

Edizione provvisoria

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

16 gennaio 2019 (*)

«Impugnazione – Controllo delle operazioni di concentrazione di imprese – Acquisizione della TNT Express da parte di UPS – Decisione della Commissione che dichiara l’operazione di concentrazione incompatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell’Accordo SEE – Modello econometrico elaborato dalla Commissione – Mancata comunicazione delle modifiche apportate al modello econometrico – Violazione dei diritti della difesa»

Nella causa C-265/17 P,

avente ad oggetto l’impugnazione, ai sensi dell’articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, proposta il 16 maggio 2017,

Commissione europea, rappresentata da T. Christoforou, N. Khan, H. Leupold e A. Biolan, in qualità di agenti,

ricorrente,

procedimento in cui le altre parti sono:

United Parcel Service, Inc., con sede in Atlanta, Georgia (Stati Uniti), rappresentata da A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, advokat, W. Knibbeler, S.A. Pliego e P. van den Berg, advocaten, e F. Roscam Abbing, advocate,

ricorrente in primo grado,

FedEx Corp., con sede in Memphis, Tennessee (Stati Uniti), rappresentata da F. Carlin, barrister, G. Bushell, solicitor, e N. Niejahr, Rechtsanwältin,

interveniente in primo grado,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, vicepresidente della Corte, facente funzione di presidente della Prima Sezione, A. Arabadjiev, E. Regan, C.G. Fernlund (relatore) e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 25 luglio 2018,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con la sua impugnazione, la Commissione europea chiede l’annullamento della sentenza del Tribunale dell’Unione europea del 7 marzo 2017, United Parcel Service/Commissione (T-194/13,

EU:T:2017:144; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), mediante la quale tale giudice ha annullato la decisione C(2013) 431 della Commissione, del 30 gennaio 2013, che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell'Accordo SEE (caso COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (in prosieguo: la «decisione controversa»).

Fatti all'origine della controversia

- 2 Risulta dalla sentenza impugnata che la United Parcel Service Inc. (in prosieguo: «UPS») e la TNT Express NV (in prosieguo: «TNT») sono due società operanti sui mercati dei servizi internazionali di distribuzione espressa di pacchi di piccole dimensioni.
- 3 Il 15 giugno 2012, UPS ha notificato alla Commissione il proprio progetto di acquisizione di TNT, in applicazione dell'articolo 4 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, L 24, pag. 1).
- 4 Il 30 gennaio 2013, la Commissione ha adottato la decisione controversa. La Commissione ha dichiarato che la concentrazione notificata era incompatibile con il mercato interno e con l'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992 (GU 1994, L 1, pag. 3), avendo constatato che detta operazione avrebbe costituito un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sui mercati dei servizi coinvolti in quindici Stati membri, vale a dire in Bulgaria, in Repubblica ceca, in Danimarca, in Estonia, in Lettonia, in Lituania, in Ungheria, a Malta, nei Paesi Bassi, in Polonia, in Romania, in Slovenia, in Slovacchia, in Finlandia e in Svezia.

Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

- 5 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 5 aprile 2013, UPS ha proposto un ricorso inteso all'annullamento della decisione controversa. A sostegno di tale ricorso, UPS deduceva segnatamente un motivo relativo alla violazione dei diritti della difesa, con il quale essa censurava la Commissione per aver adottato la decisione controversa fondandosi su un modello econometrico diverso da quello che aveva costituito l'oggetto di una discussione in contraddittorio nel corso del procedimento amministrativo.
- 6 Mediante la sentenza impugnata, il Tribunale ha accolto tale motivo di ricorso ed ha annullato la decisione controversa.

Conclusioni delle parti

- 7 La Commissione chiede che la Corte voglia:
 - annullare la sentenza impugnata;
 - rinviare la causa dinanzi al Tribunale, e
 - riservare la decisione sulle spese relative al presente grado di giudizio.
- 8 UPS chiede che la Corte voglia:
 - dichiarare l'impugnazione irricevibile e/o inoperante, oppure
 - respingerla nella sua interezza, oppure,
 - in subordine, emettere una sentenza definitiva mantenendo il dispositivo della sentenza impugnata tramite contestuale sostituzione delle motivazioni, e
 - condannare la Commissione alle spese del giudizio di impugnazione e del procedimento dinanzi al Tribunale.

Sull'impugnazione

Sulla ricevibilità

- 9 In via preliminare, UPS fa valere che, in ragione di alcuni errori procedurali, l'impugnazione deve essere respinta perché irricevibile e, in ogni caso, inoperante.
- 10 In primo luogo, UPS sostiene che la Commissione censura alcune constatazioni in punto di fatto compiute dal Tribunale nella sentenza impugnata, senza però dedurre uno snaturamento dei fatti.
- 11 A questo proposito, occorre ricordare che, a norma dell'articolo 256 TFUE e dell'articolo 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'impugnazione è limitata alle questioni di diritto. Il Tribunale è dunque competente in via esclusiva ad accertare e a valutare i fatti rilevanti, nonché a valutare gli elementi di prova. Pertanto, la valutazione dei fatti e degli elementi di prova non costituisce, salvo il caso del loro snaturamento, una questione di diritto assoggettata, in quanto tale, al controllo della Corte nell'ambito di un'impugnazione (sentenza del 26 gennaio 2017, Masco e a./Commissione, C-614/13 P, EU:C:2017:63, punto 35 nonché la giurisprudenza ivi citata).
- 12 Nel caso di specie, è giocoforza constatare che gli errori di diritto fatti valere dalla Commissione a sostegno della propria impugnazione vertono sul rispetto, da parte del Tribunale, delle norme procedurali, come l'obbligo di motivare le proprie decisioni e di statuire sui motivi e sugli argomenti sottoposti al suo giudizio. La Commissione contesta inoltre le motivazioni con le quali il Tribunale ha concluso che essa avrebbe dovuto comunicare le modifiche apportate al modello econometrico nel corso del procedimento amministrativo, nonché le conseguenze giuridiche di tale mancata comunicazione in ordine alla validità della decisione controversa. Contrariamente alle affermazioni di UPS, le censure così mosse dalla Commissione contro la sentenza impugnata non riguardano constatazioni in punto di fatto, bensì vertono su vari errori di diritto che il Tribunale avrebbe commesso.
- 13 UPS sostiene, in secondo luogo, che l'impugnazione è irricevibile per il fatto che la Commissione si limiterebbe, in particolare nelle prime due parti del suo primo motivo di gravame, a ripetere l'argomentazione che il Tribunale ha respinto, in particolare, ai punti 176, 181, 185, 186, 198 e da 203 a 209 della sentenza impugnata.
- 14 È certo vero che un'impugnazione è irricevibile laddove essa si limiti a reiterare i motivi e gli argomenti già dedotti dinanzi al Tribunale, compresi quelli che erano basati su fatti espressamente ritenuti insussistenti da tale giudice. Infatti, un'impugnazione del genere costituisce, in realtà, una domanda diretta ad ottenere un semplice riesame del ricorso introduttivo presentato dinanzi al Tribunale, il che esula dalla competenza della Corte nell'ambito di un'impugnazione (sentenza del 10 novembre 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Commissione, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punto 28).
- 15 Per contro, qualora un ricorrente contesti l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione effettuata dal Tribunale, i punti di diritto esaminati in primo grado possono essere nuovamente discussi nel corso del procedimento di impugnazione. Infatti, se un ricorrente non potesse in tal modo basare la propria impugnazione su motivi e argomenti già utilizzati dinanzi al Tribunale, questo procedimento sarebbe privato di una parte del suo significato (sentenza del 10 novembre 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Commissione, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punto 29).
- 16 Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto da UPS, la Commissione non si limita, nella sua impugnazione, a ripetere l'argomentazione che aveva sviluppato in primo grado. Infatti, la Commissione censura le motivazioni di diritto adottate dal Tribunale nella sentenza impugnata, e ciò in particolare attraverso le prime due parti del suo primo motivo di impugnazione, con le quali essa imputa al Tribunale di aver omesso di statuire su alcuni argomenti della sua difesa.
- 17 In terzo luogo, UPS sostiene che l'impugnazione deve in ogni caso essere respinta in quanto inoperante, dato che essa non può condurre al rinvio della causa dinanzi al Tribunale come chiesto dalla Commissione. Infatti, per l'ipotesi in cui l'impugnazione venisse accolta, UPS chiede alla Corte

di confermare, previa sostituzione della motivazione, l'annullamento della decisione controversa disposto in ragione del difetto di motivazione di quest'ultima e della violazione dei diritti della difesa da parte della Commissione.

- 18 A questo proposito, è sufficiente rilevare che la questione se un'impugnazione sia, in tutto o in parte, inoperante non rientra nell'esame della ricevibilità dell'impugnazione stessa, bensì in quello della sua fondatezza.
- 19 Alla luce di tali elementi, occorre respingere integralmente l'argomentazione di UPS volta a contestare la ricevibilità dell'impugnazione e di alcuni dei motivi di quest'ultima.

Nel merito

- 20 A sostegno della sua impugnazione, la Commissione svolge quattro motivi. In sostanza, mediante tali motivi di impugnazione, le cui molteplici parti si sovrappongono parzialmente, la Commissione imputa al Tribunale di aver commesso tre errori di diritto. I primi due si riferiscono alla violazione dei diritti della difesa nonché alle conseguenze derivanti dalla stessa, mentre il terzo riguarda la violazione dell'obbligo per il Tribunale di motivare le proprie decisioni.

Sulla violazione dei diritti della difesa

– Argomenti delle parti

- 21 La Commissione, mediante il primo motivo di impugnazione, considerato nelle sue parti seconda e terza, contesta la parte della motivazione contenuta al punto 209 della sentenza impugnata, secondo cui «[l]a Commissione (...) non può sostenere che essa non era tenuta a comunicare alla ricorrente il modello definitivo dell'analisi econometrica prima dell'adozione della decisione [controversa]».
- 22 La Commissione nega l'esistenza di un obbligo siffatto.
- 23 In primo luogo, la Commissione reputa che essa, dopo la fase della comunicazione degli addebiti, non è tenuta a divulgare le eventuali successive valutazioni intermedie dei punti sui quali ha fondato i propri addebiti, stante che tali valutazioni possono cambiare nel corso del procedimento. Nella specie, l'analisi dei rapporti tra il livello di concentrazione e i prezzi sarebbe stata realizzata a partire dai dati forniti da UPS e da TNT. La metodologia mediante la quale questi dati sono stati valutati tramite un modello econometrico sarebbe stata affinata tenendo conto degli argomenti di UPS. La contestazione della valutazione compiuta dalla Commissione riguardo a tali dati non atterrebbe ai diritti della difesa, bensì all'analisi della fondatezza della decisione controversa.
- 24 In secondo luogo, la Commissione contesta le motivazioni esposte ai punti 199 e 200 della sentenza impugnata su cui il Tribunale si è fondato per affermare, al successivo punto 209 della medesima pronuncia, che la Commissione era tenuta a comunicare ad UPS la versione definitiva del modello prima di adottare la decisione controversa. Detta istituzione fa valere che il riferimento alla sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 61), contenuto al punto 200 della sentenza impugnata, non è pertinente. Infatti, risulterebbe da tale sentenza che, sebbene la Commissione non possa assumere a fondamento nella propria decisione finale censure diverse da quelle che sono state comunicate alle imprese, tale comunicazione rimane provvisoria e suscettibile di modifiche, e l'unico obbligo in materia è quello di motivare la decisione finale.
- 25 Quanto al riferimento alla sentenza del 9 marzo 2015, Deutsche Börse/Commissione (T-175/12, non pubblicata, EU:T:2015:148, punto 247), contenuto al punto 199 della sentenza impugnata, la Commissione reputa che neanche esso sia pertinente. Infatti, in questa sentenza il Tribunale avrebbe respinto l'argomento relativo ad una violazione dei diritti della difesa, a motivo del fatto che la Commissione non è tenuta a mantenere le valutazioni compiute nella comunicazione degli addebiti, né a spiegare, nella decisione finale, le eventuali differenze rispetto alle proprie valutazioni compiute in questa comunicazione.

- 26 In terzo luogo, la Commissione sostiene che l'approccio seguito dal Tribunale è incompatibile con l'economia generale e con i termini temporali previsti dal regolamento n. 139/2004. Il Tribunale avrebbe lasciato intendere, nella sentenza impugnata, che la Commissione deve divulgare alle parti notificanti tutte le proprie riflessioni interne prima di adottare la propria decisione. Orbene, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2004, L 133, pag. 1), il diritto di accesso al fascicolo non si estende ai documenti interni della Commissione. Un simile approccio, che del resto il Tribunale non avrebbe circoscritto alle analisi econometriche, rischierebbe di mettere in pericolo la procedura di controllo delle concentrazioni, la quale è scandita da termini temporali brevissimi.
- 27 UPS contesta tale argomentazione.
- *Giudizio della Corte*
- 28 In limine, occorre ricordare che il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, il quale trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arreca pregiudizio (sentenza del 18 dicembre 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, punto 36).
- 29 Per i procedimenti di controllo delle operazioni di concentrazione, tale principio è stabilito dall'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, nonché, in maniera più precisa, dall'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 802/2004. Queste ultime disposizioni impongono, in particolare, la comunicazione per iscritto delle obiezioni della Commissione alle parti che hanno effettuato la notifica, con indicazione a queste ultime del termine entro il quale esse possono far conoscere il loro punto di vista per iscritto (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 62).
- 30 Tali disposizioni sono completate da quelle relative all'accesso al fascicolo, il quale costituisce il corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa (sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, 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, punto 68). Risulta infatti dall'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004 e dall'articolo 17 del regolamento n. 802/2004 che l'accesso al fascicolo è consentito alle parti direttamente interessate, dopo la notifica degli addebiti, fatto salvo, segnatamente, il legittimo interesse delle imprese a che i loro segreti commerciali non vengano divulgati, e tenendo presente che tale accesso ai documenti non si estende né alle informazioni riservate né ai documenti interni della Commissione o delle autorità competenti degli Stati membri.
- 31 Il rispetto dei diritti della difesa prima dell'adozione di una decisione in materia di controllo delle concentrazioni esige dunque che le parti notificanti vengano messe in condizione di far conoscere utilmente il loro punto di vista in merito alla reale consistenza e alla rilevanza di tutti gli elementi sui quali la Commissione intende fondare la propria decisione [v., per analogia, sentenza del 22 ottobre 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678), punto 38 e la giurisprudenza ivi citata].
- 32 Per quanto riguarda i modelli econometrici utilizzati nell'ambito di procedure di controllo delle operazioni di concentrazione, occorre ricordare che l'analisi prospettica necessaria in materia consiste nel verificare in che modo un'operazione siffatta potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza sui mercati interessati. Questo tipo di analisi impone di immaginare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di prendere a riferimento quelle maggiormente probabili (sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punti 42 e 43).
- 33 A questo scopo, il ricorso a modelli econometrici permette di migliorare la comprensione dell'operazione progettata identificando e, eventualmente, quantificando alcuni dei suoi effetti, e di contribuire così alla qualità delle decisioni della Commissione. È dunque necessario che, quando la Commissione intende fondare la propria decisione su siffatti modelli, le parti notificanti vengano messe in condizione di far conoscere le proprie osservazioni al riguardo.

- 34 La divulgazione di questi modelli e delle scelte metodologiche sottese alla loro elaborazione si impone a maggior ragione per il fatto che essa contribuisce, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni, a conferire al procedimento il suo carattere equo, in conformità del principio di buona amministrazione enunciato all'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
- 35 La Commissione asserisce nondimeno di non essere tenuta a divulgare tutte le modifiche apportate ad un modello elaborato con la collaborazione delle parti dell'operazione e sul quale si fondano gli addebiti comunicati. La Commissione sottolinea che, in questa fase, gli addebiti possono evolvere e le modifiche apportate ai modelli sono equiparabili a documenti interni non compresi nell'accesso al fascicolo.
- 36 Senza dubbio, la comunicazione degli addebiti è, per sua natura, provvisoria e suscettibile di modifiche che la Commissione può apportare nell'ambito della propria successiva valutazione alla luce delle osservazioni che le parti le abbiano presentato in risposta, nonché di altre considerazioni in punto di fatto (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 63). A motivo di tale carattere provvisorio, la comunicazione degli addebiti non impedisce in alcun modo alla Commissione di modificare la propria posizione a favore delle imprese interessate, senza che essa sia per questo tenuta a spiegare le eventuali differenze rispetto alle proprie valutazioni provvisorie contenute in detta comunicazione (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punti da 63 a 65).
- 37 Tuttavia, queste considerazioni non permettono di ritenere che la Commissione possa modificare dopo la comunicazione degli addebiti la sostanza di un modello econometrico sulla cui base essa intende fondare le proprie obiezioni, senza portare tale modifica a conoscenza delle imprese interessate e senza consentir loro di far valere le proprie osservazioni al riguardo. Un'interpretazione del genere sarebbe infatti contraria al principio del rispetto dei diritti della difesa e alle disposizioni dell'articolo 18, paragrafo 3, del regolamento n. 139/2004, le quali, da un lato, esigono che la Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati abbiano potuto far valere le proprie osservazioni e, dall'altro, prevedono un diritto di accesso al fascicolo offerto almeno alle parti direttamente interessate. È parimenti escluso che simili elementi possano essere qualificati come documenti interni ai sensi dell'articolo 17 del regolamento n. 802/2004.
- 38 Inoltre, occorre ricordare che l'imperativo di celerità che caratterizza l'economia generale del regolamento n. 139/2004 impone alla Commissione di rispettare termini rigorosi per l'adozione della decisione finale (sentenza del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 49). La Commissione è tenuta a conciliare tale imperativo di celerità con il rispetto dei diritti della difesa.
- 39 Nel caso di specie, dopo aver fedelmente illustrato, ai punti 199 e 200 della sentenza impugnata, le prescrizioni scaturenti dal principio del rispetto dei diritti della difesa, il Tribunale ha proceduto a varie constatazioni di ordine fattuale che non sono state contestate dalla Commissione nella sua impugnazione.
- 40 In concreto, il Tribunale ha constatato, ai punti 201 e da 211 a 213 della sentenza impugnata, che la Commissione si era fondata sulla versione definitiva del modello econometrico per identificare il numero di Stati membri nel cui territorio la prevista operazione di concentrazione avrebbe portato ad un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.
- 41 Al punto 202 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che la versione definitiva del modello econometrico era stata adottata il 21 novembre 2012, ossia più di due mesi prima dell'adozione della decisione controversa, e, al punto 203, che la Commissione non aveva comunicato tale versione definitiva a UPS. Ai punti da 205 a 208 della sentenza impugnata, il Tribunale ha constatato che le modifiche contenute nella suddetta versione definitiva rispetto ai modelli discussi durante il procedimento amministrativo non erano trascurabili.

- 42 Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 61 delle sue conclusioni, la Commissione non ha fornito alcun elemento che indichi le ragioni concrete per le quali le sarebbe stato in pratica impossibile, a quella data, assegnare a UPS un breve termine di risposta al fine di sentire le sue osservazioni in merito alla suddetta versione definitiva.
- 43 Pertanto, alla luce di tali elementi, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto concludendo, al punto 209 della sentenza impugnata, che «[l]a Commissione (...) non può sostenere che essa non era tenuta a comunicare alla ricorrente il modello definitivo dell'analisi econometrica prima dell'adozione della decisione [controversa]».
- 44 Pertanto, il primo motivo di impugnazione, considerato nelle sue parti seconda e terza, deve essere respinto perché infondato.

Sulle conseguenze che debbono trarsi da una violazione dei diritti della difesa

– *Argomenti delle parti*

- 45 La Commissione contesta, con la prima e con la seconda parte del secondo motivo di impugnazione nonché con la prima e con la seconda parte del quarto motivo di impugnazione, la valutazione compiuta dal Tribunale, al punto 210 della sentenza impugnata, mediante la quale tale giudice ha statuito che «i diritti della difesa della ricorrente sono stati violati, cosicché occorre annullare la decisione [controversa], a condizione che la ricorrente abbia sufficientemente dimostrato non che, senza tale irregolarità procedurale, la decisione [controversa] avrebbe avuto un contenuto differente, bensì che essa avrebbe potuto avere la possibilità, anche minima, di garantire [...] meglio la propria difesa (v., in tal senso, sentenza del 25 ottobre 2011, Solvay/Commissione, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punto 57)».
- 46 In primo luogo, la Commissione sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto applicando al caso di specie il criterio giurisprudenziale risultante dal punto 57 della sentenza del 25 ottobre 2011, Solvay/Commissione (C-109/10 P, EU:C:2011:686).
- 47 Mentre tale criterio riguarderebbe soltanto le conseguenze da trarre dalla mancata comunicazione di un elemento a scarico, il modello econometrico in discussione non sarebbe un elemento di prova bensì uno strumento che permette alla Commissione di valutare i probabili effetti della concentrazione sui prezzi. Quand'anche si trattasse di un elemento di prova, tale modello sarebbe soltanto un elemento potenzialmente a scarico. Il semplice fatto che il modello abbia portato a ridurre da 29 a 15 il numero di mercati nazionali nei quali la concentrazione avrebbe potuto dar luogo ad un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sarebbe insufficiente sotto questo aspetto. Inoltre, la circostanza che uno dei fattori presi in considerazione dalla Commissione fosse più sfavorevole nella comunicazione degli addebiti che non nella decisione finale non permetterebbe di per sé sola di ritenere che gli elementi di prova utili alla valutazione di tali fattori sarebbero diventati, al momento di tale decisione, elementi a scarico.
- 48 La Commissione ne deduce che il Tribunale avrebbe dovuto applicare la regola relativa alla violazione dei diritti della difesa risultante dalla mancata comunicazione di elementi a carico enunciata nella sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione (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, punti 72 e 73), secondo cui l'eliminazione quale mezzo di prova di un documento a carico non comunicato può portare all'annullamento della decisione impugnata soltanto in assenza di qualsiasi altra prova documentale di cui le parti abbiano avuto conoscenza nel corso del procedimento amministrativo.
- 49 In secondo luogo, la Commissione sostiene che, quand'anche fossero stati lesi i diritti della difesa di UPS, tale lesione non poteva, in ogni caso, determinare l'annullamento della decisione controversa, contrariamente a quanto statuito dal Tribunale al punto 222 della sentenza impugnata.
- 50 La Commissione ricorda che essa ha fatto valere nelle proprie argomentazioni presentate in primo grado che è sufficiente constatare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva su un unico

mercato per dichiarare un'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato interno. Orbene, in Danimarca e nei Paesi Bassi l'operazione prevista avrebbe determinato un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva e, al tempo stesso, un effetto netto negativo sui prezzi. Per questi due mercati almeno, qualsiasi errore per quanto riguarda il modello econometrico relativo al livello dei prezzi sarebbe dunque senza conseguenze, dato che la constatazione dell'esistenza di un ostacolo alla concorrenza si fondava su altri fattori. Tenuto conto di tali elementi, la Commissione reputa che il Tribunale avrebbe dovuto respingere perché inoperante il motivo di ricorso relativo alla violazione dei diritti della difesa.

51 Infine, secondo la Commissione, UPS non può asserire che, se avesse avuto conoscenza della versione definitiva del modello econometrico, essa sarebbe stata in grado di proporre misure correttive.

52 UPS contesta l'argomentazione della Commissione.

– *Giudizio della Corte*

53 Come si è sottolineato ai punti da 32 a 34 della presente sentenza, i modelli econometrici sono, per la loro natura e la loro funzione, strumenti quantitativi utili all'analisi prospettica che la Commissione effettua nell'ambito delle procedure di controllo delle concentrazioni. I fondamenti metodologici sui quali si basano tali modelli devono essere quanto più obiettivi possibili al fine di non pregiudicare l'esito di detta analisi in un senso o nell'altro. Tali elementi contribuiscono così all'imparzialità e alla qualità delle decisioni della Commissione da cui dipende, in definitiva, la fiducia che il pubblico e le imprese ripongono nella legittimità della procedura di controllo delle concentrazioni dell'Unione.

54 Tenuto conto di tali caratteristiche, un modello econometrico non può essere qualificato come elemento a carico o a discarico a seconda del senso dei risultati cui esso conduce e del successivo utilizzo che ne viene fatto al fine di fondare o di escludere talune obiezioni ad un'operazione di concentrazione. Nell'ottica del rispetto dei diritti della difesa, la questione se la mancata comunicazione di un modello econometrico alle parti di un'operazione di concentrazione giustifichi l'annullamento della decisione della Commissione non dipende dalla previa qualificazione di tale modello come elemento a carico o come elemento a discarico, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 40 delle sue conclusioni.

55 Tenuto conto dell'importanza dei modelli econometrici per l'analisi prospettica degli effetti di una concentrazione, innalzare – come in sostanza auspica la Commissione – la soglia probatoria richiesta per l'annullamento di una decisione a causa di una violazione dei diritti della difesa risultante, come nella presente causa, dalla mancata comunicazione delle scelte metodologiche, segnatamente quando si tratti delle tecniche statistiche, che sono inerenti a tali modelli, si porrebbe in contrasto con l'obiettivo consistente nell'incitare la suddetta istituzione a dar prova di trasparenza nell'elaborazione dei modelli econometrici utilizzati nelle procedure di controllo delle concentrazioni e nuocerebbe all'effettività del controllo giurisdizionale successivo delle sue decisioni.

56 Risulta da tali circostanze che il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto statuendo, al punto 210 della sentenza impugnata, che «i diritti della difesa della ricorrente sono stati violati, cosicché occorre annullare la decisione [controversa], a condizione che la ricorrente abbia sufficientemente dimostrato non che, senza tale irregolarità procedurale, la decisione [controversa] avrebbe avuto un contenuto differente, bensì che essa avrebbe potuto avere la possibilità, anche minima, di garantire [...] meglio la propria difesa (v., in tal senso, sentenza del 25 ottobre 2011, Solvay/Commissione, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punto 57)».

57 Di conseguenza, e contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, il Tribunale non poteva dichiarare inoperante il motivo di ricorso relativo alla violazione dei diritti della difesa dedotto da UPS in primo grado per il fatto che, relativamente ai mercati danese e neerlandese, la Commissione avrebbe constatato l'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione del modello econometrico.

58 Occorre, di conseguenza, respingere la prima e la seconda parte del secondo motivo di impugnazione, nonché la prima e la seconda parte del quarto motivo di impugnazione.

Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

– *Argomenti delle parti*

59 In primo luogo, la Commissione, con la prima parte del primo motivo di impugnazione e con la seconda parte del terzo motivo di impugnazione, contesta il punto 198 della sentenza impugnata, che è così formulato:

«Il primo capo del secondo motivo, che verte sui probabili effetti della concentrazione sui prezzi, richiede di verificare se i diritti della difesa della ricorrente siano stati lesi dalla circostanza che l'analisi econometrica in questione si è basata su un modello econometrico diverso da quello che era stato oggetto di un dibattito in contraddittorio durante il procedimento amministrativo».

60 Il Tribunale avrebbe in concreto omissis di statuire sull'argomentazione della Commissione, riassunta al punto 181 della sentenza impugnata, mediante la quale essa sosteneva che, avendo la comunicazione degli addebiti carattere meramente provvisorio, essa era legittimata a rivedere o ad aggiungere elementi in un momento successivo, a condizione che la decisione assumesse a fondamento gli stessi addebiti che erano già stati comunicati alle parti. Orbene, l'ommissis presa in considerazione, in modo giuridicamente corretto, di qualsiasi argomento invocato da una parte in primo grado costituirebbe un errore di diritto (sentenza del 2 aprile 2009, *France Télécom/Commissione*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 41). Avendo mancato di fornire il benché minimo chiarimento riguardo alle ragioni per le quali esso ha ritenuto che non fosse necessario rispondere all'argomento principale della Commissione, il Tribunale sarebbe venuto meno all'obbligo di motivazione che gli incombe (sentenza del 19 dicembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle/Commissione*, C-288/11 P, EU:C:2012:821, punto 83).

61 In secondo luogo, la Commissione, mediante la prima parte del terzo motivo di impugnazione, imputa al Tribunale di aver omissis di prendere atto dell'argomentazione sviluppata in primo grado nelle risposte da essa fornite ai quesiti del Tribunale posti a seguito dell'udienza del 6 aprile 2016, secondo la quale l'utilizzazione nel modello econometrico di una variabile continua per la fase della previsione è non soltanto giustificata, ma altresì «discende in maniera intuitiva» dalla metodologia proposta da UPS in merito alla fase della valutazione. Non si potrebbe affermare che la sentenza impugnata contenga una motivazione, anche solo implicita, in ordine a tale punto, di modo che non sarebbe possibile considerare che il Tribunale abbia esaminato gli argomenti della Commissione.

62 In terzo luogo, mediante la seconda parte del secondo motivo di impugnazione e la terza parte del quarto motivo di impugnazione, la Commissione fa valere che il Tribunale, ai punti da 198 a 222 della sentenza impugnata, ha omissis di rispondere all'argomentazione mediante la quale essa sosteneva che il motivo di ricorso presentato da UPS relativo alla violazione dei diritti della difesa era inoperante per il fatto che la constatazione di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sui mercati danese e neerlandese non si fondava esclusivamente sui risultati del modello econometrico. Sarebbe contraddittorio, nella sentenza impugnata, il fatto di disporre l'annullamento della decisione controversa per violazione dei diritti della difesa, pur avendo constatato, ai punti 217 e 218 di detta sentenza, che la versione definitiva del modello econometrico, da un lato, aveva «potuto, almeno per alcuni Stati [membri], rimettere in discussione le informazioni qualitative prese in considerazione dalla Commissione» e, dall'altro, aveva permesso a quest'ultima di ridurre il numero degli Stati nei quali l'operazione di concentrazione avrebbe dato luogo ad un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

63 UPS contesta l'argomentazione della Commissione.

– *Giudizio della Corte*

64 Per quanto riguarda la prima censura, formulata nella prima parte del primo motivo di impugnazione e nella seconda parte del terzo motivo di impugnazione, è sufficiente constatare che, mediante le motivazioni esposte ai punti da 198 a 209 della sentenza impugnata, il Tribunale ha implicitamente ma necessariamente risposto all'argomentazione della Commissione riassunta al punto 181 della sentenza impugnata. Pertanto, occorre rigettare questa prima censura perché infondata.

- 65 Per quanto riguarda la seconda censura, formulata nella prima parte del terzo motivo di impugnazione, occorre ricordare che, mediante le motivazioni esposte ai punti da 198 a 208 della sentenza impugnata, il Tribunale ha legalmente giustificato la propria valutazione, contenuta al punto 209 di tale sentenza, secondo cui «[l]a Commissione (...) non può sostenere che essa non era tenuta a comunicare alla ricorrente il modello definitivo dell'analisi econometrica prima dell'adozione della decisione [controversa]».
- 66 Il Tribunale ha, in particolare, constatato al punto 205 della sentenza impugnata che le modificazioni apportate dalla Commissione al modello econometrico non erano trascurabili. Il Tribunale ha, inoltre, rilevato al punto 207 della sentenza impugnata che «la Commissione si [era] basata su una variabile discreta nella fase della valutazione e su una variabile continua nella fase della previsione», ed ha statuito, al punto 208 della sua pronuncia, che, «mentre l'uso di una variabile discreta [era] stato oggetto di numerose discussioni durante il procedimento amministrativo, dal fascicolo non si [evincedeva] che lo [fosse] stata anche l'applicazione di variabili diverse nelle varie fasi che compongono l'analisi econometrica».
- 67 Mediante tali motivazioni, il Tribunale ha legalmente giustificato la propria decisione ed ha respinto implicitamente ma necessariamente l'argomentazione mediante la quale la Commissione faceva valere che UPS sarebbe stata «intuitivamente» in grado di identificare le modificazioni apportate al modello econometrico. Pertanto, occorre respingere la seconda censura perché infondata.
- 68 Per quanto riguarda la terza censura, formulata nella seconda parte del secondo motivo di impugnazione, nonché nella terza parte del quarto motivo di impugnazione, è sufficiente constatare che tale argomentazione si fonda sulla premessa secondo cui il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto statuendo, al punto 210 della sentenza impugnata, che la violazione dei diritti della difesa constatata comportava l'annullamento «a condizione che la ricorrente abbia sufficientemente dimostrato non che, senza tale irregolarità procedurale, la decisione [controversa] avrebbe avuto un contenuto differente, bensì che essa avrebbe potuto avere la possibilità, anche minima, di garantire [...] meglio la propria difesa». Orbene, per le ragioni precedentemente illustrate ai punti da 53 a 58 della presente sentenza, questa premessa è erronea. Pertanto, occorre respingere la terza censura perché infondata.
- 69 Risulta dall'insieme delle considerazioni che precedono che l'impugnazione deve essere respinta nella sua interezza.

Sulle spese

- 70 Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dell'articolo 184, paragrafo 1, del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché UPS ha concluso chiedendo la condanna della Commissione alle spese e quest'ultima è rimasta soccombente nei motivi proposti, occorre condannare detta istituzione alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) L'impugnazione è respinta.**
- 2) La Commissione europea è condannata alle spese.**

Firme

* Lingua processuale: l'inglese.