208 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que as alterações contidas na referida versão final em relação aos modelos discutidos durante o procedimento administrativo não podem ser consideradas insignificantes.
- 42 Além disso, como salientou a advogada-geral no n.º 61 das suas conclusões, a Comissão não forneceu nenhum elemento que indique os constrangimentos concretos que teriam na prática tornado impossível, nessa data, conceder à UPS um prazo de resposta curto para a ouvir sobre a referida versão final.
- 43 Tendo em conta estes elementos, o Tribunal Geral não cometeu portanto qualquer erro de direito ao concluir, no n.º 209 do acórdão recorrido, que «a Comissão não pode alegar que não tinha a obrigação de comunicar à recorrente o modelo final da análise econométrica antes da adoção da decisão [controvertida]».
- 44 Por isso, o primeiro fundamento, considerado nas suas segunda e terceira partes, deve ser julgado improcedente.

*Quanto às consequências a retirar da violação dos direitos de defesa*

*– Argumentos das partes*

- 45 Nas primeira e segunda partes do segundo fundamento e nas primeira e segunda partes do quarto fundamento, a Comissão contesta a apreciação do Tribunal Geral que figura no n.º 210 do acórdão recorrido, nos termos da qual o mesmo declarou que «os direitos de defesa da recorrente foram violados, pelo que há que anular a decisão [controvertida], desde que a recorrente tenha demonstrado suficientemente não que, sem essa irregularidade processual, o conteúdo da decisão [controvertida] teria sido diferente, mas que teria tido uma oportunidade, ainda que reduzida, de assegurar melhor a sua defesa (v., neste sentido, Acórdão de 25 de outubro de 2011, Solvay/Comissão, C-109/10 P, EU:C:2011:686, n.º 57)».
- 46 Em primeiro lugar, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao aplicar ao caso vertente o critério jurisprudencial resultante do n.º 57 do Acórdão de 25 de outubro de 2011, Solvay/Comissão (C-109/10 P, EU:C:2011:686).

- 47 Embora esse critério diga apenas respeito às consequências a retirar da não comunicação de um elemento favorável à defesa, o modelo econométrico em causa é não um elemento de prova, mas um instrumento que habilita a Comissão a apreciar os efeitos prováveis da concentração nos preços. Mas, mesmo que constituísse um elemento de prova, este modelo seria apenas um elemento potencialmente de defesa. O simples facto de o modelo ter conduzido à redução de 29 para 15 o número de mercados nacionais nos quais a concentração poderia dar origem a um entrave significativo à concorrência efetiva é insuficiente a esse respeito. Além disso, a circunstância de um dos fatores tidos em conta pela Comissão ser mais desfavorável na comunicação de acusações do que na decisão final não permite, por si só, considerar que os elementos de prova úteis para a apreciação destes fatores se tornaram, na fase da referida decisão, elementos favoráveis à defesa.
- 48 A Comissão deduz desse facto que o Tribunal Geral deveria ter aplicado a regra relativa à violação dos direitos de defesa por não comunicação de documentos favoráveis à acusação, resultante do Acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.ºs 72 e 73), segundo a qual a supressão, enquanto meio de prova, de um documento favorável à acusação não comunicado só pode conduzir à anulação da decisão impugnada na falta de quaisquer outras provas documentais de que as partes tenham tido conhecimento durante o procedimento administrativo.
- 49 Em segundo lugar, a Comissão alega que, mesmo que tivesse havido violação dos direitos de defesa da UPS, essa violação não podia, em todo o caso, conduzir à anulação da decisão controvertida, contrariamente ao que declarou o Tribunal Geral no n.º 222 do acórdão recorrido.
- 50 A Comissão recorda que, na argumentação utilizada em primeira instância, alegou que bastava constatar um entrave significativo a uma concorrência efetiva num único mercado para declarar uma concentração incompatível com o mercado interno. Ora, na Dinamarca e nos Países Baixos, a operação projetada provocaria simultaneamente um entrave significativo à concorrência efetiva e um efeito líquido negativo nos preços. Pelo menos para estes dois mercados, qualquer erro no modelo econométrico relativo ao nível de preços não teria, portanto, consequências, dado que a constatação de um entrave à concorrência assenta noutros fatores. Tendo em conta estes elementos, a Comissão considera que o Tribunal Geral devia ter julgado inoperante o fundamento relativo a violação dos direitos de defesa.
- 51 Por último, segundo a Comissão, a UPS não pode afirmar que, se tivesse tido conhecimento da versão final do modelo econométrico, teria tido a possibilidade de propor medidas corretivas.
- 52 A UPS contesta a argumentação da Comissão.

*– Apreciação do Tribunal de Justiça*

- 53 Como foi salientado nos n.ºs 32 a 34 do presente acórdão, os modelos econométricos são, pela sua própria natureza e função, ferramentas quantitativas úteis na análise prospetiva feita pela Comissão no âmbito dos processos de controlo das concentrações. Os fundamentos metodológicos em que esses modelos se baseiam devem ser tão objetivos quanto possível para não prejudicar os resultados desta análise num sentido ou noutro. Estes elementos contribuem assim para a imparcialidade e para a qualidade das decisões da Comissão, de que depende, em última análise, a confiança que o público e as empresas depositam na legitimidade do procedimento de controlo das concentrações de empresas da União.
- 54 Tendo em conta estas características, um modelo econométrico não pode ser qualificado de elemento favorável ou desfavorável segundo o sentido dos resultados a que conduz e segundo a utilização subsequente que dele é feita para fundamentar ou excluir determinadas objeções a uma concentração. Na perspetiva do respeito dos direitos de defesa, a questão de saber se a não comunicação de um



modelo econométrico às partes de uma concentração de empresas justifica a anulação da decisão da Comissão não depende da qualificação prévia deste modelo como elemento favorável ou desfavorável, tal como referido pela advogada-geral, em substância, no n.º 40 das suas conclusões.

- 55 Tendo em conta a importância dos modelos econométricos para a análise prospetiva dos efeitos de uma concentração, a elevação do limiar probatório exigido para a anulação de uma decisão por violação dos direitos de defesa resultante, como no presente processo, da não comunicação das escolhas metodológicas, em especial no que se refere a técnicas estatísticas, inerentes a esses modelos, como defende, no essencial, a Comissão, iria contra o objetivo de incentivar esta última a dar provas de transparência na elaboração dos modelos econométricos utilizados nos procedimentos de controlo das concentrações e prejudicaria a efetividade da fiscalização jurisdicional subsequente das suas decisões.
- 56 Decorre destes elementos que o Tribunal Geral não cometeu qualquer erro de direito quando declarou, no n.º 210 do acórdão recorrido, que «os direitos de defesa da recorrente foram violados, pelo que há que anular a decisão [controvertida], desde que a recorrente tenha demonstrado suficientemente não que, sem essa irregularidade processual, o conteúdo da decisão [controvertida] teria sido diferente, mas que teria tido uma oportunidade, ainda que reduzida, de assegurar melhor a sua defesa (v., neste sentido, Acórdão de 25 de outubro de 2011, Solvay/Comissão, C-109/10 P, EU:C:2011:686, n.º 57)».
- 57 Por consequência, e contrariamente ao que alega a Comissão, o Tribunal Geral não podia declarar inoperante o fundamento relativo à violação dos direitos de defesa, invocado pela UPS em primeira instância, pelo facto de, relativamente aos mercados dinamarquês e neerlandês, a Comissão ter declarado a existência de um entrave substancial à concorrência efetiva, independentemente da tomada em consideração do modelo econométrico.
- 58 Consequentemente, importa julgar improcedentes a primeira e segunda partes do segundo fundamento, bem como a primeira e segunda partes do quarto fundamento.

#### *Quanto à violação do dever de fundamentação*

##### *– Argumentos das partes*

- 59 Em primeiro lugar, a Comissão, na primeira parte do primeiro fundamento e na segunda parte do terceiro fundamento, contesta o n.º 198 do acórdão recorrido, o qual tem a seguinte redação:
- «Para apreciar a primeira parte do segundo fundamento, relativa aos efeitos prováveis da concentração sobre os preços, há que verificar se os direitos de defesa da recorrente foram afetados pelas condições em que a análise econométrica em questão se baseou num modelo econométrico diferente do que tinha sido objeto de um debate contraditório durante o procedimento administrativo.»
- 60 O Tribunal Geral não se pronunciou assim sobre a argumentação da Comissão, resumida no n.º 181 do acórdão recorrido, na qual sustentava que, tendo a comunicação das acusações apenas caráter provisório, tinha o direito de rever ou de acrescentar elementos posteriormente, desde que a decisão contivesse as mesmas acusações já comunicadas às partes. Ora, a não tomada em consideração, de modo juridicamente correto, de todos os argumentos invocados por uma parte em primeira instância constitui um erro de direito (Acórdão de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comissão, C-202/07 P, EU:C:2009:214, n.º 41). Pelo facto de não ter dado a mínima explicação quanto às razões pelas quais considerou não ser necessário responder ao argumento principal da Comissão, o Tribunal Geral violou o seu dever de fundamentação (Acórdão de 19 de dezembro de 2012, Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle/Comissão, C-288/11 P, EU:C:2012:821, n.º 83).

- 61 Em segundo lugar, na primeira parte do terceiro fundamento, a Comissão censura o Tribunal Geral por não ter tomado conhecimento da argumentação que desenvolveu em primeira instância nas respostas às questões colocadas pelo Tribunal Geral na sequência da audiência de 6 de abril de 2016, argumentação segundo a qual a utilização no modelo econométrico de uma variável contínua na fase da previsão é não só justificada mas também «decorre de forma intuitiva» da metodologia proposta pela UPS para a fase da avaliação. Não se pode afirmar que o acórdão recorrido contenha uma fundamentação, ainda que implícita, quanto a este ponto, pelo que não se pode dizer que o Tribunal Geral tenha analisado os argumentos da Comissão.
- 62 Em terceiro lugar, na segunda parte do segundo fundamento e na terceira parte do quarto fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral, nos n.ºs 198 a 222 do acórdão recorrido, não respondeu à argumentação pela qual a mesma alegava que o fundamento da UPS relativo à violação dos direitos de defesa era inoperante pelo facto de a constatação de um entrave significativo à concorrência efetiva nos mercados dinamarquês e neerlandês não assentar exclusivamente nos resultados do modelo econométrico. Existe uma contradição no facto de o acórdão recorrido proferir a anulação da decisão controvertida por violação dos direitos de defesa apesar de ter declarado, nos n.ºs 217 e 218 do acórdão recorrido, que a versão final do modelo econométrico, por um lado, pôde, «pelo menos nalguns Estados, pôr em causa as informações qualitativas tomadas em conta pela Comissão» e, por outro, permitiu a esta última reduzir o número de Estados em que a concentração conduziu a um entrave significativo à concorrência efetiva.
- 63 A UPS contesta a argumentação da Comissão.

– *Apreciação do Tribunal de Justiça*

- 64 No que diz respeito à primeira alegação, enunciada na primeira parte do primeiro fundamento e na segunda parte do terceiro fundamento, basta observar que, nos fundamentos constantes dos n.ºs 198 a 209 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral respondeu, implícita mas necessariamente, à argumentação da Comissão resumida no n.º 181 do acórdão recorrido. Por conseguinte, há que julgar improcedente esta primeira alegação.
- 65 No que respeita à segunda alegação, enunciada na primeira parte do terceiro fundamento, há que recordar que, pelos fundamentos expostos nos n.ºs 198 a 208 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral justificou legalmente a sua apreciação, constante do n.º 209 desse acórdão, segundo a qual «a Comissão não pode alegar que não tinha a obrigação de comunicar à recorrente o modelo final da análise econométrica antes da adoção da decisão [controvertida]».
- 66 O Tribunal Geral considerou, em especial, no n.º 205 do acórdão recorrido, que as alterações efetuadas pela Comissão ao modelo econométrico não podem ser consideradas insignificantes. Além disso, o Tribunal Geral salientou, no n.º 207 do acórdão recorrido, que «a Comissão se [tinha] baseado numa variável discretizada na fase da estimativa e numa variável contínua na fase da previsão» e declarou, no n.º 208 desse acórdão, que, «embora a utilização de uma variável discretizada [tivesse] sido reiteradamente discutida durante o procedimento administrativo, não [resultava] dos autos que tal [tivesse sido] igualmente o caso da aplicação de variáveis diferentes às diferentes fases que compõem a análise econométrica».
- 67 Com estes fundamentos, o Tribunal Geral justificou legalmente a sua decisão e rejeitou, implícita mas necessariamente, a argumentação pela qual a Comissão alegava que a UPS tinha «intuitivamente» tido a oportunidade de identificar as alterações introduzidas ao modelo econométrico. Por conseguinte, há que julgar improcedente esta segunda alegação.

- 68 Quanto à terceira alegação, enunciada na segunda parte do segundo fundamento e na terceira parte do quarto fundamento, basta observar que esta argumentação assenta na premissa de que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar, no n.º 210 do acórdão recorrido, que a violação dos direitos de defesa constatada gerava a anulação «desde que a recorrente tenha demonstrado suficientemente não que, sem essa irregularidade processual, o conteúdo da decisão [controvertida] teria sido diferente, mas que teria tido uma oportunidade, ainda que reduzida, de assegurar melhor a sua defesa». Ora, pelos fundamentos anteriormente expostos nos n.ºs 53 a 58 do presente acórdão, esta premissa está errada. Por conseguinte, há que julgar improcedente a terceira alegação.
- 69 Decorre de todas as considerações precedentes que há que negar provimento ao presente recurso na íntegra.

### **Quanto às despesas**

- 70 Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, aplicável ao processo de recurso de decisão do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que a UPS pediu a condenação da Comissão e esta ficou vencida nos seus fundamentos, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

- 1) É negado provimento ao recurso.**
- 2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas.**

Assinaturas