



Servizi internazionali di consegna rapida di piccoli pacchi nel SEE. Il Tribunale dell'Unione si pronuncia sulla violazione sufficientemente qualificata di una norma che conferisce diritti ai singoli, e rigetta una domanda di risarcimento miliardaria nei confronti della Commissione per mancata esecuzione di una concentrazione

📅 06/09/2022

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, TRASPORTI E LOGISTICA, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

United Parcel Service, Inc. ("UPS") a causa dell'illegittimità della Decisione

In data 23 febbraio 2022, il Tribunale dell'Unione Europea si è pronunciato nella Causa T-834/17 P, *United Parcel Service, Inc. contro Commissione europea*, sul ricorso diretto ad ottenere il risarcimento del danno lamentato dalla



C(2013) 431 final della Commissione del 30 gennaio 2013¹.

Questi i fatti.

Con la sua decisione, la Commissione aveva ritenuto che l'operazione di concentrazione con cui la UPS intendeva acquisire il controllo esclusivo della *TNT Express N.V.* ("TNT") configurasse un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva nei mercati dei servizi internazionali di consegna rapida di piccoli pacchi in quindici Stati Membri². L'UPS aveva quindi proposto al Tribunale un ricorso per annullamento di tale decisione. Successivamente, in data 7 aprile 2015 la *FedEx Corp.* ("FedEx") aveva annunciato un'offerta di acquisto della TNT, che la Commissione aveva dichiarato compatibile con il mercato interno nonché con l'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE)³.

In data 7 marzo 2017, tuttavia, il Tribunale aveva di già annullato la Decisione C(2013) 431 final⁴, e la Commissione aveva a sua volta presentato un ricorso in appello alla Corte di Giustizia, che l'aveva del pari respinto⁵. L'UPS si era, allora, rivolta al Tribunale per ottenere da parte della Commissione un risarcimento pari a circa 1,7 miliardi di Euro, sostenendo che la Decisione C(2013) 431 final, nonché il procedimento che aveva condotto alla

sua adozione, erano viziati da diversi profili di illegittimità che configuravano "violazioni sufficientemente qualificate"⁶ del diritto dell'Unione.

In primo luogo, l'UPS sosteneva che la Commissione avrebbe violato i suoi diritti procedurali non comunicandole i) il modello econometrico adottato nell'analisi della concentrazione, ii) i criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza, e iii) alcuni documenti riservati della FedEx.

Per quanto riguarda la mancata comunicazione del modello econometrico impiegato per analizzare gli effetti della concentrazione sui prezzi, l'UPS sosteneva che si sarebbe trattato di una violazione grave e manifesta di una norma giuridica destinata a conferire diritti ai singoli, che non poteva essere giustificata né da vincoli temporali né dalla complessità della causa.

Il Tribunale ha preliminarmente ricordato che il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arrechi pregiudizio⁷. Nello specifico, il Regolamento europeo sulle concentrazioni⁸ impone, in particolare, la comunicazione per iscritto delle obiezioni

¹ Dec. Comm. C(2013) 431 final 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.

² Ossia Bulgaria, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Slovenia, Slovacchia, Finlandia e Svezia.

³ Dec. Comm. C(2015) 9826 final dell'8 gennaio 2016 che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato interno e con il funzionamento dell'accordo SEE, Caso COMP/M.7630 — FedEx/TNT Express.

⁴ Tribunale 07.03.2017, Causa T-194/13, *United Parcel Service, Inc. contro Commissione europea*.

⁵ CGUE 16.01.2019, Causa C-265/17 P, *Commissione europea contro United Parcel Service, Inc.*

⁶ Una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli si concretizza allorché essa implica un travalicamento manifesto e grave, da parte dell'istituzione interessata, dei limiti imposti al suo potere discrezionale tenendo conto della complessità delle situazioni da disciplinare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata nonché dell'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva all'istituzione dell'Unione.

⁷ CGUE 16.01.2019, Causa C-265/17 P, *Commissione europea contro United Parcel Service, Inc.*, punto 28.

⁸ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE L 24 del 29.01.2004. L'articolo 18 del Regolamento, intitolato "Audizione degli interessati e dei terzi"*, al paragrafo 3 dispone: "... La Commissione fonda le proprie

della Commissione alle parti che hanno notificato una concentrazione, con indicazione del termine entro il quale queste ultime possono far conoscere il loro punto di vista per iscritto⁹. Per analizzare in prospettiva gli effetti di una concentrazione sui fattori che determinano lo stato della concorrenza nei mercati interessati, il ricorso a modelli econometrici permette di migliorare la comprensione dell'operazione notificata identificando ed, eventualmente, quantificando i suoi effetti; di talché, è necessario che, quando la Commissione intenda fondare la propria decisione su tali modelli, le parti che hanno notificato la concentrazione vengano messe in condizione di far conoscere le proprie osservazioni al riguardo¹⁰. Di conseguenza, il rispetto dei diritti della difesa prima dell'adozione di una decisione in materia di controllo delle concentrazioni esige che le parti che hanno notificato l'operazione 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 decisione¹¹.

La Commissione, pertanto, non può modificare, dopo la comunicazione degli addebiti, la sostanza di un modello econometrico sulla cui base essa intende fondare le proprie obiezioni senza portare tali modifiche a conoscenza delle imprese interessate e senza consentir loro di esprimersi al riguardo. Ne segue che, prima di adottare la Decisione C(2013) 431 final, la Commissione era tenuta ad informare l'UPS delle modifiche apportate al modello econometrico, e che la violazione dei diritti della difesa da parte della Commissione aveva costituito una violazione sufficientemente qualificata di

una norma di diritto dell'Unione preordinata a conferire diritti ai singoli.

Per quanto riguarda la mancata comunicazione dei criteri di valutazione dei miglioramenti di efficienza, pur riconoscendo che l'onere della prova di questi ultimi incombe alla parte che ha notificato la concentrazione, l'UPS riteneva che la Commissione sarebbe stata tenuta a definire, prima dell'adozione della decisione finale, la soglia probatoria necessaria affinché i miglioramenti adottati potessero essere considerati verificabili in quanto, diversamente, essa disporrebbe di un potere arbitrario che le consentirebbe di accettare o di respingere i miglioramenti di efficienza indicati senza che la parte notificante o il giudice dell'Unione siano in grado di esercitare alcun controllo. Di talché, nella fase della comunicazione degli addebiti o dell'esposizione dei fatti, la Commissione avrebbe dovuto esplicitare le ragioni per cui intendeva accettare taluni miglioramenti di efficienza e respingerne altri.

Il Tribunale ha rammentato che, per dichiarare una concentrazione incompatibile col mercato comune, la Commissione deve provare che la sua realizzazione ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato stesso o in una sua parte sostanziale, in particolare, a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante¹². Più particolarmente, le decisioni della Commissione sulla compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato interno devono essere suffragate da elementi sufficientemente significativi e concordanti, di talché, qualora ritenga che un'operazione di concentrazione debba essere vietata, la

decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati hanno potuto fare osservazioni. Nello svolgimento del procedimento i diritti della difesa sono pienamente garantiti. Almeno le parti direttamente interessate possono prendere conoscenza del fascicolo, rispettando l'interesse legittimo delle imprese a che non vengano divulgati i segreti relativi ai loro affari..."

⁹ CGUE 16.01.2019, Causa C-265/17 P, *Commissione europea contro United Parcel Service, Inc.*, punto 29.

¹⁰ *Ibidem*, punto 33.

¹¹ *Ibidem*, punto 31.

¹² Tribunale 06.07.2010, Causa T-342/07, *Ryanair/Commissione*, punto 26.

Commissione è tenuta a fornire prove solide a sostegno delle sue conclusioni¹³.

Benché il Regolamento europeo sulle concentrazioni non contenga alcuna disposizione relativa ai miglioramenti di efficienza, secondo gli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali è possibile che questi ultimi controbilancino gli effetti anticoncorrenziali della concentrazione¹⁴. È per tale ragione che la Commissione può decidere che non vi sia motivo di dichiarare una concentrazione incompatibile quando sia in grado di concludere, sulla base di prove adeguate, che l'incremento di efficienza generato dalla concentrazione verosimilmente accrescerà la possibilità che l'impresa risultante dalla concentrazione adotti anche condotte pro-concorrenziali a vantaggio dei consumatori. A tale scopo, i miglioramenti devono, cumulativamente, ridondare a beneficio dei consumatori, pur senza essere specificamente legati alla concentrazione, ed essere verificabili, di modo tale che la Commissione sia ragionevolmente certa che essi si realizzino e siano di entità sufficiente a controbilanciare i potenziali effetti anticoncorrenziali¹⁵. Poiché la gran parte delle informazioni necessarie alla Commissione per valutare se la concentrazione potrà produrre miglioramenti di efficienza del tipo che rileva sono in possesso unicamente delle imprese partecipanti alla concentrazione stessa¹⁶, spetta a loro l'onere di fornire elementi di prova precisi e convincenti che consentano, per quanto possibile, di quantificare gli incrementi di efficienza attesi.

Peraltro, nessuna disposizione del Regolamento europeo sulle concentrazioni né dei relativi Orientamenti impone alla Commissione l'obbligo di definire in anticipo e in modo astratto i criteri in base ai quali essa intenda ammettere che un incremento di efficienza sia verificabile. Di conseguenza, l'argomentazione dell'UPS volta a dimostrare che la Commissione sarebbe stata tenuta a comunicarle i criteri specifici e le soglie probatorie che intendeva applicare per determinare se ciascuno degli incrementi di efficienza invocato fosse verificabile è stata ritenuta infondata.

Per quanto riguarda, infine, la mancata comunicazione di taluni documenti riservati della FedEx, l'UPS sosteneva di essere stata privata della possibilità di valutarne il peso probatorio, sebbene questi avessero influenzato la decisione della Commissione di abbandonare, per quattordici mercati nazionali, gli addebiti relativi all'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, mantenendoli invece per altri quindici di essi.

Il Tribunale ha ricordato che, in materia di controllo delle concentrazioni, la Commissione è tenuta a comunicare alle parti notificanti tutti gli elementi sui quali essa intende fondare la sua decisione al fine di consentire loro di essere sentite¹⁷. Più particolarmente, per quanto riguarda documenti diversi da quelli invocati a sostegno delle obiezioni comunicate dalla Commissione, l'accesso al fascicolo non è automatico, ma deve essere richiesto¹⁸ tramite una domanda da presentare in tempo utile alla Direzione Generale (DG) della Concorrenza prima

¹³ CGUE 10.07.2008, Causa C-413/06 P, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*, punto 50; Tribunale 06.06.2002, Causa T-342/99, *Airtours/Commissione*, punto 63.

¹⁴ Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE C 31 del 05.02.2004*. Si vedano i punti 76-77.

¹⁵ *Ibidem*, punto 86.

¹⁶ *Ibidem*, punto 87.

¹⁷ CGUE 16.01.2019, Causa C-265/17 P, *Commissione europea contro United Parcel Service, Inc.*, punto 31.

¹⁸ 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,

di essere eventualmente rivolta al consigliere-auditore.

Nel caso concreto, tuttavia, l'argomentazione dell'UPS era troppo generica per potersi concludere che i documenti non comunicati fossero almeno potenzialmente necessari all'esercizio dei suoi diritti della difesa. L'UPS sosteneva, infatti, che tutti i documenti interni riservati della FedEx avrebbero dovuto esserle comunicati, poiché le avrebbero consentito di comprendere su quali elementi la Commissione si fosse basata per pervenire all'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva su quindici mercati nazionali ed escluderla per altri quattordici, senza però fornire ulteriori precisazioni.

In secondo luogo, l'UPS sosteneva che la Commissione non aveva sufficientemente motivato la Decisione C(2013) 431 final per quanto attiene al livello di prova richiesto per differenziare, sulla base dell'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi, dei miglioramenti di efficienza e della competitività della FedEx, i quindici mercati nazionali che presentavano un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva rispetto agli altri quattordici.

Il Tribunale ha ricordato che, per determinare se l'asserita illegittimità degli atti di un'istituzione sia idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, esso deve essere posto in grado di comprendere la portata della violazione allegata, in quanto spetta al ricorrente identificare il comportamento denunciato, a pena di irricevibilità. Poiché l'argomentazione dell'UPS non consentiva di stabilire sotto quale profilo la lamentata violazione dell'obbligo di motivazione avrebbe costituito una violazione sufficientemente qualificata, tale censura è stata dichiarata irricevibile.

In terzo luogo, l'UPS altresì sosteneva che la valutazione dell'operazione con la TNT era viziata i) da errori nell'analisi degli effetti della concentrazione sui prezzi e degli incrementi di efficienza, ii) da una disparità di trattamento rispetto all'operazione tra la FedEx e la TNT, e iii) da errori di valutazione della situazione della FedEx che, individualmente o congiuntamente, sarebbero tali da far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

Per quanto riguarda gli effetti della concentrazione sui prezzi, secondo l'UPS la Commissione, da un lato, non avrebbe considerato taluni dati della FedEx e, dall'altro, avrebbe commesso diversi errori di concezione del modello econometrico utilizzato.

Più particolarmente, mentre l'obiettivo dell'analisi della concentrazione sui prezzi era quello di prevederne l'incidenza per il 2015, la Commissione avrebbe considerato i dati della FedEx per il 2012, avendo tuttavia a disposizione anche le informazioni relative ai progetti della FedEx per il 2015, ma non prendendoli in considerazione.

Secondo il Tribunale, tuttavia, nell'ambito della sua analisi generale o "qualitativa" la Commissione aveva esaminato l'idoneità della FedEx ad esercitare in futuro un contrappeso concorrenziale all'entità risultante dall'operazione progettata, e pertanto l'argomentazione dell'UPS vertente sulla mancata considerazione, ai fini del modello econometrico, delle proiezioni della FedEx sull'espansione della sua rete entro il 2015 è stata respinta.

Secondo l'UPS, inoltre, la Commissione aveva violato i limiti posti al suo potere discrezionale utilizzando un modello che si discostava sensibilmente dalla prassi usuale in econometria, consistente

GUUE L 133 del 30.04.2004. L'articolo 17 del Regolamento, intitolato "Accesso al fascicolo ed utilizzazione dei documenti", al paragrafo 1 dispone: "... Su richiesta, la Commissione concede alle parti alle quali ha indirizzato una comunicazione delle obiezioni di accedere al fascicolo al fine di consentire l'esercizio dei loro diritti di difesa. L'accesso è concesso dopo l'invio della comunicazione delle obiezioni..."

nell'utilizzare lo stesso modello nelle due fasi dell'analisi.

A tal riguardo, il Tribunale ha ancora una volta ricordato che, in materia di controllo delle concentrazioni, la Commissione gode di una certa discrezionalità nella scelta degli strumenti econometrici a sua disposizione, nonché in quella delle metodiche appropriate, purché tali scelte non siano manifestamente contrarie alle regole della disciplina economica comunemente accettate e vengano attuate in modo coerente¹⁹. La definizione del modello econometrico destinato a prevedere gli effetti di una concentrazione sul livello dei prezzi, nonché il controllo dei dati che lo alimentano e le varie fasi e *test* necessari per la sua elaborazione, inoltre, si basano su scelte relative ad elementi tanto tecnici quanto complessi, che rientrano nel margine di discrezionalità della Commissione. Di conseguenza, nonostante l'argomentazione dell'UPS relativa alla conformità o meno del modello alla prassi ordinariamente seguita in materia sia rilevante per verificare se vi sia stata una violazione qualificata del diritto dell'Unione, non ogni deviazione dalle norme accettate della disciplina economica è di per sé sufficiente per concludere nel senso dell'esistenza di un'irregolarità sufficientemente qualificata idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

Nel caso concreto, la Commissione non aveva rispettato le disposizioni previste nelle migliori pratiche per la presentazione di elementi di prova di natura economica e la raccolta di dati nei casi relativi all'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e nei casi di concentrazione²⁰, essendosi affidata al contrario ad un metodo non convenzionale, fondato su ipotesi non testate e non verificate, senza esaminare la solidità dei suoi risultati e la sensibilità del modello, né rivelare alle parti tali scelte ed i motivi atti a giustificarle.

Ciononostante, la circostanza che la Decisione C(2013) 431 final si fondi in parte sul modello econometrico non è sufficiente per concludere nel senso di un'illegittimità idonea a far sorgere una responsabilità extracontrattuale dell'Unione, in quanto tale modello è solo uno degli elementi considerati nella valutazione dell'operazione progettata nel suo complesso. Per concludere nel senso dell'esistenza di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva in quindici mercati nazionali sulla base di effetti non coordinati, infatti, la Commissione si era fondata, da un lato, su un'analisi generale delle caratteristiche del mercato di cui trattasi e, dall'altro, su un'analisi quantitativa che consentisse di percepire l'ampiezza dei prevedibili effetti della concentrazione sui prezzi, dopo aver inserito in tale analisi gli incrementi di efficienza adottati. Di conseguenza, le irregolarità lamentate dall'UPS relativamente al modello econometrico della Commissione non erano sufficientemente qualificate in modo tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione. Anche tale argomentazione dell'UPS è stata perciò respinta.

Per quanto riguarda l'analisi degli incrementi di efficienza nella Decisione C(2013) 431 final, l'UPS sosteneva che quest'ultima era viziata da un profilo di illegittimità integrante una violazione sufficientemente qualificata, in quanto nessuna autorità garante della concorrenza normalmente prudente e diligente avrebbe concluso che la natura e la quantità degli elementi di prova prodotti nella fase amministrativa non avrebbe ragionevolmente consentito di ritenere che la realizzazione di tali incrementi fosse razionale. Più particolarmente, l'UPS rimproverava alla Commissione di aver disatteso, con motivazioni non verificabili, le sinergie relative a i) rete aerea e assistenza a terra in Europa (quarto anno), ii) costi amministrativi, iii) trasporto aereo transatlantico, iv) trasporto aereo per

¹⁹ Tribunale 09.09.2008, Causa T-212/03, *MyTravel/Commissione*, punto 83.

²⁰ Doc. Comm. SEC(2011) 1216 final del 17.10.2011, *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*.

conto terzi, v) trasporto stradale di linee in rete tra aeroporti pivot e linee di alimentazione, vi) installazioni, vii) rete in materia di ritiro e consegna di piccoli pacchi, e viii) fornitura di servizi esterni.

Secondo il Tribunale, tuttavia, l'UPS non è riuscita a dimostrare l'esistenza di errori nella valutazione della verificabilità degli incrementi di efficienza tali da configurare una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

Per quanto riguarda la disparità di trattamento rispetto all'operazione tra la FedEx e la TNT, l'UPS contestava alla Commissione di aver valutato le sinergie sulla base di un criterio molto più rigoroso di quello utilizzato per tale diversa operazione, mentre, se avesse trattato l'operazione in causa nello stesso modo della FedEx, avrebbe dovuto accettare tutti gli incrementi di efficienza adottati.

Il Tribunale ha ricordato che ogni concentrazione deve essere valutata singolarmente ed alla luce delle circostanze di fatto e di diritto applicabili²¹. Di conseguenza, quando la Commissione si pronuncia sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato interno sulla base di una notifica e di un fascicolo specifici, alla parte non è consentito di rimetterne in discussione le conclusioni sostenendo che esse sarebbero diverse da quelle effettuate in altri casi, sulla base di una notifica e di un fascicolo differenti, anche supponendo che i mercati di riferimento nei due casi siano analoghi o addirittura identici²².

Nel caso concreto, sebbene riguardino lo stesso mercato, le operazioni tra l'UPS e la TNT e tra quest'ultima e la FedEx, notificate a circa tre anni di distanza, non coinvolgevano le stesse parti. A causa,

inoltre, delle caratteristiche della FedEx nonché della prossimità concorrenziale tra l'UPS e la TNT, l'operazione tra la FedEx e la TNT non dava luogo ad un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, in quanto l'entità risultante doveva confrontarsi con due forti rivali, la DHL e l'UPS, mentre la FedEx e la TNT, benché concorrenti, offrivano in una certa misura servizi complementari e non erano concorrenti in senso stretto. Di conseguenza, le due concentrazioni differivano in modo significativo sotto diversi aspetti e, in assenza di altri indizi idonei a rivelare una disparità di trattamento, le differenze rilevate nella valutazione dei miglioramenti di efficienza tra la decisione relativa all'operazione tra la FedEx e la TNT e la Decisione C(2013) 431 final non consentivano di concludere per l'esistenza della disparità sostenuta dall'UPS.

Per quanto riguardava, infine, la situazione della FedEx, l'UPS sosteneva che la Commissione, concludendo che essa, la TNT e la DHL erano concorrenti prossime, aveva commesso una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione. Tale conclusione, infatti, si basava sull'ipotesi secondo cui la DHL si sarebbe conformata agli aumenti di prezzo risultanti dalla concentrazione tra l'UPS e la TNT, ma la FedEx non sarebbe stata in grado di contrapporsi. Nello specifico, secondo l'UPS il rifiuto della Commissione di spiegare le ragioni per cui le risposte al questionario in relazione ai mercati ceco, bulgaro, danese e maltese giustificassero la constatazione di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva renderebbe impossibile comprendere la soglia di prova necessaria per effettuare una constatazione del genere.

Secondo il Tribunale, tuttavia, quand'anche tali errori fossero dimostrati, sarebbe sufficiente constatare che i questionari di mercato costituiscono solo uno dei molteplici elementi sui quali si

²¹ Tribunale 16.05.2018, Causa T-712/16, *Deutsche Lufthansa/Commissione*, punto 131.

²² Tribunale 13.05.2015, Causa T-162/10, *Niki Luftfahrt/Commissione*, punto 142; Tribunale 14.12.2005, Causa T-210/01, *General Electric/Commissione*, punto 118.

era basata la Commissione. Se è vero, infatti, che tali indagini consentono di raccogliere dati sulla percezione dei consumatori e delle imprese e sulle loro rispettive posizioni, la loro utilità risiede nel fatto che esse completano e migliorano la comprensione di elementi obiettivi quali le quote di mercato, la densità delle reti o la struttura dell'offerta, senza tuttavia sostituirsi ad essi. Di conseguenza, anche supponendo che si potesse dimostrare un errore di valutazione nell'analisi delle risposte ai questionari relativi ai quattro mercati di cui trattasi, tale errore non sarebbe stato in ogni caso idoneo a rimettere in discussione gli altri elementi in base ai quali la Commissione ha concluso che la FedEx non fosse una concorrente immediata dell'UPS, della TNT e della DH. Pertanto, nessuno degli argomenti invocati dall'UPS al riguardo consentiva di inficiare la validità della valutazione della prossimità concorrenziale della FedEx.

In quarto luogo, infine, l'UPS sosteneva di avere diritto al pieno risarcimento del danno subito a causa della Decisione C(2013) 431 final, che si estenderebbe ai costi che essa non avrebbe sostenuto se la decisione in questione non fosse stata adottata, nonché al lucro cessante che ne sarebbe derivato (dell'importo stimato di circa 1,7 miliardi di Euro, corrispondente al valore netto delle sinergie dell'operazione progettata). Più particolarmente, l'UPS adduceva tre categorie di danno cagionato dall'impossibilità di realizzare l'operazione progettata, direttamente ascrivibili ai profili di illegittimità azionati, ossia i) le spese connesse alla sua partecipazione alla procedura di controllo dell'operazione tra la FedEx e la TNT, ii) il pagamento alla TNT di un indennizzo contrattuale, e iii) il lucro cessante subito.

Il Tribunale ha preliminarmente ricordato che il presupposto relativo al nesso causale richiesto dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

(TFUE)²³ concerne l'esistenza di un rapporto di causa-effetto sufficientemente diretto tra il comportamento delle istituzioni dell'Unione ed il danno, di cui spetta al ricorrente fornire la prova, di modo che il comportamento addebitato ne emerga quale determinante del danno²⁴.

Per quanto riguarda la partecipazione dell'UPS alla procedura di controllo della concentrazione tra la FedEx e la TNT, essa risulta dalla sua libera scelta, non trattandosi di una conseguenza diretta della Decisione C(2013) 431 final né della violazione dei suoi diritti procedurali. Pertanto, tale circostanza non può considerarsi una causa determinante del danno concretizzatosi nelle spese sostenute per la sua partecipazione al procedimento relativo all'operazione tra la FedEx e la TNT.

Per quanto riguarda l'indennità corrisposta a TNT, il suo pagamento trae origine da un obbligo contrattuale risultante dall'accordo di concentrazione tra l'UPS e la TNT, ai sensi del quale l'offerta pubblica di acquisto della prima sui titoli della seconda era subordinata alla condizione sospensiva di una decisione positiva della Commissione, la cui mancata realizzazione costituiva altresì una causa di risoluzione dell'accordo, che avrebbe consentito alla TNT di ottenere, alla prima richiesta, il pagamento da parte dell'UPS di un'indennità pari a circa 200 milioni di Euro, dopo aver notificato a quest'ultima la risoluzione dell'accordo. Di conseguenza, poiché il pagamento, da parte dell'UPS, di un'indennità a favore della TNT derivava direttamente dagli accordi tra di loro intervenuti, rimaneva indimostrato che la violazione dei diritti procedurali dell'UPS o le altre violazioni asserite ne sarebbero state una causa determinante; di talché, anche la domanda di risarcimento per tale titolo veniva respinta.

²³ L'articolo 340 TFUE al paragrafo 2 dispone: "... In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni...".

²⁴ CGUE 13.12.2018, Causa C-150/17 P, Unione europea/Kendrion, punto 52.

Per quanto riguarda, da ultimo, il danno derivante dal lucro cessante lamentato a causa dell'impossibilità di attuare l'operazione progettata, secondo il Tribunale non si può presumere che, in assenza della violazione dei diritti procedurali dell'UPS, l'operazione di concentrazione sarebbe stata in effetti dichiarata compatibile. L'analisi del nesso di causalità, infatti, non può partire dall'errato presupposto secondo cui, in assenza dell'atto illegittimo, l'istituzione si sarebbe astenuta dall'agire o avrebbe adottato un atto di segno contrario, e bensì deve procedere ad un confronto tra la situazione generata, per il terzo interessato, dall'azione illecita e quella

che si sarebbe creata per quest'ultimo a seguito di un comportamento dell'istituzione rispettoso delle norme di diritto²⁵. Ne segue che finanche la mancata comunicazione del modello econometrico comportante l'annullamento della Decisione C(2013) 431 final non dimostra che, in assenza di tale irregolarità, la Commissione avrebbe dichiarato l'operazione tra l'UPS e la TNT compatibile con il mercato interno.

La domanda risarcitoria dell'UPS è stata pertanto rigettata dal Tribunale nella sua integralità.

²⁵ Tribunale 11.07.2007, Causa T-351/03, *Schneider Electric/Commissione*, punto 264.



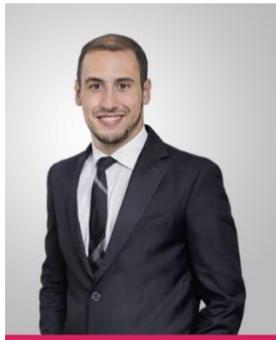
Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com