Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (седми разширен състав)

23 февруари 2022 година*

„Извъндоговорна отговорност — Конкуренция — Пазари на международни услуги за експресна доставка на малки пакети в ЕИП — Концентрация — Решение за обявяване на концентрацията за несъвместима с вътрешния пазар — Отмяна на това решение с решение на Общия съд — Право на защита — Достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която се предоставят права на частноправните субекти — Причинно-следствена връзка“

По дело T-834/17

United Parcel Service, Inc., установено в Атланта, Джорджия (Съединени американски щати), представлявано от A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie и F. Roscam Abbing, адвокати,

ищец,

срещу

Европейска комисия, представлявана от N. Khan, P. Berghe, M. Farley и R. Leupold Henning,

ответник,

с предмет иск на основание член 268 ДФЕС за обезщетение за вредите, които ищецът твърди, че е понесъл в резултат от незаконосъобразността на Решение C(2013) 431 на Комисията от 30 януари 2013 година за обявяване на концентрация за несъвместима с вътрешния пазар и с функционирането на Споразумението за ЕИП (дело COMP/M.6570 — UPS/TNT Express),

ОБЩИЯТ СЪД (седми разширен състав),

състоящ се от: S. Papasavvas, председател, R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot и M. Sampol Pucurull (докладчик), съдии,

секретар: E. Artemiou, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 28 октомври 2020 г.,

постанови настоящото

* Език на производството: английски.

Решение

I. Обстоятелствата по спора

1 В Европейското икономическо пространство (ЕИП) ищецът United Parcel Service, Inc. (наричано по-нататък „UPS“ или „ищецът“) и TNT Express NV (наричано по-нататък „TNT“) са две дружества, участници на пазарите на международни експресни доставки на малки пакети.

2 На 26 юни 2012 г. Европейската комисия публикува предварително уведомление за концентрация (дело COMP/M.6570 — UPS/TNT Express) (ОВ C 186, 2012 г., стр. 9) в съответствие с член 4 от Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 24, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201), приложен с Регламент (ЕО) № 802/2004 на Комисията от 21 април 2004 г. (ОВ L 133, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 2, стр. 3).

3 На 11 януари 2013 г. Комисията уведомява UPS, че възнамерява да забрани планираната концентрация между него и TNT.

4 На 14 януари 2013 г. UPS публикува тази информация с прессъобщение.

5 На 18 януари 2013 г. консултативният комитет, предвиден в член 19 от Регламент № 139/2004, дава положително становище по проекторешението на Комисията, с което концентрацията между UPS и TNT се обявява за несъвместима.

6 На 30 януари 2013 г. Комисията приема Решение C(2013) 431 за обявяване на концентрация за несъвместима с вътрешния пазар и с функционирането на Споразумението за ЕИП (дело COMP/M.6570 — UPS/TNT Express) (наричано по-нататък „спорното решение“). Комисията приема, че концентрацията между UPS и TNT би възпрепятствала в значителна степен ефективната конкуренция на пазарите на разглежданите услуги в петнадесет държави членки, а именно в България, Чешката република, Дания, Естония, Латвия, Литва, Унгария, Малта, Нидерландия, Полша, Румъния, Словения, Словакия, Финландия и Швеция.

7 С прессъобщение от същия ден UPS обявява, че се отказва от планираната концентрация.

8 На 5 април 2013 г. UPS подава до Общия съд жалба за отмяна на спорното решение, заведена под номер T-194/13, и искане за бързо производство, което е отхвърлено от Общия съд.

9 На 7 април 2015 г. FedEx Corp. обявява предложение за покупка на TNT.

10 На 4 юли 2015 г. Комисията публикува предварително уведомление за концентрация (дело M.7630 — FedEx/TNT Express) (ОВ C 220, 2015 г., стр. 15) относно операцията, с която FedEx Corp. трябва да придобие TNT.

11 На 8 януари 2016 г. Комисията приема решението за обявяване на концентрация за несъвместима с вътрешния пазар и с функционирането на Споразумението за ЕИП (дело M.7630 — FedEx/TNT Express), резюме на което е публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* (ОВ C 450, 2016 г., стр. 12) и предмет на което е операцията между FedEx и TNT.

12 С решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), Общият съд отменя спорното решение.

13 На 16 май 2017 г. Комисията подава жалба срещу решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), която Съдът отхвърля с решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

II. Производството и исканията на страните

14 На 29 декември 2017 г. UPS подава в секретариата на Общия съд исковата молба по настоящото дело.

15 С акт, подаден в секретариата на Общия съд на 29 януари 2018 г., Комисията иска от Общия съд да спре производството до произнасянето по жалбата по дело C-265/17 P или при условията на евентуалност да предприеме процесуално-организационно действие, с което Общият съд да определи, първо, дали са изпълнени условията за ангажиране на отговорността на Европейския съюз по силата на член 340 ДФЕС, освен наличието на вреда, и следователно, второ, дали не е необходимо страните да представят становища относно размера на твърдяната вреда, до ново нареждане.

16 С решение от 6 февруари 2018 г. председателят на състава решава да спре производството до произнасянето по дело C-265/17 P. За сметка на това Общият съд не уважава искането на Комисията за процесуално-организационни действия.

17 С писмено изявление, подадено в секретариата на Общия съд на 25 януари 2019 г., Комисията отново иска да бъде предприето процесуално-организационно действие, а именно Общият съд най-напред да определи дали са изпълнени условията за ангажиране на отговорността на Съюза по силата на член 340 ДФЕС, с изключение на въпроса за наличието на каквато и да било вреда, твърдяна от UPS, и следователно до ново нареждане да не изисква от страните да обсъждат въпросите за размера на твърдяната вреда.

18 С акт, подаден в секретариата на Общия съд на 14 февруари 2019 г., UPS възразява срещу това искане и Общият съд не уважава искането на Комисията за процесуално-организационни действия.

19 След промяна в състава на Общия съд, с решение от 17 октомври 2019 г. председателят на Общия съд на основание член 27, параграф 3 от Процедурния правилник на Общия съд преразпределя делото на нов съдия докладчик, включен в седми състав.

20 По предложение на седми състав Общият съд решава съгласно член 28 от Процедурния правилник да разпредели делото на разширен съдебен състав.

21 По предложение на съдията докладчик Общият съд (седми разширен състав) решава да започне устната фаза на производството и в рамките на процесуално-организационните действия, предвидени в член 89 от Процедурния правилник, отправя писмени въпроси до страните, които са отговорили на тези въпроси в определените срокове. Общият съд отправя и писмен въпрос до страните, като ги приканва да представят отговор в съдебното заседание.

22 UPS моли Общия съд:

– да му присъди обезщетение в размер на 1,742 милиарда евро заедно с приложимите лихви,

– да му присъди обезщетение за данъците, които ще бъдат наложени върху полученото обезщетение, въз основа на приложимия в деня на решението на Общия съд лихвен процент, и

– да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

23 Комисията моли Общия съд:

– да отхвърли иска,

– да осъди ищеца да заплати съдебните разноски.

III. От правна страна

A. По допустимостта на някои основания, доводи и доказателства

24 Комисията твърди, че писмените изявления на UPS са объркани и не отговарят на изискванията нито на член 76, буква г) от Процедурния правилник, нито на член 85 от него, и че поради това някои представени в тяхна подкрепа доводи и доказателства трябва да се обявят за недопустими.

1. По объркаността на доводите на UPS

25 Комисията упреква UPS, че е развило доводите си разпиляно, без да спази структурата на основанията на иска. В подкрепа на иска били изложени три основания, съответстващи на всяко от условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Съюза. UPS обаче развило множество доводи извън основанието, към което те по същество се отнасяли. Така на етапа на исковата молба в частите, посветени на причинно-следствената връзка, UPS изложило доводи, свързани с незаконосъобразността. В репликата UPS обсъдило и двете заедно, като същевременно в частта, посветена на вредата, изложило доводи, отнасящи се до другите две условия за извъндоговорната отговорност на Съюза. Комисията счита, че Общият съд не бива да групира тези доводи, тъй като те формално не съответстват на формулировката на основанието, в рамките на което са изложени.

26 Действително, в конкретния случай UPS развива в исковата молба част от доводите си относно твърдените нередности в рамките на основания, предмет на които са другите условия за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Съюза, по-специално в условието, предмет на което е причинно-следствената връзка. Такава несъгласуваност може да допринесе за объркаността на исковата молба или жалбата, но не и да я направи недопустима, дори частично, ако съществените правни и фактически обстоятелства, на които се основават исканията, са изложени кратко, ясно и точно в съответствие с разпоредбите на член 21 от Статута на Съда на Европейския съюз и член 76, буква г) от Процедурния правилник, като по този начин дават възможност на ответника да защити правата си, а на Общия съд — да разреши спора. За да отговаря на тези изисквания исковата молба, която — както в настоящия случай — цели да се поправят вреди, за които се твърди, че са причинени от институции на Съюза, трябва да съдържа доказателствата, с които може да се идентифицира както поведението, за което ищецът упреква тези институции, така и причините, поради които смята, че съществува причинно-следствена връзка между това поведение и вредите, които твърди, че е претърпял (вж. решение от 14 декември 2005 г., FIAMM и FIAMM Technologies/Съвет и Комисия, T-69/00, EU:T:2005:449, т. 68 и цитираната съдебна практика).

27 Ищецът не е подредил прецизно някои представени от него правни и фактически доводи, но това не променя факта, че Общият съд, както и Комисията, са в състояние да установят фактическите и правните обстоятелства, на които почиват исканията на ищеца. Впрочем Комисията не цитира никаква конкретна норма в подкрепа на твърдението си, че Общият съд не може да групира формално представените разпръснато доводи в съответствие с тяхното съдържание. Във всеки случай подобно твърдение е трудно да се съвмести с факта, че при разглеждането на основанията на иска или жалбата Общият съд изобщо не е длъжен в мотивите си да следва реда, по който са изложени тези основания (решение от 25 март 2010 г., Sviluppo Italia Basilicata/Комисия, C-414/08 P, EU:C:2010:165, т. 57). Когато разглежда довода по същество, Общият съд може да го преквалифицира (вж. в този смисъл решения от 19 ноември 1998 г., Парламент/Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, т. 21 и от 28 юли 2011 г., Mediaset/Комисия, C-403/10 P, непубликувано, EU:C:2011:533, т. 92 и 93). Следователно, когато разглежда довода по същество, той може и да го разгледа в поредност, различна от поредността, в която е бил представен този довод.

28 При това положение да се отхвърлят част от доводите на ищеца само по съображение, че по съдържание те не съответстват съвсем на заглавието на раздела от писменото изявление, в който са изложени тези доводи, би било прекалено формалистично, което е възможно да бъде пречка за упражняването на правото на съдебна защита, гарантирано от член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“).

29 Ето защо възражението на Комисията за недопустимост, с което се твърди, че исковата молба е объркана, е неоснователно и трябва да се отхвърли.

2. По нарушението на член 76, буква г) от Процедурния правилник

30 Според Комисията писмените изявления, представени от UPS, не отговарят на член 76, буква г) от Процедурния правилник, което води до недопустимост на някои доводи и доказателства.

31 В тази насока следва да се припомни, че съгласно член 21 от Статута на Съда на Европейския съюз, приложим за Общия съд по силата на член 53, първа алинея от същия статут, и съгласно член 76, буква г) от Процедурния правилник исковата молба или жалбата трябва да съдържа предмета на спора и кратко изложение на посочените основания.

32 За да се гарантират правната сигурност и доброто правораздаване, това кратко изложение на основанията на ищеца или жалбоподателя трябва да е достатъчно ясно и точно, за да позволи на ответника да подготви защитата си, а на компетентния съд — да се произнесе по иска или жалбата (решение от 11 септември 2014 г., MasterCard и др./Комисия, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, т. 41).

33 Така, за да е допустим/а искът или жалбата пред Общия съд, по-специално е необходимо съществените фактически и правни обстоятелства, на които се основава, да следват поне обобщено, но по логичен и разбираем начин от текста на самата искова молба или жалба. Въпреки че съдържанието на исковата молба или жалбата може да бъде обосновано и допълнено по конкретни въпроси чрез препращане към определени пасажи от приложени към нея документи, общото препращане към други, макар и приложени към исковата молба или жалбата документи, не може да компенсира липсата на съществените правни доводи, които следва да бъдат посочени в самата искова молба или жалба съгласно упоменатите по-горе разпоредби (решение от 11 септември 2014 г., MasterCard и др./Комисия, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, т. 40).

34 Освен това Общият съд не е длъжен да изследва и установява сред приложенията основанията, на които биха могли да се основават искът или жалбата, защото приложенията имат чисто доказателствена и инструментална функция (решения от 17 септември 2007 г., Microsoft/Комисия, T-201/04, EU:T:2007:289, т. 94 и от 9 март 2015 г., Deutsche Börse/Комисия, T-175/12, непубликувано, EU:T:2015:148, т. 354). Аналогични изисквания важат за излагането на довод в подкрепа на изтъкнато пред Общия съд основание (решения от 11 септември 2014 г., MasterCard и др./Комисия, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, т. 41 и от 16 септември 2020 г., BP/FRA, C-669/19 P, непубликувано, EU:C:2020:713, т. 54).

а) По допустимостта на доводите на UPS относно нарушение на процесуалните права

35 Комисията поддържа, че са недопустими доводите, с които UPS твърди, че са нарушени процесуалните му права, понеже критериите за оценка на ефективността не са му били съобщени преди приемането на спорното решение. В точка 42 от исковата молба UPS просто изложило общи и абстрактни критики срещу спорното решение и някои актове отпреди това решение. Тъй като спорните пасажи не били точно посочени, тези доводи не отговаряли на изискванията на член 76, буква г) от Процедурния правилник.

36 Следва обаче да се отбележи — видно от точка 42 от исковата молба — че UPS по същество упреква Комисията, че нито е направила сериозен анализ на проверимостта на твърдяната ефективност, нито е посочила предварително критериите, по които ще се оценява тази ефективност. Следователно UPS твърди пропуск в анализа на Комисията, както и липса на информация за предмета и необходимия стандарт на доказване. Ето защо UPS не може да бъде упрекнато, че в исковата молба сред приетите от Комисията актове не е индивидуализирало с точност данни, за които UPS твърди, че липсват.

37 Също така се налага изводът, че точка 42 от исковата молба визира някои пасажи от изложението на възраженията и от спорното решение. Следователно UPS посочва с точност данните, които счита за релевантни, за да ги сравни помежду им, и да докаже, че едва в спорното решение Комисията е разкрила анализа си на ефективността.

38 Оттук следва, че изложените от Комисията възражения за недопустимост са неоснователни и поради това трябва да бъдат отхвърлени.

б) По допустимостта на доводите на UPS относно грешка в преценката на последиците от концентрацията върху цените

1) По точки 34—37 от исковата молба

39 Според Комисията изложените в точки 34—37 от исковата молба доводи на UPS относно анализа на последиците от концентрацията върху цените са толкова лаконични, че не отговарят на изискванията на член 76, буква г) от Процедурния правилник. В исковата молба не се посочвало защо по мнение на UPS използваният от Комисията иконометричен модел е опорочен.

40 Уместно е обаче да се отбележи, че в точки 34—37 от исковата молба UPS изтъква, че в анализа на концентрацията относно цените са допуснати сериозни грешки. От прочита на тези точки и на исковата молба, взета като цяло, става ясно, че според UPS Комисията съществено се е отклонила от обичайната иконометрична практика, като на етапа на изчисляването е използвала вид променлива за концентрация, различен от използвания на етапа на прогнозирането, и като доказателство се позовава на докладите на двамата експерти (приложения A.8 и A.9 към исковата молба). Наистина, формулировката на точки 34—37 от исковата молба е сбита, но в тях ясно и точно се обобщава съдържанието на техническите критики срещу методологичните избори на Комисията. Това кратко изложение се подкрепя от препращането към докладите на тези експерти (приложения A.8 и A.9 към исковата молба), в които има задълбочени обяснения за така твърдените технически грешки.

41 От изложеното следва, че точки 34—37 от исковата молба отговарят на изискванията на член 76, буква г) от Процедурния правилник. Ето защо изложеното от Комисията възражение за недопустимост следва да се отхвърли като неоснователно.

2) По препращането към приложение A.12 към исковата молба

42 Комисията изтъква, че в точка 34 от исковата молба UPS се позовава на приложение A.12 към тази искова молба, което представлява писмено изявление, представено по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), но не посочва пасажите, на които възнамерява конкретно да се позове. Следователно това неспазване на член 76, буква г) от Процедурния правилник правело този документ недопустим.

43 Доколкото обаче в точка 34 от исковата молба се позовава на документ (приложение A.12 към исковата молба), представен по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), UPS изобщо не се опитва да отстрани недостатък на изложението в точки 34—37 от исковата молба чрез общо

препращане към текста на този документ. Напротив, така UPS подчертава, че критиките му срещу възприетия иконометричен модел са били отправени още в рамките на посоченото дело. Приложение A.12 всъщност съдържа становището на UPS от 8 юни 2016 г. относно отговорите на Комисията от 26 април 2016 г. на въпросите на Общия съд по това дело. В това становище UPS всъщност критикува използването на етапа на прогнозирането на модел, различен от използвания на етапа на изчисляването. UPS изтъква, че така Комисията е действала неконвенционално и произволно. Тези доводи, които — видно от представените по настоящото дело документи — са развити от UPS и в производството по обжалване по делото, по което е постановено решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), по същество съвпадат с изложените в точки 34—37 от исковата молба.

44 От тези данни за контекста следва, че всъщност UPS е повторило оплакванията, изложени по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), досежно валидността на използвания в подкрепа на спорното решение иконометричен модел, и че тези данни съдържат достатъчно ясно и точно изложение на доводите. Ето защо Комисията няма как да твърди, че не е била в състояние нито да разбере съдържанието им, нито да подготви защитата си. Изложеното от Комисията възражение за недопустимост трябва да се отхвърли.

3) По препращането към приложения A.8 и A.9 към исковата молба и към приложения C.1 и C.2 към репликата

45 Комисията поддържа, че UPS просто е препратило общо към текста на някои приложения, вместо да развие доводите си ясно и точно в писмените си изявления. В отговор на писмените въпроси на Общия съд Комисията твърди, на първо място, че в точка 22 от писмената защита е оспорила допустимостта на приложения A.8 и A.9 към исковата молба. Причините, поради които UPS счита, че възприетият иконометричен модел е погрешен, трябвало да фигурират в самата искова молба в съответствие с член 76, буква г) от Процедурния правилник. Обясненията в точка 36 от исковата молба обаче не били достатъчни в тази насока. Комисията счита, че общото препращане към приложения A.8 и A.9 към исковата молба не може да отстрани този пропуск, като ѝ остави да отгатне доводите, които UPS смята да представи. Комисията посочва, че е подчертала този аспект в дупликата. На второ място, Комисията изтъква, че на етапа на репликата UPS не може да отстрани тези пропуски, като посочи с по-голяма точност релевантните пасажи от приложения A.8 и A.9 към исковата молба, както и от приложения C.1 и C.2 към репликата.

46 Следва обаче да се констатира, че в точки 24—29 от писмената защита Комисията подробно е отхвърлила съдържанието на тези експертни доклади. Това доказва, че Комисията е била в състояние да осигури защитата на своите интереси и че впрочем не е счела за необходимо на етапа на писмената защита да представи на свой ред един или повече експертни доклада, за да опровергае докладите на UPS и така да изясни на Общия съд техническите аспекти на възприетия иконометричен модел.

47 В точки 25—41 от дупликата Комисията подробно отговаря на доводите на UPS, представени в точки 45—49 от репликата и подкрепени от двата доклада на тези експерти (приложения A.8 и A.9 към исковата молба) и допълнителните им становища (приложения C.1 и C.2 към репликата). Колкото до твърдението на Комисията, че препращането към приложения C.1 и C.2 към репликата не е достатъчно точно, то се опровергава непосредствено от факта, че в бележка под линия 32 от дупликата Комисията е

идентифицирала пасажите от тези приложения, конкретно цитирани от UPS в репликата. За да обори твърденията относно валидността на своя модел, като приложение към дупликата Комисията представя два експертни доклада (приложения D.5 и D.6 към дупликата), чиято допустимост се разглежда по-нататък през призмата на член 85, параграф 1 от Процедурния правилник.

48 При това положение Комисията няма как да твърди, че не е била в състояние да подготви защитата си. Следователно UPS не е нарушило член 76, буква г) от Процедурния правилник, като в писмените си изявления се е позовало на приложения A.8 и A.9 към исковата молба и на приложения C.1 и C.2 към репликата, за да подкрепи техническите аспекти на критиките си срещу иконометричния модел, възприет от Комисията. Тъй като е неоснователно, изложеното от Комисията в тази насока възражение за недопустимост трябва да се отхвърли.

4) По точка 84 от исковата молба

49 Според Комисията доводите, с които в точка 84 от исковата молба UPS критикува използването на данните за покритие на пазарите на FedEx от 2012 г. вместо данните за 2015 г., са недопустими от гледна точка на член 76, буква г) от Процедурния правилник. Тя твърди, че тези доводи се съдържат не в исковата молба, а в писмените изявления, представени по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), без да посочват конкретно пасажите от тези писмени изявления, на които UPS се позовава.

50 Трябва обаче да се констатира, че в точка 84 от исковата молба UPS ясно и точно упреква Комисията, че в рамките на анализа си на последиците от концентрацията върху цените е използвала данни за положението на FedEx през 2012 г., при все че е разполагала с предвижданията на FedEx за 2015 г.

51 При тези условия не може да се приеме, че UPS се е опитало да отстрани неточност на исковата молба чрез общо препращане към писмените изявления, представени по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144). Доводите на UPS не само са били изложени разбираемо, но и са били известни на Комисията от производството по цитираното дело. Следва впрочем да се отбележи, че в отговор на доводите на UPS самата Комисия препраща към текста на писмените ѝ изявления по това дело. При това положение Комисията няма как да твърди, че не е била в състояние да подготви защитата си. С оглед на идентичността — по делото по жалбата за отмяна и по настоящото дело по иск за обезщетение — на страните и на правното основание, а именно, нередностите, в които е упрекната Комисията, следва да се приемат за допустими препращанията, направени в доводите от исковата молба, които от своя страна също са допустими, към изложението на основанията, развити в подкрепа на жалбата за отмяна и представени като приложение към настоящото дело (вж. по аналогия решение от 11 юли 2007 г., Schneider Electric/Комисия, T-351/03, EU:T:2007:212, т. 96). Следователно изложеното от Комисията възражение за недопустимост трябва да се отхвърли.

в) По допустимостта на доводите на UPS относно грешката в преценката на ефективността

1) По точка 46 от исковата молба

52 Според Комисията поради противоречие с член 76, буква г) от Процедурния правилник са недопустими доводите, с които в точка 46 от исковата молба UPS твърди, първо, че представените в административното производство доказателства изключват постановяването на решение за несъвместимост, второ, че Комисията е приела синергията по принцип, и трето, че ако беше приложила към ефективността подхода, впоследствие следван при контрола върху концентрацията между FedEx и TNT, Комисията трябваше да приеме наличието на много по-голяма част от твърдяната синергия. Комисията смята, че тези твърдения не са достатъчно обосновани и подчертава, че вече ги е опровергала по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144).

53 Важно е обаче да се отбележи, че тези критики на Комисията се отнасят повече до въпроса дали твърденията на UPS в точка 46 от исковата молба относно анализа на ефективността са достатъчно обосновани, за да убедят Общия съд, отколкото до въпроса дали исковата молба съдържа краткото изложение на основанията, изисквано от член 76, буква г) от Процедурния правилник.

54 Във всеки случай се налага изводът, че точка 46 от исковата молба е формулирана достатъчно ясно и точно, за да позволи на ответника да подготви защитата си, а на Общия съд — да се произнесе по иска. Така Комисията е отговорила изчерпателно на доводите на UPS в точки 55—97 от писмената защита. Следователно доводите на Комисията са неоснователни.

2) По препращането към приложение C.6 към репликата

55 Според Комисията в точка 82 от репликата UPS препраща към извадки от формуляра за уведомление за концентрацията, приложени към приложение C.6 към репликата, без да посочва точно релевантните пасажи от това цитирано от него приложение. Такова препращане противоречало на член 76, буква г) от Процедурния правилник.

56 Следва обаче да се констатира, че в точки 41—46 от исковата молба UPS излага действително кратко, но ясно и точно доводите, с които упреква Комисията, че не е оповестила в административното производство критериите, които тя възнамерява да приложи, за да оцени твърдяната ефективност. По-специално в точка 44 от исковата молба UPS изтъква, от една страна, че преди да приеме решението си, Комисията е била длъжна да изложи възраженията си относно проверимостта на твърдяната ефективност и да даде на страните, направили уведомление за концентрация, реална възможност да представят становищата си в тази насока. От друга страна, UPS поддържа, че от преписката е видно, че то е представило веществени доказателства за ефективността още с уведомяването чрез формуляра CO. Също така, в точка 82 от репликата UPS изрично се позовава на релевантния раздел на формуляра CO, и по-специално на точка 96 от него.

57 Така формулирани, оплакванията на UPS отговарят на изискванията за яснота и точност, залегнали в член 76, буква г) от Процедурния правилник. При тези условия Комисията няма основание да твърди, че не е била в състояние да подготви защитата си, без да се засяга въпросът дали представянето на приложение C.6 към репликата на етапа на подаването на тази реплика е просрочено, и оттук — недопустимо, който ще се разгледа по-нататък през призмата на член 85 от Процедурния правилник.

58 Ето защо възражението за недопустимост на Комисията трябва да се отхвърли.

3) По препращането към приложения C.7 и C.37 към репликата

59 Комисията твърди, че в нарушение на член 76, буква г) от Процедурния правилник UPS препраща общо в точки 90, 92 и 107 от репликата към декларацията си от 4 юли 2019 г. относно синергията (приложение C.7 към репликата), без да уточни релевантните пасажи, на които се позовава. Тя излага същите доводи срещу препращането в точки 106 и 108—110 от репликата, за което твърди, че не е достатъчно точно, към втория експертен доклад, изготвен от FTI Consulting, за да се оценят три експертни доклада, представени от Комисията като приложение към нейната защита (наричан по-нататък „вторият доклад FTI“) (приложение C.37 към репликата).

60 Налага се обаче изводът, че в точки 90—98 от репликата подробно и задълбочено са изложени доводите, с които UPS отхвърля първия експертен доклад, издаден от Oxera, за да оцени синергията, която UPS се надява да извлече от придобиването на TNT (наричан по-нататък „първият доклад Oxera“) (приложение B.7 към писмената защита), представен от Комисията на етапа на писмената защита. Тези доводи на UPS са подкрепени и допълнени в различните им технически измерения с приложение C.7 към репликата, в което са изложени методите, използвани от UPS за оценката на ефективността. Обратно на твърдяното от Комисията, UPS не е заобиколило задължението си да изложи доводите си кратко, но ясно и точно, като е направило общо и неточно препращане към приложение C.7 към репликата или като е изключило чисто доказателствената и инструментална функция на този документ. Ето защо Комисията няма как да твърди, че UPS е нарушило разпоредбите на член 76, буква г) от Процедурния правилник.

61 Досежно препращането към втория доклад FTI (приложение C.37 към репликата) също следва да се констатира, че точки 108—110 от репликата съдържат кратко, ясно и точно изложение на доводите, с които UPS отхвърля двата представени от Комисията експертни доклада (първи доклад Oxera, в приложение B.7 към писмената защита, и първи доклад Schoutens, в приложение B.39 към посочената писмена защита). По съображения, аналогични на изложените по-горе във връзка с препращането към приложение C.7 към репликата, твърдението на Комисията за нарушение на член 76, буква г) от Процедурния правилник е необосновано.

62 С оглед на изложеното дотук твърденията на Комисията за нарушение на член 76, буква г) от Процедурния правилник са необосновани и поради това трябва да бъдат отхвърлени.

3. По нарушението на член 85 от Процедурния правилник

63 Комисията твърди, че няколко късно представени от UPS доказателства са недопустими, което UPS оспорва, като на свой ред твърди, че някои късно представени от Комисията доказателства са недопустими.

64 За да се произнесе Общият съд по тези оплаквания, е важно да се припомни, че съгласно член 76, буква е) от Процедурния правилник при необходимост исковата молба или жалбата трябва да съдържа доказателствата и доказателствените искания. Съгласно член 81, параграф 1 от този правилник писмената защита трябва да съдържа изтъкнатите основания и доводи, както и при необходимост — доказателствата и доказателствените искания.

65 Член 85, параграф 1 от Процедурния правилник уточнява, че доказателствата се представят и доказателствените искания се правят при първата размяна на писмени изявления. Член 85, параграф 2 от този правилник добавя, че страните могат да представят доказателства и да правят доказателствени искания в подкрепа на своите доводи и с репликата и дупликата, при условие че късното им представяне и поискване бъде мотивирано.

66 Действително, в съответствие с правилото за преклузивния срок по член 85, параграф 1 от Процедурния правилник страните са длъжни да посочат мотиви защо са се забавили да представят нови доказателства или да направят нови доказателствени искания, но съдът на Съюза има правомощието да упражни контрол дали представеният мотив за забавянето да се представят съответните доказателства или да се направят съответните доказателствени искания е обоснован, и — според случая — контрол върху съдържанието на тези доказателства или доказателствени искания, и освен това, ако късното представяне на доказателства или искания не е мотивирано в достатъчна степен от правна гледна точка или не е обосновано — има и правомощието да ги отхвърли. Ако някоя от страните късно представи доказателства или късно направи доказателствени искания, това може да бъде оправдано по-специално с факта, че тази страна не е имала по-рано на разположение въпросните доказателства или, ако късното представяне от насрещната страна дава основание за допълването на преписката, това следва да се направи по такъв начин, че да се гарантира спазването на принципа на състезателност (решение от 16 септември 2020 г., BP/FRA, C-669/19 P, непубликувано, EU:C:2020:713, т. 41).

а) По допустимостта на приложения C.6, C.7 и C.37 към репликата

67 Според Комисията UPS е представило приложения C.6, C.7 и C.37 към репликата с цел само да запълни празнотите в исковата молба. Такова късно и необосновано представяне трябвало да доведе до недопустимост на тези приложения съгласно член 85 от Процедурния правилник.

68 Както бе констатирано по-горе обаче, от точка 82 от репликата е видно, че приложение C.6 към репликата е представено, за да се обори доводът на Комисията в точка 47 от писмената защита, че UPS не е разгледало въпроса за ефективността във формуляра CO. Целта на приложение C.7 към репликата е да се отхвърли първият доклад Oxera (приложение B.7 към писмената защита), представен от Комисията. Целта на втория доклад FTI

(приложение C.37 към репликата) е да се опровергаят други два експертни доклада, представени от Комисията (първи доклад Oxera, приложение B.7 към писмената защита, и първи доклад Schoutens, приложение B.39 към посочената писмена защита).

69 Правилото за преклузивния срок по член 85, параграф 1 от Процедурния правилник обаче не се прилага за представянето на насрещни доказателства и допълването на доказателствени искания, резултат от представянето на насрещни доказателства от противната страна в писмената защита (решение от 17 декември 1998 г., Baustahlgewebe/Комисия, C-185/95 P, EU:C:1998:608, т. 72 и определение от 21 май 2019 г., Le Pen/Парламент, C-525/18 P, непубликувано, EU:C:2019:435, т. 48).

70 Следователно приложения C.6, C.7 и C.37 не могат да се считат за недопустими съгласно член 85, параграф 1 от Процедурния правилник.

б) По допустимостта на представените от Комисията доклади от експерта по иконометрия

71 В отговор на писмените въпроси на Общия съд UPS оспорва допустимостта на двата доклада на експерт по иконометрия, представени от Комисията като приложение към дупликата (приложения D.5 и D.6 към дупликата). UPS по същество твърди, че Комисията е представила тези доклади късно и без обосновка.

72 Комисията поддържа, че двата доклада са допустими.

73 Трябва обаче да се припомни, че съгласно член 81, параграф 1 и член 85, параграфи 1 и 2 от Процедурния правилник основанията и доводите, както и доказателствата и доказателствените искания поначало трябва да бъдат изложени в писмената защита, като ответникът е длъжен да посочи мотиви за късното представяне на нови доказателства или за късното отправяне на нови такива искания, тъй като в противен случай те ще бъдат отхвърлени (вж. в този смисъл решение от 15 ноември 2007 г., Унгария/Комисия, T-310/06, EU:T:2007:343, т. 164 и цитираната съдебна практика).

74 В случая на етапа на дупликата Комисията представя двата доклада на икономист с дата 16 октомври 2019 г., т.е. след като е представена писмената защита. Комисията е представила тези доклади в подкрепа на отговора ѝ на доводи и основания, развити не в репликата, а в исковата молба.

75 Всъщност в точки 26 и 27 от дупликата Комисията посочва, че иска да отговори на доводите, развити от UPS в точки 35 и 36 от исковата молба, с които UPS по същество поставя въпроса дали разликата в естеството на променливата за концентрация, използвана на етапа на изчисляването, и използваната на етапа на прогнозирането, е приемлива с оглед на особените обстоятелства около планираната концентрация. За целта Комисията по същество излага два довода. С първия, развит в точки 28—50 от дупликата, се твърди, че никой от последователно предложените от UPS иконометрични модели в административното производство не е приемлив. В подкрепа на този довод Комисията представя първия доклад на този експерт (приложение D.5 към дупликата). С втория довод, изложен в точки 39—41 от дупликата, Комисията твърди, че моделът, възприет от нея в крайна сметка, е обоснован и разумен с оглед на особените обстоятелства около планираната концентрация. В подкрепа на този довод Комисията представя втория доклад на този експерт (приложение D.6 към дупликата).

76 Налага се обаче изводът, че тези доводи на Комисията не се различават съществено от доводите, изложени в точки 21—31 от писмената защита.

77 При тези условия следва да се приеме, че двата доклада на ангажирания от Комисията експерт (приложения D.5 и D.6 към дупликата) са представени късно, без Комисията да е изложила в дупликата мотиви за това забавяне. Ето защо следва да се приеме, че тези доклади са недопустими.

78 В съдебното заседание Комисията заявява, че действително, при идеални условия тези два доклада е трябвало да бъдат представени на етапа на писмената защита, но с тях само се отхвърлят експертните доклади на UPS (приложения A.8 и A.9 към исковата молба), както и допълнителните им становища (приложения C.1 и C.2 към репликата). Комисията добавя, че след като UPS е имало възможност да изрази писмено позиция по допустимостта и по съществото на докладите на нейния експерт, в резултат от процесуално-организационно действие, извършено от Общия съд, вече не стои въпросът за допустимостта на тези доклади.

79 Обратно на твърдяното от Комисията обаче, целта на представените от нея експертни доклади не е да се отговори конкретно на двете допълнителни експертни становища, представени от UPS на етапа на репликата (приложения C.1 и C.2 към репликата). Освен това фактът, че в случая Общият съд е поканил UPS да изрази писмено позиция по допустимостта и по съществото на първия доклад на експерта на Комисията, не означава, че този доклад е допустим. Всъщност в съответствие с член 85, параграф 4 от Процедурния правилник, без да се предопределя съдържанието на решението на Общия съд по допустимостта на късно представените доказателства, на другите страни се предоставя възможност да вземат отношение по тези доказателства.

80 Тъй като доводите на UPS са обосновани, представените от Комисията по време на устните състезания доклади следва да се обявят за недопустими, тъй като са представени късно и без основание.

Б. По същество

1. По условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Съюза

81 Съгласно член 340, втора алинея ДФЕС в случай на извъндоговорна отговорност Съюзът в съответствие с основните принципи на правото, които са общи за държавите членки, е длъжен да поправи вредите, причинени от неговите институции или служители, при изпълнението на техните задължения.

82 Съгласно постоянната съдебна практика, за да се ангажира извъндоговорната отговорност на Европейския съюз, трябва да са изпълнени три кумулативни условия, а именно — нарушената правна норма да цели да предостави права на частноправните субекти и нарушението да е достатъчно съществено, да е налице действителна вреда и накрая, да съществува пряка причинно-следствена връзка между нарушението на задължението, за което носи отговорност авторът на акта, и вредата, претърпяна от увредените лица (решение от 13 декември 2018 г., Европейски съюз/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, т. 117; вж. в този смисъл и решение от 4 юли 2000 г., Bergaderm и Goupil/Комисия, C-352/98 P, EU:C:2000:361, т. 39—42). Кумулативността на тези условия означава, че щом

като едно от тях не е изпълнено, извъндоговорната отговорност на Съюза не може да бъде ангажирана (вж. в този смисъл решения от 9 септември 1999 г., Lucaccioni/Комисия, C-257/98 P, EU:C:1999:402, т. 63 и 64 и от 15 юни 2000 г., Dorsch Consult/Съвет и Комисия, C-237/98 P, EU:C:2000:321, т. 54).

83 Достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която се цели да се предоставят права на частноправните субекти, се констатира, когато е налице явно и сериозно неспазване от страна на съответната институция на ограниченията, които са наложени на нейното право на преценка, като факторите, които трябва да се вземат под внимание в това отношение, са по-конкретно сложността на положенията, които трябва да се уредят, степента на яснота и прецизност на нарушената правна норма, както и обхватът на свободата на преценка, която нарушената норма предоставя на институцията на Съюза (вж. в този смисъл решения от 19 април 2007 г., Holcim (Deutschland)/Комисия, C-282/05 P, EU:C:2007:226, т. 50 и от 30 май 2017 г., Safa Nicu Sepahan/Съвет, C-45/15 P, EU:C:2017:402, т. 30).

84 Изискването да е налице достатъчно съществено нарушение на норма на правото на Съюза произтича от необходимостта от претегляне, от една страна, на защитата на частноправните субекти спрямо незаконосъобразните действия на институциите, и от друга, на свободата на действие, която трябва да се признае на последните, за да не се парализира дейността им (решение от 10 септември 2019 г., HTTS/Съвет, C-123/18 P, EU:C:2019:694, т. 34).

85 Това претегляне се оказва още по-важно, защото Комисията е призвана да определя и прилага политиката на Съюза в областта на конкуренцията и за тази цел разполага с дискреционна власт (решение от 23 април 2009 г., AEPI/Комисия, C-425/07 P, EU:C:2009:253, т. 31).

86 Действително, ако ангажирането на отговорността на Съюза се улесни чрез включването в обхвата на понятието за достатъчно съществено нарушение на правото на Съюза на всяко неизпълнение на правно задължение — неизпълнение, което колкото и да е неприятно, може да се обясни по-специално с обективните ограничения, наложени на Комисията, би създало риск от компрометиране или дори от осуетяване на действията на тази институция в областта на контрола върху концентрациите. Право на обезщетение обаче трябва да имат лицата, които са претърпели вреди, произтичащи от поведението на Комисията, когато това поведение се изразява в акт, който без обективни основания и обяснения явно противоречи на правната норма и сериозно уврежда интересите на тези лица (вж. в този смисъл решения от 11 юли 2007 г., Schneider Electric/Комисия, T-351/03, EU:T:2007:212, т. 123 и 124, и от 9 септември 2008 г., MyTravel/Комисия, T-212/03, EU:T:2008:315, т. 42 и 43).

87 Подобно определяне на прага за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Съюза може да защити свободата на действие и на преценка, с които Комисията трябва да се ползва както при вземането на решения по целесъобразност, така и при тълкуването и прилагането от нея на релевантните разпоредби на правото на Съюза в областта на конкуренцията, без все пак да оставя за сметка на трети лица тежестта на последиците от явни и неизвиними нарушения (вж. в този смисъл решение от 11 юли 2007 г., Schneider Electric/Комисия, T-351/03, EU:T:2007:212, т. 125).

88 Ето защо само констатирането на нередност, която при аналогични обстоятелства не би допуснала действащата разумно и с дължимата грижа администрация, позволява да се ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза (решение от 10 септември 2019 г., HTTS/Съвет, C-123/18 P, EU:C:2019:694, т. 43).

2. По твърдените нередности

89 UPS смята, че при спорното решение и процедурата, довела до приемането му, са налице множество нередности, представляващи достатъчно съществени нарушения на правото на Съюза. Комисията нарушила процесуалните права на UPS, нарушила задължението си за мотивиране и допуснала грешки във връзка с преценката по същество на концентрацията, първо, като се отклонила от традиционните иконометрични методи за анализ на концентрацията относно цените, второ, като разгледала статично упражнявания от FedEx конкурентен натиск, и трето, като неправилно оценила ефективността.

90 Последователно следва да се разгледат оплакванията за нарушения на процесуалните права на UPS, за неизпълнение на задължението за мотивиране и във връзка с валидността на преценките, съдържащи се в спорното решение.

а) По нарушението на процесуалните права на UPS

91 В подкрепа на нередността, която се състои в нарушаване на процесуалните му права, UPS упреква Комисията, първо, че не е съобщила възприетия иконометричен модел, второ, че не е съобщила критериите за оценка на ефективността, и трето, че не е съобщила някои поверителни документи на FedEx.

1) По несъобщаването на възприетия иконометричен модел

92 UPS изтъква, че Общият съд, а след това и Съдът, вече са постановили, че Комисията е нарушила правото му на защита, тъй като не му е съобщила окончателния вариант на иконометричния модел, послужил за анализ на последиците от концентрацията върху цените. Било налице явно и тежко нарушение на правна норма, предназначена да предостави права на частноправните субекти, което не можело да бъде оправдано нито от ограничения във времето, нито от сложността на делото.

93 Според Комисията нарушението на правото на защита на UPS не може да се квалифицира като достатъчно съществено нарушение на правото на Съюза, предвид, от една страна, липсата на яснота на правото на Съюза към датата на приемане на спорното решение досежно задължението ѝ да съобщи окончателния вариант на иконометричния модел, и от друга, наличието на времеви ограничения при оценката на планираната концентрация.

94 Уместно е да се припомни, че твърдяната от UPS нередност вече е окончателно установена. Всъщност Общият съд отменя изцяло спорното решение с мотива, че Комисията е нарушила правото на защита на UPS, като не му е изпратила окончателния вариант на нейния иконометричен модел (решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия, T-194/13, EU:T:2017:144, т. 221 и 222). Това решение е влязло в сила след отхвърлянето на жалбата на Комисията с решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

95 Не се оспорва, че принципът на зачитане на правото на защита, в рамките на процедурите за контрол върху концентрациите, попада в категорията на правните норми, с които се цели да се предоставят права на частноправните субекти (вж. в този смисъл решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, т. 162).

96 За сметка на това страните спорят по въпроса дали нарушението на правото на защита на UPS е достатъчно съществено, за да се ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

97 В тази насока следва да се припомни, че зачитането на правото на защита представлява общ принцип на правото на Съюза, който трябва да се прилага, когато административният орган възнамерява да приеме акт, увреждащ лицето, към което е насочен (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 28).

98 При процедурите за контрол върху концентрациите този принцип е изложен в член 18, параграф 3 от Регламент № 139/2004, както и по-прецизно — в член 13, параграф 2 от Регламент № 802/2004. Последните разпоредби по-специално изискват Комисията да съобщи писмено възраженията си на страните, уведомили за дадена концентрация, с указание за срока, в който те могат писмено да изложат своето становище (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 29).

99 Тези разпоредби се допълват от разпоредбите относно достъпа до преписката, който произтича от принципа на зачитане на правото на защита. Съответно от член 18, параграф 3 от Регламент № 139/2004 и от член 17 от Регламент № 802/2004 следва, че след като изложението на възраженията е изпратено, свободен достъп до преписката имат пряко заинтересованите страни при съблюдаване по-специално на законните интереси на предприятията от неоповестяване на техните търговски тайни, като този достъп до документите не се разпростира върху поверителна информация или вътрешни документи нито на Комисията, нито на компетентните органи на държавите членки (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 30).

100 За прогностичния анализ на ефектите от дадена концентрация върху факторите, които определят състоянието на конкуренцията на засегнатите пазари, използването на иконометрични модели позволява да се придобие по-задълбочена представа за планираната операция, като се установят и — в случай на необходимост — се представят в количествено изражение някои от нейните ефекти, и така да се спомогне за качеството на решенията на Комисията. Оттук следва, че когато Комисията възнамерява да основе решението си на такива модели, на страните, уведомили за дадена концентрация, трябва да бъде дадена възможност да представят своето становище в тази насока (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 33).

101 Оповестяването на тези модели и на методологичните решения, които са в основата на изготвянето им, е още по-необходимо, тъй като спомага за гарантирането, че процедурата е справедлива, в съответствие с принципа на добра администрация, прогласен в член 41 от Хартата (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 34).

102 Ето защо зачитането на правото на защита, преди да бъде прието решение в областта на контрола върху концентрациите, изисква на страните, уведомили за дадена концентрация, да бъде дадена възможност да представят по надлежен начин своето становище относно

действителното съществуване и релевантността на всички елементи, на които Комисията възнамерява да основе своето решение (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 31).

103 Комисията не може след изложението на възраженията да измени съдържанието на иконометричен модел, на който възнамерява да основе възраженията си, без да сведе тази промяна до знанието на заинтересованите предприятия и да им даде възможност да представят становището си в тази насока. Всъщност подобно тълкуване би било в разрез с принципа на зачитане на правото на защита и с разпоредбите на член 18, параграф 3 от Регламент № 139/2004, които, от една страна, изискват Комисията да основе решението си единствено на възраженията, по отношение на които заинтересованите страни са имали възможност да представят становищата си, и от друга страна, предвиждат право на достъп до преписката най-малкото за пряко заинтересованите страни. Също така е изключено такива елементи да могат да бъдат квалифицирани като вътрешни документи по смисъла на член 17 от Регламент № 802/2004 (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 37).

104 Следователно Комисията е била длъжна, преди да приеме спорното решение, да сведе до знанието на UPS измененията в иконометричния модел, използван за оценка на последиците от концентрацията върху цените. Това задължение произтича от прилагането на член 18, параграф 3 от Регламент № 139/2004, който задължава Комисията да формулира достатъчно ясно и точно своите възражения, за да осигури на страната, уведомила за дадена концентрация, възможността да бъде изслушана преди приемането на спорното решение. Свободата на преценка на Комисията в този аспект е силно ограничена, дори несъществуваща (вж. в този смисъл решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, т. 166). Целта на тези съображения е да се докаже, че като не е съобщила иконометричния си модел на UPS, Комисията явно и в значителна степен не е спазила пределите, които са били наложени на нейното право на преценка.

105 Комисията обаче счита, че настоящият случай не е такъв, и в това отношение изтъква два довода.

106 С първия довод се поддържа, че при приемането на спорното решение в съдебната практика все още не е имало яснота относно задължението за съобщаване на иконометричните модели.

107 Следва да се припомни, че трудностите за прилагане или за тълкуване на релевантните норми от правото на Съюза при приемането на акт, който впоследствие е оспорен, за да се констатира извъндоговорната отговорност на Съюза, се отчитат при оценката на поведението на съответната институция, за да се определи дали тя е допуснала достатъчно съществено нарушение на норма от правото на Съюза. Всички тези параметри се отнасят до датата, на която решението или поведението е прието от тази институция. От това следва, че наличието на достатъчно съществено нарушение на норма от правото на Съюза задължително трябва да се преценява в зависимост от обстоятелствата, при които е действала институцията точно на тази определена дата (вж. в този смисъл решение от 10 септември 2019 г., HTTS/Съвет, C-123/18 P, EU:C:2019:694, т. 44 и 46).

108 Вярно е, че решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), е първото, което разглежда въпроса дали Комисията може да изходи от иконометричен модел, без предварително да е дала възможност на предприятието,

уведомило за дадена концентрация, да бъде изслушано във връзка с промените, внесени в този модел. Още преди постановяването на това решение обаче има изобилна съдебна практика относно зачитането на принципа на правото на защита и правото на изслушване. Така при правна и фактическа обстановка, различна от тази по настоящото дело, Съдът и Общият съд по същество вече са постановили, че Комисията, като се е обосновала с доклад, изменен по нейна собствена инициатива, без да се допита до съответното предприятие за евентуалното отражение на едностранното ѝ действие върху надеждността на информацията, предоставена ѝ от това предприятие, е извършила достатъчно съществено нарушение на норма от правото на Съюза (вж. в този смисъл решения от 10 юли 2003 г., Комисия/Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, т. 30 и от 24 октомври 2000 г., Fresh Marine/Комисия, T-178/98, EU:T:2000:240, т. 80—82).

109 Освен това е важно да се подчертае формулировката, с която Съдът отхвърля доводите на Комисията срещу мотивите на решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), довели до отмяна на спорното решение поради нарушение на правото на защита на UPS. Според Съда от гледна точка на зачитането на правото на защита отговорът на въпроса дали несъобщаването на страните по дадена концентрация на иконометричен модел обосновава отмяната на решението на Комисията не зависи от предварителната квалификация на този модел като оневиняващ или като уличаващ елемент. С оглед на важността на иконометричните модели за прогностичния анализ на ефектите от концентрацията, предвиждането на по-високи изисквания за доказване, за да бъде отменено решение поради нарушение на правото на защита, което, както в настоящия случай, следва от несъобщаването на методологични избори, по-специално във връзка с вътрешноприсъщи на тези модели статистически техники — нещо, което по същество поддържа Комисията — би било в разрез с целта тя да бъде стимулирана да показва прозрачност при създаването на иконометричните модели, използвани в процедурите за контрол върху концентрациите, и би накърнило ефективността на последващия съдебен контрол върху решенията ѝ (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 54 и 55).

110 Ето защо решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), не дава основание да се приеме, че към датата на приемане на спорното решение е имало несигурност досежно тълкуването както на принципа на зачитане на правото на защита, закрепен по-специално в член 18, параграф 3 от Регламент № 139/2004, така и на изводите, които трябва да се направят от нарушение на правото на защита, резултат от несъобщаването на иконометричен модел като процесния по настоящото дело.

111 При това положение следва да се отхвърли твърдението на Комисията, че нарушението на правото на защита на UPS трябва да се счита за извинимо поради твърдяна липса на яснота на правото на Съюза към момента на приемане на спорното решение.

112 С втория довод на Комисията се твърди, че с оглед на времевите ограничения, при които тя трябва да оцени операцията между UPS и TNT с цялата ѝ сложност, нарушението на правото на защита на UPS не може да се счита за достатъчно съществено. Според Комисията тези времеви ограничения не бива да бъдат омаловажавани. Комисията приема допълнителни изменения в иконометричния модел само два месеца преди да приеме спорното решение. През тези два месеца тя е трябвало да анализира отговора на изложението на възраженията (346 страници), да организира срещи за равносметка, да съобщи временните си изводи на UPS и да оцени предложенията му за поемане на

ангажименти, да се консултира с държавите членки и да изготви спорното решение (450 страници), при все че UPS представя на късен етап от процедурата своя анализ на концентрацията относно цените.

113 Действително, Комисията трябва да съчетае изискването за бързина, което е присъщо на общата система на Регламент № 139/2004, със зачитането на правото на защита (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 38).

114 Що се отнася до фактите по настоящото дело обаче, вече е постановено, че окончателният вариант на иконометричния модел е бил приет на 21 ноември 2012 г., т.е. повече от два месеца преди приемането на спорното решение. Макар да не са пренебрежими, тези изменения не са съобщени на UPS. Комисията не е представила данни по какви конкретни съображения ѝ е било практически невъзможно към тази дата да предостави на UPS кратък срок за отговор, за да може UPS да изрази становище по посочените изменения (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 41 и 42), при положение че съобщаването на изменението на иконометричния модел не създава никакви технически или административни затруднения и че тогава Комисията е разполагала с достатъчно време, за да приеме спорното решение, след като изслуша UPS.

115 С оглед на тези данни мотивите, изложени от Комисията относно наличието на времеви ограничения, са необосновани.

116 Комисията обаче възразява, че предвид контекста, в който е прието спорното решение, несъобщаването на последните изменения, внесени в иконометричния модел, не позволява да се заключи, че е налице достатъчно съществено нарушение на норма от правото на Съюза. Тя поддържа, че анализът на последиците от концентрацията върху цените в спорното решение е резултат от нееднократен процес на диалог с UPS, което можело да смекчи допуснатата грешка. След като отчела предложенията на UPS, Комисията в крайна сметка решила да използва най-подходящия модел поради причините, изложени в съображения 727—740 от спорното решение.

117 За да се прецени дали допуснатата от Комисията незаконосъобразност може да ангажира отговорността на Съюза, следва да се подчертае — освен особеното значение, което основополагащите гаранции имат в правния ред на Съюза — че методологичните основи, на които почиват иконометричните модели, трябва да бъдат възможно най-обективни, за да не предрешават резултата от този анализ в една или друга посока. Така тези фактори спомагат за безпристрастността и качеството на решенията на Комисията, от които в крайна сметка зависи доверието на обществеността и предприятията в легитимността на процедурата за контрол върху концентрациите в Съюза (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 53).

118 Като избягва по този начин процесуално изискване, което обаче цели да гарантира легитимността на процедурата за контрол върху концентрациите в Съюза и нейната справедливост, Комисията поставя UPS и в положение, което не му позволява да разбере част от мотивите на спорното решение.

119 Колкото до довода на Комисията, че нарушението на правото на защита не било достатъчно съществено, защото UPS било в състояние да разбере измененията, внесени в окончателния вариант на иконометричния модел, поради обсъжданията, предхождащи неговото завършване, следва да се припомни, че Общият съд вече е постановил с влязъл в сила акт,

че макар между окончателния иконометричен модел и обсъжданите по-рано да са налице множество сходства, внесените промени не са пренебрежими, както и че на нито един момент от административното производство използването на различните етапи от анализа на различни променливи за концентрация не е било предмет на повторно обсъждане (решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия, T-194/13, EU:T:2017:144, т. 204—209).

120 Всъщност едва в рамките на производството по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), UPS е успяло след процесуално-организационно действие, предприето от Общия съд на 11 април 2016 г., да се запознае с измененията на иконометричния модел в окончателната му редакция.

121 Ето защо доводът на Комисията, че нарушението на правото на защита се смекчава, поради факта че завършването на иконометричния модел е било предшествано от множество контакти с UPS, е необоснован.

122 Поради това, тъй като окончателният вариант на иконометричния модел не е бил съобщен на UPS, UPS е било лишено от информация, която — ако му беше предоставена своевременно — можеше да му даде възможност да посочи различни резултати за ценовите ефекти на операцията, които можеха да доведат до преоценка на взетите предвид от Комисията качествени данни, а следователно и до намаляване на броя на държавите, при които е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция (решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия, T-194/13, EU:T:2017:144, т. 218). Оттук се налага изводът, че нарушението на правото на защита на UPS е явно и тежко.

123 Ето защо, като не е спазила правото на защита на UPS, Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение на норма от правото на Съюза, с която трябва да се предоставят права на частноправните субекти,

2) По несъобщаването на критериите за оценка на ефективността

124 Макар да се съгласява, че тежестта на доказване на ефективността лежи върху страната, уведомила за дадена концентрация, UPS счита, че преди приемането на окончателното решение Комисията е длъжна да определи доказателствения стандарт, който тя изисква, за да може твърдяната ефективност да се счита за проверима по смисъла на Насоките относно оценката на хоризонталните сливания съгласно Регламента на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ C 31, 2004 г., стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 4, наричани по-нататък „Насоките“). Ако тези критерии не бъдели предварително оповестени, Комисията щяла да разполага с правомощие при условията на произвол, което да ѝ позволява да приеме или отхвърли твърдяната ефективност, без страната, уведомила за дадена концентрация, или съдът на Съюза, изобщо да е в състояние да упражни контрол. Комисията можела да обясни на етапа на изложението на възраженията или на писмото с изложение на фактите, което допълвало изложението на възраженията, в съответствие с точка 111 от Известието на Комисията относно най-добрите практики за водене на производства, свързани с членове 101 и 102 ДФЕС (ОВ C 308, 2011 г., стр. 6), причините, поради които възнамерява да приеме наличието в някои случаи на известна ефективност, а в други случаи — да отхвърли такова наличие. Според UPS обаче Комисията не е направила това.

125 Подобно на вече постановеното досежно несъобщаването на иконометричния модел, UPS изтъква, че несъобщаването на критериите за оценка на ефективността е довело до нарушение на правото му на защита. Комисията била длъжна да изложи възраженията си относно проверимостта на твърдяната ефективност и да даде възможност на страните, уведомили за дадена концентрация, да изразят становище в тази насока. Комисията не изпълнила това си задължение, като така направила за UPS невъзможно да докаже наличието на ефективност.

126 Освен това, въпреки че още при подаването на формуляра за уведомление UPS представило множество доказателства за ефективността, Комисията просто ги отхвърлила като недостатъчни, без да отправи искане за информация. Едва в края на административното производство Комисията се опитала да започне ограничен диалог с UPS относно ефективността. Малко вероятно било обаче Комисията да е имала време да отчете данните, последно представени от UPS на 20 ноември 2012 г., предвид позицията, която Комисията изразила на срещата за равносметка същия ден.

127 Накрая, UPS счита, че е било в състояние да започне с Комисията обсъждане по същество по този въпрос едва на етапа на досъдебното производство по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144),.

128 Комисията оспорва тези доводи.

129 Уместно е да се припомни, че за да обяви дадена концентрация за несъвместима с вътрешния пазар, Комисията трябва да докаже съгласно член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, че осъществяването на нотифицираната концентрация би възпрепятствало значително ефективната конкуренция в рамките на вътрешния пазар или на съществена част от него, в частност в резултат на създаването или засилването на господстващо положение (решение от 6 юли 2010 г., Ryanair/Комисия, T-342/07, EU:T:2010:280, т. 26).

130 От съдебната практика следва, че решенията на Комисията относно съвместимостта на концентрациите с вътрешния пазар трябва да бъдат подкрепени с достатъчно значими и непротиворечиви доказателства. Така, когато смята, че дадена концентрация трябва да бъде забранена, Комисията е длъжна да представи убедителни доказателства за този извод (вж. в този смисъл решения от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 50 и от 6 юни 2002 г., Airtours/Комисия, T-342/99, EU:T:2002:146, т. 63).

131 В този смисъл качеството на доказателствата, които Комисията е представила, за да обоснове необходимостта от решение, с което дадена концентрация се обявява за несъвместима с вътрешния пазар, е особено важно. Оттук обаче няма как да се заключи, че Комисията трябва да изпълни изисквания за доказване във връзка с решенията, с които се забранява дадена концентрация, по-високи от изискванията във връзка с решенията, с които се разрешава такава концентрация. Всъщност съдебната практика, припомнена в точка 129 по-горе, просто отразява основната функция на доказването — да се създаде убеждение в обосноваността на дадена теза, или — както в случая на контрол върху концентрациите — да се подкрепят изводите в основата на решенията на Комисията. В тази насока вътрешноприсъщата сложност на тезата за нарушение на конкуренцията, изложена по отношение на концентрация, предмет на уведомление, представлява фактор, който трябва да се отчита при преценката на вероятността на различните последици от тази

концентрация, за да се разпознае най-вероятната последица, но тази сложност сама по себе си няма отражение върху изисквания доказателствен стандарт (решение от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 50 и 51).

132 В Регламент № 139/2004 няма никаква разпоредба относно ефективността. В съображение 29 от него обаче се посочва:

„За да определи въздействието на дадена концентрация по отношение на конкуренцията на общия пазар, е необходимо да бъдат взети предвид всички доказани и вероятни предимства, изтъкнати от засегнатите предприятия. Възможно е предимствата на концентрацията да обезсилят ефектите върху конкуренцията, и по-специално потенциалната вреда по отношение на интересите на потребителите, която иначе би била налице, а също и концентрацията да не възпрепятства ефективната конкуренция на общия пазар или на съществена част от него, особено в резултат от създаването или засилването на господстващо положение. Комисията публикува ръководство за условията, при които тя би могла да вземе предвид предимствата при оценката на даден[а концентрация].“

133 Ръководството на Комисията, посочено в съображение 29 от Регламента за концентрациите, се съдържа в точки 76—88 от Насоките.

134 От точки 76 и 77 от Насоките е видно, че е възможно ефективността да неутрализира вредните последици от концентрацията върху конкуренцията. Така Комисията може да реши, че дадена концентрация не следва да бъде обявена за несъвместима, когато тази институция може въз основа на достатъчно доказателства да заключи, че породената от концентрацията ефективност е вероятно да подобри възможностите и стимулирането на субекта, резултат от концентрацията, да възприеме благоприятстващо конкуренцията поведение в полза на потребителите.

135 За целта от точка 78 от Насоките следва, че е необходимо да са изпълнени три кумулативни условия: ефективността трябва, на първо място, да бъде в полза на потребителите, на второ място, да е характерна за концентрацията и на трето място, да е проверима.

136 Условието ефективността да бъде проверима е развито в точки 86—88 от Насоките. Видно от точка 86 от Насоките, целта на това условие е Комисията „да може да бъде основателно убедена, че има вероятност ефективността да се материализира и да бъде достатъчно значима, за да неутрализира потенциалните увреждания на интересите на потребителите, които възникват в резултат от сливането“. В същата точка от Насоките се посочва, че колкото по-точни и убедителни са твърденията за ефективност, толкова по-добре ще могат да бъдат оценени те от Комисията. В тази насока посочената точка пояснява, че когато е възможно, ефективността и ползите за потребителите, които са резултат от нея, следва да бъдат „количествено установени“, и че „когато не са налице необходимите данни, за да се даде възможност за точен количествен анализ, трябва да е възможно да се предвиди ясно определено позитивно въздействие по отношение на потребителите, а не само маргинално такова“.

137 Накрая, въпросът за тежестта на доказване и описанието на доказателствата, които са от полза за оценката на ефективността, са предмет на точки 87 и 88 от Насоките, които гласят следното:

„87. По-голямата част от информацията, която дава възможност на Комисията да оцени дали дадено сливане ще донесе ефективността, която да ѝ даде възможност да разреши сливането, се притежава изцяло от страните по сливането. Поради това, в интерес на сливащите се страни е те своевременно да предоставят цялата релевантна информация, за да докажат, че твърдяната от тях ефективност е характеристика на сливането и е специфична за него, както и че е вероятно да бъде реализирана. По същия начин е в интерес на страните по сливането да демонстрират до каква степен ефективността е вероятно да неутрализира неблагоприятните последици по отношение на конкуренцията, които може да възникнат в противен случай в резултат от сливането, и по такъв начин е от полза за потребителите.

88. Доказателствата, релевантни за оценката на твърденията за ефективност включват по-специално, вътрешни документи, които са били използвани от управителния орган, за да реши да предприеме сливане, изявления на управителите до собствениците и до финансовите пазари относно очакваната ефективност, исторически примери за ефективност и ползи за потребителите, изследвания на експерти преди сливането за вида и размера на ползите от предимствата и за степента, в която потребителите е вероятно да се облагодетелстват“.

138 Ето защо от Насоките ясно следва, че страната, уведомила за дадена концентрация, трябва да представи конкретни и убедителни доказателства, които позволяват, доколкото е възможно, да се изрази количествено очакваната ефективност. Това положение е различно от тежестта на доказване на предвидимите ефекти от концентрацията — тежест, която лежи върху Комисията и от която следва, че използваните за тази цел иконометрични модели ще бъдат съобщени на страните, уведомили за дадена концентрация, тъй като те представляват помощен инструмент за вземането на решения (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 33).

139 Действително, тези указания, дадени в Насоките, посочват общо, че само ефективността, подкрепена с доказателства, позволява да се прецени обективно нейният мащаб и вероятността такава да е налице. Тези насоки дават индикативни примери за относимата информация в тази насока, по-специално вътрешните документи, предназначени за съответните предприятия. Фактът, че използваните в Насоките формулировки са общи, е разбираем, ако не и неизбежен, поради разнородността на индивидуалното положение на предприятията, на вероятната ефективност и на характеристиките на пазарите, на които Комисията трябва да извърши контрол, когато ѝ е изпратено уведомление за концентрация. Ето защо няма логика да се очаква с акт като Насоките Комисията предварително да определи задълбочено и подробно всички критерии, въз основа на които ефективността може да се счита за проверима.

140 Освен това няма разпоредба на Регламент № 139/2004 и на Насоките, която да задължава Комисията — когато страните, уведомили за дадена концентрация, изтъкват изведени от ефективността доводи — предварително по абстрактен начин да определи конкретните критерии, въз основа на които смята да постанови, че може да се приеме, че дадена ефективност е възможно да разглежда като проверима.

141 В тази насока следва да се отбележи, че в контекста на антидъмпинговото законодателство вече е постановено, че когато упражнява свободата си на преценка, предоставена ѝ с това законодателство, без да обяснява подробно и предварително критериите, които смята да приложи във всеки конкретен случай, институцията не нарушава принципа на правна сигурност (вж. в този смисъл решения от 5 октомври 1988 г., Brother Industries/Съвет, 250/85, EU:C:1988:464, т. 29 и от 7 май 1991 г., Nakajima/Съвет, C-69/89, EU:C:1991:186, т. 118). Това положение е сходно с положението по настоящото дело, при което Регламент № 139/2004 предоставя на Комисията свобода да прецени ефективността, твърдяна от страните, които са уведомили за дадена концентрация, без да ѝ налага предварително и абстрактно да определи релевантните за целта критерии.

142 При тези условия доводът на UPS, който цели да докаже, че Комисията е била длъжна да му съобщи конкретните критерии и доказателствените стандарти, които тя смята да приложи, за да установи дали всеки от посочените случаи на ефективност е проверим, не е обоснован от правна гледна точка.

143 С оглед на изложеното по-горе следва да се отхвърли като необоснован доводът, че Комисията нарушила процесуалните права на UPS при анализа на ефективността, понеже не съобщила критериите за оценка на тази ефективност.

3) По несъобщаването на някои поверителни документи на FedEx

144 UPS упреква Комисията, че не му е предоставила достъп до цялата информация, представена от FedEx в административното производство, или поне че не е предоставила такъв достъп на адвокатите му, за да могат те независимо да проверят нейното съдържание. UPS счита, че е било лишено от възможността да прецени доказателствената стойност на дадените от FedEx данни, при все че те повлияли на решението на Комисията да оттегли за четиринадесет национални пазара възраженията за наличие на значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, като същевременно продължила да ги поддържа за петнадесет други национални пазара.

145 Според UPS тези свързани с FedEx материали можели да бъдат релевантни и за останалите петнадесет пазара, за които Комисията неправилно продължила да поддържа възраженията си за значително възпрепятстване на ефективната конкуренция. UPS твърди, че подозренията му се засилват от променящите се мотиви, последователно излагани от Комисията в хода на производството, за да отрече относимостта на вътрешните документи на FedEx.

146 Нито UPS, нито Общият съд били в състояние да проверят верността на информацията, изпратена от FedEx. Ако знаело тази информация, UPS счита, че е щяло да може да докаже, че петнадесетте национални пазара, за които Комисията е направила извод за значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, не могат да бъдат отграничени от другите четиринадесет пазара. UPS подозира, че FedEx се е опитало да убеди Комисията да забрани плана за концентрация между него и TNT, като е омаловажило проектите си за разрастване в Европа. UPS изтъква някои противоречия между становищата на FedEx в хода на административното производство и публичните му изявления пред инвеститорите.

147 UPS уточнява, че предмет на доводите му не е достъпът до поверителните документи на FedEx, приети за уличаващи доказателства, а въпросът дали на UPS може да бъде отказан достъп до другите поверителни документи на FedEx, полезни за преценката на

доказателствената стойност на уличаващите доказателства. В това отношение UPS счита, че не Комисията следва да решава кои документи са от полза за защитата на предприятието, уведомило за дадена концентрация.

148 Едва след мерките, предприети от Общия съд по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), то успяло да се запознае с някои данни, изпратени от FedEx на Комисията. Така няколкото документа, с които UPS направило справка, противоречали на установеното от Комисията разграничение между националните пазари според това дали при тях е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция.

149 Според UPS Комисията няма как нито да твърди, че то е длъжно да докаже, че документите, до които никога не е имало достъп, са повлияли върху спорното решение, както следвало от точка 63 от решение от 25 октомври 2011 г., Solvay/Комисия (C-109/10 P, EU:C:2011:686), нито да се позовава на решение от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия (T-210/01, EU:T:2005:456), тъй като последното решение не засягало достъпа до документи, които опровергават годността на изявленията на трето лице да бъдат уличаващи.

150 По мнение на UPS Комисията е получила документите на FedEx пет месеца преди приемането на спорното решение. При тези условия тя не можела да се позовава на никакво времево ограничение, за да извини накърняването на правото на защита на UPS.

151 UPS счита, че ще е в състояние да обясни в конкретика обратната от гледна точка на факти хипотеза едва от момента, в който получи достъп до тези документи. То иска Общият съд да задължи Комисията чрез процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства да представи всички вътрешни документи на FedEx, с които разполага.

152 Комисията твърди, че няма нарушение на процесуалните права на UPS.

153 Важно е да се подчертае, че UPS не твърди, че Комисията не е оповестила вътрешните документи на FedEx, на които се основава решението за несъвместимост на концентрацията между UPS и TNT. UPS не оспорва и поверителността на вътрешните документи на FedEx, до които то е поискало достъп в хода на административното производство или които са му били оповестени или във вариант със съответни заличавания, или в резюме. От друга страна, според UPS правото му на защита е било нарушено, тъй като Комисията не му дала възможност да се запознае с всички приложени към преписката вътрешни документи на FedEx в техния поверителен вариант, без съответни заличавания. Като счита, че всички тези документи евентуално са оневиняващи доказателства, UPS поддържа, че Комисията е трябвало поне да му предостави т.нар. „ограничен“ достъп, който да позволи на външните му правни съветници самостоятелно да преценят доказателствената им стойност, като същевременно спазват тяхната поверителност.

154 При контрола върху концентрациите Комисията е длъжна да съобщи на страните, уведомили за дадена концентрация, всички обстоятелства, на които възнамерява да основе решението си, за да даде възможност на последните да бъдат изслушани (решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 31). Всъщност преди приемането на решение като спорното, член 18, параграф 1 от Регламент № 139/2004 изисква Комисията да предостави „на съответните лица, предприятия и обединения на

предприятия възможността по всяко време на процедурата до консултациите с консултативния комитет да изложат техните становища във връзка с възраженията, повдигнати срещу тях“. Съгласно член 18, параграф 3 от този регламент „Комисията основава решението си единствено на възраженията, по отношение на които страните са имали възможност да представят становищата си“, и „правото на защита следва да бъде изцяло спазено при производството“.

155 Що се отнася до документи, различни от посочените в подкрепа на възраженията на Комисията, достъпът до преписката не е автоматичен, а трябва да бъде поискан. Всъщност член 17, параграф 1 от Регламент № 802/2004 предвижда, че „при поискване Комисията предоставя достъп до преписката на страните, до които е предявила възраженията си, с цел да им се предостави възможност да упражнят правото си на защита“, и че достъпът „се предоставя след уведомяване за предявените възражения“. Тези разпоредби са отразени в точка 7 от Известието на Комисията относно правилата за достъп до преписката на Комисията при производства по членове [101] и [102 ДФЕС], членове 53, 54 и 57 от Споразумението за ЕИП и Регламент № 139/2004 (ОВ C 325, 2005 г., стр. 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 220, наричано по-нататък „Известието на Комисията относно достъпа до преписката“), съгласно която „достъп се предоставя при поискване на тези лица, предприятия или обединения от предприятия, според случая, спрямо които Комисията е отправила изложение на възражения“.

156 Искането за достъп до преписката трябва да бъде подадено в генерална дирекция (ГД) „Конкуренция“, преди евентуално да бъде отправено до служителя по изслушването. Член 3, параграф 7 от Решение 2011/695/ЕС на председателя на Европейската комисия от 13 октомври 2011 година относно функцията и мандата на служителя по изслушването в някои производства по конкуренция (ОВ L 275, 2011 г., стр. 29) всъщност предвижда, че всеки въпрос, свързан с ефективното упражняване на процесуалните права на засегнатите страни, първо се повдига пред ГД „Конкуренция“, и ако не бъде решен, може да бъде отнесен до служителя по изслушването. В тази насока член 7, параграф 1 от Решение 2011/695 предвижда, че когато страна, която е упражнила своето право на достъп, има основание да счита, че Комисията разполага с документи, които не са били разкрити пред нея и че тези документи са необходими за правилното упражняване на правото на изслушване, тя може да подаде обосновано искане за достъп до тези документи. Тези разпоредби по същество са предмет на точка 47 от Известието на Комисията относно достъпа до преписката. За да се улесни достъпът до преписката, точка 45 от Известието на Комисията относно достъпа до преписката предвижда, че Комисията предоставя на страните „номериран списък на документите, от които е съставена преписката“.

157 За да се гарантира ефективността на правото на достъп в производствата за контрол върху концентрациите, искането за достъп до преписката трябва да бъде подадено своевременно. Както се припомня в точка 28 от Известието на Комисията относно достъпа до преписката, от тълкуването на член 18, параграфи 1 и 3 от Регламент № 139/2004 във връзка с член 17, параграф 1 от Регламент № 802/2004 следва, че на страните, уведомили за дадена концентрация, се предоставя достъп до преписката на Комисията при поискване на всеки етап от производството след обявяване възраженията на Комисията до консултациите с консултативния комитет. Освен това член 3, параграф 7 от Решение 2011/695 предвижда, че исканията, свързани с мярка, за която е предвиден краен срок, трябва да се правят своевременно в рамките на първоначалния срок. Следователно искането за достъп до

преписката, подадено до ГД „Конкуренция“ или до служителя по изслушването, след като консултативният комитет е дал становището си по проекта на решение на Комисията, трябва да се счита за просрочено.

158 В случая доводите на UPS отчасти са твърде общи, за да може да се заключи, че несъобщените документи са били поне потенциално необходими за упражняването на правото му на защита. Всъщност UPS изтъква, че всички поверителни вътрешни документи на FedEx е трябвало да му бъдат предоставени, тъй като са щели да му позволят да разбере от какви обстоятелства е изходила Комисията, за да признае наличието на значително възпрепятстване на ефективната конкуренция на петнадесет национални пазара и да го изключи за четиринадесет други пазара, без да даде допълнителни уточнения.

159 UPS обаче посочва по-конкретно две групи вътрешни поверителни документи, които FedEx изпратило на Комисията, едната преди изложението на възраженията от 19 октомври 2012 г., а другата след това изложение. Според UPS тези документи обяснявали защо Комисията е изоставила опасенията, първоначално изразени в изложението на възраженията по отношение на четиринадесет национални пазара.

160 Според UPS първата група се състои от 484 вътрешни документа на FedEx, които Комисията притежавала от 10 август 2012 г. Втората група се отнася до някои документи, които FedEx е представило на Комисията на 9 и 15 ноември 2012 г. във връзка с плановете си за разрастване, до които адвокатите на UPS твърдят, че са имали частичен достъп вследствие от процесуално-организационно действие, предприето от Общия съд на 11 април 2016 г. по делото, по което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) По достъпа до 484-те вътрешни поверителни документа на FedEx, приложени към преписката на 10 август 2012 г.

161 В точка 52 от исковата молба UPS изтъква, че Комисията, която разполагала с по-голямата част от вътрешните документи на FedEx от 10 август 2012 г., е можела да му предостави достъп до оневиняващите доказателства най-късно към момента на писмото с изложение на фактите. Тя обаче не го направила, като така явно и сериозно нарушила правото на защита. На етапа на репликата UPS иска от Общия съд да задължи Комисията да представи всички вътрешни документи на FedEx, с които разполага. В отговор на писмен въпрос в тази насока UPS се позовава на 484 вътрешни документа на FedEx относно проектите за разрастване на това предприятие.

162 Комисията по същество възразява, че спорното решение не се основава на никакъв документ на FedEx, до който UPS не е имало достъп, и че що се отнася до останалото, UPS не е поискало в хода на административното производство достъп до въпросните 484 документа.

163 Следва да се констатира, че страните са съгласни, че FedEx е предало въпросните 484 документа на 10 август 2012 г. в отговор на искане от 2 август 2012 г. на Комисията за информация. UPS не твърди, че тези документи не са включени в номерирания списък на документите, от които се състои преписката. В бележка под линия 49 от приложение A.14 към исковата молба UPS посочва, че е успяло да установи съществуването на тези документи, когато се е запознало с неповерителното писмо на адвокатите на FedEx от 10 август 2012 г., съпровождащо предаването на въпросните документи (документ с

референтен номер ID 6459). Макар в съдебното заседание да не уточнява на коя дата е узнало за съществуването на тези документи, UPS заявява, че е поискало достъп до тях в хода на административното производство и че за целта е сезирало служителя по изслушването на 30 октомври 2012 г.

164 Следва обаче да се констатира, че в искането за достъп до преписката, което UPS изпраща до ГД „Конкуренция“ на 25 октомври 2012 г., изобщо няма позоваване на тези документи. В искането си UPS моли достъп до 1122 документа, изхождащи от трети лица, които не са били оповестени, без Комисията да се е обосновала защо, от 7299-те документа, съдържащи се в описа на административната преписка.

165 С имейл от 25 октомври 2012 г. Комисията отговаря на UPS, че от всички документи, които се съдържат в преписката и до които UPS има право на достъп след изложението на възраженията, само 323 документа са недостъпни поради търговски тайни, а други 1177 документа са достъпни в неповерителния им вариант.

166 Следва да се приеме за установено, че в искането си от 30 октомври 2012 г. до служителя по изслушването, освен заявленията за достъп до някои конкретни документи, индивидуализирани с референтния им номер или поне годни да бъдат индивидуализирани, UPS просто с общи формулировки се позовава на правото си да се запознае „пряко или чрез правните си представители с всяко потенциално оневиняващо доказателство, съдържащо се в преписката на Комисията, и по-специално с вътрешните данни за стратегията на FedEx“.

167 UPS обаче не само няма такова неограничено и абсолютно право на достъп до поверителната информация, съдържаща се в преписката, но и не е имало основание да очаква служителят по изслушването да изтълкува това мъгляво и абстрактно искане в смисъл, че визира конкретно 484-те документа, приложени от FedEx в отговора му от 10 август 2012 г. на въпросите на Комисията.

168 UPS не е доказало, че при по-нататъшното развитие на административното производство е поискало достъп до въпросните 484 документа нито в заявлението за достъп, изпратено до Комисията на 26 ноември 2012 г., нито в това от 4 януари 2013 г. в отговор на писмото с изложение на фактите.

169 От изложеното следва, че след като не е доказало, че е направило искане в този смисъл, UPS не е упражнило правото си на достъп до 484-те документа, които FedEx е изпратило на Комисията на 10 август 2012 г. и които са били приложени към преписката при условията, предвидени в член 3, параграф 7 от Решение 2011/695.

170 Всъщност Общият съд вече е отхвърлил в контекста на производства по прилагане на член 101 ДФЕС основание за отмяна, с което се твърди нарушение на правото на достъп до преписката, по съображение че страната, която го излага, не е упражнила това право в хода на административното производство (решение от 9 декември 2014 г., SP/Комисия, T-472/09 и T-55/10, EU:T:2014:1040, т. 294). Общият съд е постановил също, че страната, която узнае по време на административното производство, че Комисията разполага с документи, които биха могли да бъдат от полза за нейната защита, е длъжна да представи на институцията изрично искане за достъп до тези документи. Пропускът да се действа по този начин по време на административното производство преклудира правото на жалба за отмяна, която евентуално ще бъде подадена срещу окончателното решение (решения от 15 март 2000 г.,

Cimenteries CBR и др./Комисия, T-25/95, T-26/95, T-30/95—T-32/95, T-34/95—T-39/95, T-42/95—T-46/95, T-48/95, T-50/95—T-65/95, T-68/95—T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 и T-104/95, EU:T:2000:77, т. 383, и от 26 април 2007 г., Bolloré и др./Комисия, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 и T-136/02, EU:T:2007:115, т. 49 и 59).

171 Тези разрешения са приложими към иска за обезщетение за вредите, произтичащи от твърдяно нарушение на правото на достъп до преписката в рамките на производство за контрол върху концентрация. Страната, уведомила за дадена концентрация, която не сезира ГД „Конкуренция“ и след това, в случай на отхвърляне на искането ѝ за достъп до преписката, служителя по изслушването, няма как да претендира впоследствие, че отговаря на условията за обезщетяване за вреда, която предполагаемо произтича от нарушението на правото на достъп, при положение че не е упражнила това право своевременно и по предписания начин.

172 Ето защо следва да се отхвърлят доводите на UPS за нарушение на правото на достъп до 484-те вътрешни поверителни документа на FedEx, изпратени на Комисията на 10 август 2012 г.

ii) По достъпа до документите, изпратени от FedEx на 9 и 15 ноември 2012 г.

173 Уместно е да се припомни, че в изложението на възраженията от 19 октомври 2012 г. Комисията е приела (вж. по-специално раздели 7.1.3.2 и 7.1.3.7 от изложението), че една от причините, поради които FedEx не е конкурент, достатъчно мощен да неутрализира последиците от операцията между UPS и TNT, е слабото покритие на мрежата му в сравнение с мрежите на неговите конкуренти. В раздел 7.1.3.8 от това изложение Комисията също така отбелязва, че скорошните придобивания и плановете на FedEx за разрастване не биха позволили на FedEx да настигне основните си конкуренти в близко бъдеще. Въз основа на тези обстоятелства в раздел 7.1.3.9 от изложението Комисията заключава, че позицията на FedEx е твърде слаба, за да упражни значителен конкурентен натиск, който да позволи да се противодейства на отрицателните последици за конкуренцията от планираната концентрация.

174 От данните в преписката е видно, че с имейл от 26 октомври 2012 г. Комисията е изпратила до FedEx искане за допълнителна информация във връзка с инфраструктурата на това предприятие. Целта на това искане, което трябва по-специално да осведоми Комисията за плановете на FedEx за разрастване, е по-конкретно да се получи за всяка страна от ЕИП:

– карта с местонахождението на инфраструктурата, използвана от FedEx за доставката на малки пакети, както и с инфраструктурата, чието използване е планирано преди края на 2015 г.,

– списъкът на подизпълнителите, използвани за събиране и доставка на малки пакети (pick up and delivery, по-нататък „PUD“), както и на подизпълнителите, които FedEx възнамерява да ангажира преди края на 2015 г., като за всеки от тях се посочат местоположението и зоната на обслужване. Тази информация е трябвало да се предостави под формата на таблица, организирана по рубрики, които дават възможност да се индивидуализира и локализира всяко предприятие и да се набавят данни за неговата позиция и за тежестта му в мрежата на FedEx (въздушна, наземна или местна), като се посочат в частност капацитетът му за обработване през 2011 г., зоната му на

обслужване, броят на обслужваните трасета, дневното движение на камионите и размерът на автопарка превозни средства за доставка. Комисията иска FedEx да уточни и предвидената дата за започване на планираните дейности от инсталации, които все още не са оперативни.

175 Целта на това искане е да се допълни информацията, на която се базира временният анализ на Комисията, който е поместен в изложението на възраженията и се отнася до конкурентното положение на FedEx на пазара на експресни доставки в рамките на ЕИП.

176 В отговор на 9 ноември 2012 г. FedEx изпраща на Комисията поисканите карти и таблици. На 15 ноември 2012 г. FedEx представя преработен вариант на тези документи.

177 Безспорно е, че Комисията не е изпратила тези документи на UPS в административното производство. Едва в съдебното производство, в което е постановено решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), в крайна сметка UPS успява да се запознае с тези документи в неповерителния им вариант след процесуално-организационно действие, предприето от Общия съд на 11 април 2016 г.

178 При тези условия в съдебното заседание Комисията изтъква, че в тази насока може да бъде изключено всякакво нарушение на правото на защита на UPS, тъй като UPS не сезирало служителя по изслушването, за да оспори отказа на ГД „Конкуренция“. Комисията подчертава, че този отказ е от 11 януари 2013 г., а UPS е можело да се обърне към служителя по изслушването до 18 януари 2013 г. — датата на заседанието на консултативния комитет, но UPS не направило това.

179 Действително, UPS е упражнило правото си на достъп до преписката, тъй като на 4 януари 2013 г. в отговора си на писмото с изложение на фактите е подало до ГД „Конкуренция“ искане за ограничен достъп в компютърна зала, като предмет на това искане са по-специално отговорите на искания за информация с номера Q30 и Q31.

180 От преписката обаче става ясно, че UPS не е сезирало служителя по изслушването за отказа на ГД „Конкуренция“ от 11 януари 2013 г., при все че UPS е имало срок, който съгласно член 18, параграфи 1 и 3 от Регламент № 139/2004 и член 17, параграф 1 от Регламент № 802/2004 е предвидено да изтече на датата на заседанието на консултативния комитет, или в настоящия случай — на 18 януари 2013 г. Освен това UPS не твърди, че при тези правила е налице каквато и да било незаконосъобразност.

181 При тези условия се налага изводът, че след като не е сезирало служителя по изслушването с искане за достъп до преписката, UPS няма как впоследствие да твърди, че отговаря на условията за получаване на обезщетение за предполагаеми вреди, резултат от нарушението на това право, което то не е упражнило своевременно и по предписания начин.

182 От изложеното следва, че доводите на UPS за нарушение на правото му на достъп до отговорите на FedEx от 9 и 15 ноември 2012 г., са необосновани.

183 Освен това, след като UPS не е сезирало предварително ГД „Конкуренция“ или, в случай на отказ, служителя по изслушването, с искане за достъп до 484-те вътрешни поверителни документа на FedEx, изпратени на Комисията на 10 август 2012 г., и с искане за достъп до отговорите на FedEx от 9 и 15 ноември 2012 г., не се налага да се уважи искането на UPS за процесуално-организационни действия във връзка с представянето на тези документи.

б) По неизпълнението на задължението за мотивиране

184 Според UPS Комисията не е мотивирала в достатъчна степен спорното решение досежно необходимия доказателствен стандарт, за да отграничи — въз основа на анализа на последиците от концентрацията върху цените, на ефективността и на конкурентоспособността на FedEx — петнадесетте национални пазара, които съществено възпрепятстват ефективната конкуренция, от останалите четиринадесет национални пазара. Ето защо нито UPS, нито Общият съд били в състояние да проверят как, изхождайки от тези три фактора, Комисията е направила разграничение между тези пазари, както и да преценят дали изводите относно близостта на конкуренцията са обосновани. UPS твърди, че наистина непълнотата на мотивите сама по себе си не води до вреди, но в конкретния случай такава непълнота подчертава тежкото неспазване от страна на Комисията на принципа на върховенство на правото.

185 Комисията възразява, че непълнотата на мотивите не може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

186 Уместно е да се припомни, че за да прецени дали твърдяната нередност може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза, Общият съд трябва да е в състояние да разбере обхвата на твърдяното нарушение. Всъщност ищецът трябва да докаже укоримото поведение, тъй като иначе оплакването ще е недопустимо. Доводите на UPS в точка 73 от исковата молба обаче не позволяват да се установи с какво твърдяното неизпълнение на задължението за мотивиране представлява достатъчно съществено нарушение. При това положение настоящото оплакване е недопустимо.

187 Във всеки случай следва да се отбележи, че доводите на UPS в точка 73 от исковата молба за липсата на мотиви на практика се смесват с доводите, развити с цел да се докаже незаконосъобразността на несъобщаването на критериите за оценка на ефективността, на преценката на последиците от концентрацията върху цените и на конкурентната противотежест, която може да бъде упражнена от FedEx. Според UPS в преценката на операцията между него и TNT са налице грешки в анализа на последиците от концентрацията върху цените и ефективността, разлика в третирането в сравнение с операцията между FedEx и TNT, както и грешки в преценката на положението на FedEx. Така UPS твърди наличие на едно или повече достатъчно съществени нарушения, доколкото Комисията констатира в спорното решение, че е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция на пазарите на разглежданите услуги в петнадесет държави членки.

188 В тази насока е важно да се припомни, че предвиденото в член 296 ДФЕС задължение за мотивиране представлява съществено процесуално изискване, което трябва да се разграничава от въпроса за обосноваността на мотивите, от която зависи материалната законосъобразност на спорния акт. Всъщност мотивите на едно решение представляват формален израз на съображенията, на които се основава това решение. Ако съображенията не са обосновани или са неправилни, тези пороци засягат материалната законосъобразност на решението, а не мотивите му (решение от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 181).

189 Нарушението на съществеността процесуално изискване за мотивиране на актовете на Съюза не може да доведе до имуществена вреда, различна от вредата, която произтича от липсата на основание на въпросния акт. Евентуалната непълнота в мотивите на даден акт на Съюза

по принцип сама по себе си не може да ангажира отговорността на Съюза (вж. в този смисъл решения от 30 септември 2003 г., Eurocoton и др./Съвет, C-76/01 P, EU:C:2003:511, т. 98 и цитираната съдебна практика, и от 10 септември 2019 г., HTTS/Съвет, C-123/18 P, EU:C:2019:694, т. 103).

190 С оглед на предходното следва да се отхвърлят доводите на UPS за неизпълнение на задължението за мотивиране и да се разгледат доводите на UPS за грешки в преценката на планираната операция.

в) По грешките в преценката на планираната операция

191 UPS поддържа, че в преценката на операцията между него и TNT са налице грешки в анализа на последиците от концентрацията върху цените и ефективността, разлика в третирането в сравнение с операцията между FedEx и TNT, както и грешки в преценката на положението на FedEx, които — взети заедно или поотделно — са ангажирали извъндоговорната отговорност на Съюза.

1) По анализа на последиците от концентрацията върху цените

192 UPS твърди два вида грешки, засягащи възприетия от Комисията модел. Става въпрос, от една страна, за неотчитане на някои данни на FedEx, и от друга, за грешки при разработването на иконометричния модел на Комисията.

i) По неотчитането на някои данни на FedEx

193 Според UPS Комисията изключва някои данни на FedEx, които все пак са полезни за моделирането на последиците от концентрацията върху цените. Въпреки че целта на анализа на концентрацията върху цените била да се предвиди отражението върху цените за 2015 г., Комисията взела предвид данните на FedEx за 2012 г. Тя обаче разполагала с информация относно проектите на FedEx до 2015 г., но не я взела предвид. Без тази явна грешка моделът нямало да покаже почти никакво повишение на цените в тринадесет от петнадесетте държави, в които Комисията заключава, че е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция. Ако Комисията била използвала данните, с които разполага, тя щяла да констатира, че е невъзможно надеждно да се предвиди увеличение на цените и че отрицателното решение е лишено от основание.

194 Следва да се констатира, че за да изчисли отношението между равнището на концентрация и наблюдаваните цени, Комисията се основава на наличните данни към момента на разработване на модела, т.е. през 2012 г. Що се отнася по-конкретно до променливата за концентрация, Комисията отчита равнището на покритие на съответните мрежи на конкурентите, наблюдавано към съответния момент, за да създаде негова вярна картина. Включването в тези данни на прогнозна информация, която по естеството си е чисто хипотетична, като предвижданията на FedEx относно разширяването на мрежата му след близо три години, е щяло да създаде допълнителна несигурност, трудно съвместима с целта да се стигне до надежден модел. Това обаче не означава, че тези данни не са релевантни за целите на анализа на планираната концентрация, тъй като при общия си или „качествен“ анализ Комисията е разгледала способността на FedEx в бъдеще да бъде конкурентен противовес на субекта, резултат от планираната концентрация. При тези

условия доводите на UPS за неотчитането, за целите на иконометричния модел, на предвижданията на FedEx относно разширяването на мрежата му до 2015 г., трябва да се отхвърлят.

ii) По грешките при разработването на иконометричния модел на Комисията

195 UPS поддържа, че Комисията не се е съобразила с границите, наложени на свободата ѝ на преценка, като е използвала модел, който съществено се отклонява от обичайната иконометрична практика, при която един и същ модел се използва в двата етапа на анализа. Комисията използвала на етапа на прогнозирането модел, различен от използвания на етапа на изчисляването.

196 UPS по същество твърди, че като е използвала дискретна променлива за концентрация — т.е. под формата на цяло число — на етапа на изчисляването, но непрекъсната — под формата на десетична дроб — на етапа на прогнозирането, Комисията е допуснала явна и сериозна грешка, която накърнява надеждността на модела като цяло. За да предвиди последиците от концентрацията, Комисията се основала на модел, който противоречал на практиката в тази област и за който нямало емпирични съображения. При аналогични обстоятелства никоя действаща разумно и полагаща дължимата грижа администрация нямало да предвиди последиците от концентрацията върху цените въз основа на такъв модел.

197 В подкрепа на твърденията си UPS се позовава на два доклада на експерти по иконометрия и преподаватели по икономика в Съединените американски щати, съответно в Чикагския университет и в Massachusetts Institute of Technology. Тези доклади, съответно от 30 ноември 2017 г. и от 1 декември 2017 г., първоначално са изготвени по искане на UPS, за да подпомогнат това дружество по делото, по което е постановено решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), а впоследствие са включени в приложението към исковата молба по настоящото производство (приложения A.8 и A.9 към исковата молба). На етапа на репликата UPS представя още две становища на тези експерти (приложения C.1 и C.2 към репликата).

198 Според същите експерти използваният от Комисията модел е неинтуитивен, не е стандартен и е произволен. Всъщност от двата доклада е видно, че обичайно следваната методология за моделите, с които трябва количествено да се определят предвидимите последици от дадена концентрация върху равнището на цените, се състои в използването на един и същ модел на всеки от двата етапа, а не на различен модел на всеки от тези етапи.

199 В двата доклада се критикува и обстоятелството, че използваният от Комисията модел на прогнозиране не е бил тестван, което представлявало отклонение от обичайно използваните методи за разработване на иконометрични модели.

200 За да обори тези документи, Комисията не е представила допустими експертни доклади по време на устните състезания. Тя обаче изтъква, че въпросът дали моделът съответства на обичайната иконометрична практика е ирелевантен за целите на иска по настоящото производство. От значение бил единствено въпросът дали с оглед на фактите в конкретния случай съчетанието от дискретна променлива за концентрация на етапа на изчисляването и непрекъсната променлива за концентрация на етапа на прогнозирането, представлява достатъчно съществено нарушение на правото на Съюза. За да се отговори на този въпрос, трябвало да се определи дали тази комбинация е приемлива с оглед не на

обичайната практика, следвана за иконометричните модели, а на конкретните обстоятелства около разглежданата концентрация. Комисията признава, че като не е съобщила окончателния иконометричен модел на UPS, е допуснала процесуално нарушение, но същевременно поддържа, че в анализа ѝ на последиците от концентрацията върху цените не е допусната тежка грешка от материален характер и че използването на различни видове променливи в двата етапа на анализа не е достатъчно съществено, за да ангажира отговорността на Съюза.

201 Най-напред, що се отнася до обхвата на свободата на преценка, с която разполага Комисията, важно е да се припомни, че при контрола върху концентрациите Комисията разполага с известна свобода на действие при избора на иконометричните инструменти, с които разполага, както и при избора на подходящ подход за изучаване на даден феномен, стига този избор да не е в явно противоречие с признатите правила на икономическата дисциплина и да се прилага последователно (решение от 9 септември 2008 г., MyTravel/Комисия, T-212/03, EU:T:2008:315, т. 83).

202 По-нататък, следва да се приеме за установено, че определянето на иконометричния модел, с който трябва да се предвидят последиците от концентрацията върху равнището на цените, контролът върху данните, които го захранват, и различните етапи и тестове, необходими за разработването на този модел, се базират на избори, свързани с фактори, които са както технически, така и сложни — избори, които попадат в обхвата на свободата на преценка на Комисията.

203 Ето защо доводите на UPS относно съответствието на модела с обичайно следваната в тази област практика са релевантно обстоятелство, за да се провери дали е налице съществено нарушение на правото на Съюза. Както правилно подчертава Комисията обаче, не всяко отклонение от правилата, признати от съответната икономическа дисциплина, само по себе си е достатъчно, за да констатира наличие на достатъчно съществена нередност, която позволява да се ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

204 На следващо място, страните са съгласни, че в настоящия случай използваният от Комисията иконометричен модел има за цел, въз основа на наблюдаваните на съответния пазар данни за концентрацията и за равнището на цените, да установи на първи етап, т.нар. „изчисляване“, функция, която изяснява отношението между тези две променливи. След това на втория етап, т.нар. „прогнозиране“, е възможно да се определи ефектът от дадено изменение на равнището на концентрация върху равнището на цените, като се има предвид, че този ефект не е постоянен, а може да варира в зависимост от първоначалното равнище на концентрация.

205 Комисията твърди, че подходът, следван в рамките на нейния иконометричен модел, е оправдан с оглед на обстоятелствата и характеристиките на операцията между UPS и TNT. Досежно етапа на изчисляването тя пояснява, че е приела, че използването на непрекъсната променлива за концентрация поражда иконометрични трудности. За да разреши тези трудности в определените ѝ срокове, Комисията приема, че на етапа на изчисляването трябва да приложи дискретна променлива за концентрация, за да не се стигне до грешка с материален характер.

206 Уместно е обаче да се отбележи, че UPS не оспорва използването от Комисията на етапа на изчисляване на дискретна променлива за концентрация.

207 Колкото до етапа на прогнозирането, Комисията поддържа, че не е можела да прибегне до дискретната променлива, използвана на етапа на изчисляването. С три диапазона на концентрация подобна дискретна променлива щяла да доведе до непредвиждане на какъвто и да било ефект върху цените, когато промяната на равнището на концентрация остане в рамките на даден диапазон. Подобен резултат щял да е нереалистичен и да противоречи на наблюденията, направени на етапа на изчисляването. При тези условия Комисията изяснява, че е приела, че за да не допусне грешка с материален характер, не е имала друг избор, освен на етапа на прогнозирането да се върне към непрекъсната променлива, при все че на етапа на изчисляването е използвала дискретна променлива за концентрация. Според Комисията това разрешение е целесъобразно и разумно. Следователно не била налице нито фактическа грешка, нито — по аргумент на по-силното основание — съществена грешка, независимо дали този метод бил в съответствие с практиката в областта на иконометрията.

208 Комисията поддържа, че следователно твърдението на единия от експертите на UPS, че е променила коефициентите на модела между етапите на изчисляване и на прогнозиране, е невярно. Комисията твърди, че е използвала коефициентите, получени при изчисляването, и на етапа на прогнозирането ги е интерполирала. Интерполацията била хипотеза, добавена на етапа на прогнозирането. Целта на тази хипотеза на линейна интерполация на части била да допълни модела за изчисляване, за да се получи модел за прогнозиране. Линейният модел, използван на етапа на прогнозирането, бил форма на нелинейна функция.

209 Следва да се отбележи, че с тези доводи Комисията изяснява защо е решила да промени модела за изчисляване, за да предвиди последиците от концентрацията върху цените. Комисията признава, че е добавила няколко характеристики към модела, използван за изчисляването, за да може да направи прогнози, като използва непрекъсната променлива за концентрация. Оттук се налага изводът в съответствие с твърденията на експертите на UPS, че изчисляването и прогнозирането почиват на модели, които не са идентични.

210 Комисията не оспорва и твърденията на експертите на UPS, че не е следвала обичайната иконометрична практика, която обаче е в основата на правилата за най-добрите практики, определени от самата Комисия.

211 В тази насока следва да се констатира, че Комисията определя линията на действие, която възнамерява да следва за представянето на доказателства и събиране на икономически данни, като публикува документ SEC(2011) 1216 final от 17 октомври 2011 г., озаглавен „Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of 101 and 102 TFEU and in merger cases“ (Най-добри практики в областта на представянето на икономически доказателства и събиране на данни в случаите, свързани с прилагането на член 101 ДФЕС и член 102 ДФЕС [неофициален превод] (наричани по-нататък „най-добрите практики“), който придружава Известието на Комисията относно най-добрите практики за водене на производства, свързани с членове 101 и 102 от ДФЕС (ОВ C 308, 2011 г., стр. 6). Вече е постановено, че с тези известия Комисията се самоограничава в упражняването на своето право на преценка и не би могла да се отклони от тези правила, тъй като в противен случай ще бъде санкционирана, ако случаят е такъв, за нарушение на общи принципи на правото, като равното третиране или защитата на оправданите правни очаквания (вж. в този смисъл решения от 28 юни 2005 г., Dansk Rørindustri и др./Комисия, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P —C-208/02 P и C-213/02 P, EU:C:2005:408, т. 211 и от 13 декември 2012 г., Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, т. 28).

212 Най-добрите практики имат за цел да очертаят рамката на икономическия анализ, за да могат Комисията и юрисдикциите на Съюза да преценят неговата релевантност и значение. Те се прилагат по-специално към контрола върху концентрациите — както по отношение на страните в процедурата, така и по отношение на Комисията (т. 2 и 6 от най-добрите практики). Съгласно точка 15 от най-добрите практики икономически или иконометричен анализ, който не отговаря стриктно на стандартите, изложени в тези най-добри практики, обикновено има по-малка доказателствена стойност и може да не бъде взет под внимание.

213 Сред средствата, визирани от най-добрите практики, за да се гарантира ефективното използване на достоверни и относими доказателства, основно място заема спазването на стандартните техники на икономически или иконометричен анализ (т. 2 и 3 от най-добрите практики). Наред с качеството на данните (т. 20 и 33 от най-добрите практики), най-добрите практики визират и необходимостта да се приемат само хипотези, проверени и съгласувани спрямо характеристиките на разглеждания пазар, да се провери качеството на данните и на емпиричните методи, да се разгледат възможните алтернативи и устойчивостта на получените резултати (т. 3, 10, 13, 15, 24 и 26 от най-добрите практики). Неднократното споменаване на устойчивостта на резултатите, на чувствителността към промени в данните или на избора на емпиричен метод и на конкретните хипотези на моделиране (т. 15, 32, 40 и 41, както и раздели C и E от приложение 1 към най-добрите практики) разкриват значението, което Комисията придава на това понятие. По-специално раздел E от приложение 1 към най-добрите практики предвижда, че всяко емпирично изследване трябва да бъде придружено от задълбочен анализ за устойчивост и че икономическият модел по принцип трябва да бъде придружен от анализ за чувствителност, отнасящ се до ключовите променливи, доколкото може да се определи само вероятната, но не и точната стойност на всяка променлива.

214 В най-добрите практики особено значение се отдава и на прозрачността (вж. т. 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 и 43, както и раздели C и D от приложение 1 към най-добрите практики), която се счита за фактор за отчетност и надеждност (т. 6 и 43 от най-добрите практики). Така в тези практики се уточнява, че методологичните избори трябва да бъдат изяснени и мотивирани, за да станат видни техните предимства и недостатъци (т. 24, 26, 28 от най-добрите практики), но и техните ограничения (т. 43 от най-добрите практики). Използването на статистически техники, които се отклоняват от общоприетите методи, трябва да бъде подробно обосновано (т. 29 от най-добрите практики).

215 В случая Комисията не е спазила собствените си правила за най-добри практики, тъй като се е основала на нестандартен метод, основан на неизпитани и непроверени хипотези, не е проверила устойчивостта на получените от нея резултати и чувствителността на модела, нито е разкрила на страните тези избори и причините, които могат да ги обосноват. Уместно е да се отбележи контрастът между, от една страна, важността, която най-добрите практики придават на прозрачността, и от друга, начинът, по който в случая Комисията едностранно изменя модела на етапа на прогнозирането, без да разкрие на страните естеството на тези изменения. Това отклонение от принципите, произтичащи от най-добрите практики, впрочем се потвърждава от доводите на Комисията в настоящото производство, доколкото тя признава, че ако UPS бе могло да се запознае с преработения модел, навярно последващите обсъждания щяха да се отнасят до проблемите, свързани с тези изменения.

216 Въпреки тези фактори обстоятелството, че спорното решение отчасти се основава на иконометричния модел, не е достатъчно, за да се заключи, че е налице незаконосъобразност, която може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза. Комисията правилно подчертава, че иконометричният модел е само един от факторите, отчетени за целите на преценката на планираната концентрация. Колкото и да е полезен, за да подобри разбирането за начина, по който функционират засегнатите от планираната концентрация пазари, по самото си естество количественият анализ, основан на иконометричен модел, обикновено не може да бъде единственото доказателство в подкрепа на решение за несъвместимост. Както правилно подчертава Комисията в точка 12 от най-добрите практики, всъщност всеки модел се базира на опростяване на реалността. Това ограничение, вътрешноприсъщо на техниката на моделиране, означава на иконометричните изследвания да се придаде доказателствена стойност, която не може да се приравни на материалното доказателство за даден факт.

217 В случая, за да заключи, че е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция на петнадесет национални пазара въз основа на некоординирани последици, в спорното решение Комисията се основава, от една страна, на общ анализ на характеристиките на съответния пазар, и от друга, на количествен анализ, който позволява да се определи обхватът на предвидимите последици от концентрацията върху равнището на цените, след като включва в този анализ твърдяната ефективност.

218 В съответствие с точка 24 от Насоките контролът за наличието на некоординирани последици на олигополен пазар по същество изисква да се проверят, от една страна, преките последици от концентрацията върху стимулите на участниците в сливането да увеличат цените си, и от друга, последиците, които концентрацията може да породи за стимулите на останалите членове на олигопола да реагират на концентрацията, като увеличат цените си.

219 Комисията подчертава олигополната структура на релевантния пазар, от който DHL, UPS, TNT и FedEx заедно притежават между 90 % и 95 % (съображение 509 от спорното решение). DHL е най-големият конкурент от гледна точка на пазарен дял, географско покритие, развитост и гъстота на мрежата в рамките на ЕИП. TNT и UPS са близки конкуренти на DHL (съображения 626—630 от спорното решение). От друга страна, поради много по-ограничената си мрежа FedEx е твърде далеч, за да се конкурира в пълна степен с DHL, UPS и TNT (съображения 511—625, 631—635 и 702—711 от спорното решение).

220 Комисията приема, че концентрацията ще намали доставчиците от четирима на трима (съображения 712—714 от спорното решение), а на някои национални пазари — от трима на двама, предвид слабата позиция на FedEx (съображения 715—720 от спорното решение). Такъв е случаят с петнадесетте национални пазара, в които било налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, на следните държави членки: Чешката република (съображение 1061 от спорното решение), Дания (съображение 1135 от спорното решение), Естония (съображение 1186 от спорното решение), Латвия (съображение 1359 от спорното решение), Литва (съображение 1411 от спорното решение), Малта (съображение 1430 от спорното решение), Полша (съображение 1627 от спорното решение), Словения (съображение 1788 от спорното решение), Словакия (съображение 1734 от спорното решение), Финландия (съображение 1226 от спорното решение) и Швеция (съображение 1839 от спорното решение).

221 На четири национални пазара, на които било налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция (Чешката република, Дания, Литва и Нидерландия), образуваният от UPS и TNT субект щял да стане лидер на пазара с пазарен дял над 50 % (съображения 1048 и 1049, 1121, 1393—1094 и 1502—1503 от спорното решение).

222 Освен това Комисията констатира, че релевантният пазар се характеризира със съществуването на високи бариери за навлизане и за разрастване. Поради необходимостта да се изгради инфраструктура в цялото ЕИП и да се разполага с центрове за сортиране и за компютърни мрежи, за събиране и доставка, както и с въздушен и сухопътен транспорт, като тези пречки са кумулативни, през последните 20 години на пазара не се появява нов голям участник. Въз основа на тези фактори Комисията приема, че нито плановете за разрастване на FedEx (съображение 783), нито тези на останалите оператори (съображения 784—787) позволяват да се противодейства на антиконкурентната стратегия, ако има такава, приложена от участниците в концентрацията (съображение 788).

223 Комисията констатира също, че клиентите нямат достатъчна компенсаторна покупателна мощ, за да противодействат на увеличаването на цените на пазара след концентрацията (съображения 791—799 от спорното решение).

224 Тези фактори, които спадат към общата преценка на концентрацията, са свързани главно със структурата на пазара и не са оспорени от UPS. Те позволяват да се релативизира значението на съображенията, които са изложени в съображения 721—740 от спорното решение и се отнасят до количественото изразяване на предвидимите последици на концентрацията върху равнището на цените.

225 Уместно е да се подчертае също, че през призмата на особеностите на определени национални пазари стават видни някои ограничения на анализа на последиците от концентрацията върху цените. Например Комисията посочва, че моделът не позволява да се разберат особеностите нито на нидерландския, нито на шведския пазар (съображения 1545 и 1844—1845 от спорното решение).

226 При тези условия твърдението на UPS, че при липсата на нередностите, засягащи анализа на последиците от концентрацията върху цените, никой орган за защита на конкуренцията нямало да се противопостави на планираната операция, се основава на неправилно тълкуване на спорното решение. Обратно на твърдяното от UPS, фактът, че Комисията е използвала модел, в който са налице нередности, сам по себе си не е достатъчен, за да се заключи, че тези нередности са достатъчно съществени, за да могат да ангажират извъндоговорната отговорност на Съюза.

227 Следва да се има предвид и полезността на иконометричните модели, в частност при контрола върху концентрация, която може да доведе до некоординирани последици на олигополен пазар. Комисията трябва да има свобода на действие, за да не бъдат парализирани действията ѝ или изключено използването на такива количествени инструменти, които поради строгостта и обективността си спомагат за качеството на икономическия анализ.

228 С оглед на всички тези фактори и след като бяха претеглени наличните интереси, следва да се заключи, че твърдените от UPS нередности по отношение на иконометричния модел на Комисията не са достатъчно съществени, за да ангажират извъндоговорната отговорност на Съюза. Ето защо доводите на UPS трябва да бъдат отхвърлени.

2) По ефективността

i) Предварителни бележки

229 UPS поддържа, че при анализа на ефективността в спорното решение е налице незаконосъобразност, която представлява достатъчно съществено нарушение. Никой нормално предпазлив и полагащ дължимата грижа орган за защита на конкуренцията нямало да заключи, че естеството и количеството на представените в административното производство доказателства не допускат да се приеме, че има известна логика да се очаква тази ефективност да се материализира по смисъла на точка 86 от Насоките.

230 Според UPS, ако Комисията беше приела наличието дори само на част от твърдяната ефективност, освен 65-те милиона евро като синергия, що се отнася до въздушния транспорт и услугите по наземно обслужване в Европа, тя нямаше как да забрани операцията въпреки неправилния си и нестандартен анализ на последиците от концентрацията върху цените. Ако Комисията била оценила операцията между него и TNT по същата методология като използваната в делото относно операцията между FedEx и TNT, тя трябвало да приеме наличието на по-голяма част от твърдяната синергия.

231 UPS оспорва, че тежестта на доказване във връзка с ефективността се носи изцяло от страната, уведомила за дадена концентрация. То счита, че подобно тълкуване би позволило на Комисията да отхвърли всякакви твърдения за наличие на синергия, без да даде обяснения.

232 Както бе посочено по-горе при разглеждането на оплакванията за несъобщаване на критериите за оценка на ефективността, страната, уведомила за дадена концентрация, трябва да представи конкретни и убедителни доказателства, които позволяват, доколкото е възможно, да се изрази количествено очакваната ефективност, отделно от задължението на Комисията да проучи внимателно и безпристрастно всички релевантни аспекти и да мотивира в достатъчна степен своята преценка. Ето защо доводите на UPS за нарушение на правилата, които уреждат тежестта на доказване, са необосновани.

ii) По оценката на твърдяната от UPS ефективност

233 UPS поддържа, че ако е можело да се запознае с критериите, въз основа на които по-голямата част от очакваната от него синергия, която да се постигне от операцията между UPS и TNT, е била отхвърлена като непроверима от Комисията, UPS е щяло да може да я убеди в наличието на тази ефективност.

234 Тези доводи обаче вече бяха отхвърлени след разглеждането на оплакванията за несъобщаване на критериите за оценка на ефективността.

235 UPS добавя, че тази синергия била основанието за съществуването на проекта му за придобиване на TNT. Тъй като мрежите на тези предприятия били допълващи, UPS твърди, че е щяло да успее да намали разходите си и да се конкурира по-ефикасно с DHL, основния му съперник на европейския пазар. При преговорите си неговият управителен съвет и този на TNT предвидили — въз основа на анализ на експерти, консервативно и в

съответствие с нидерландското законодателство — постигането на синергия на стойност между 400 и 550 милиона евро годишно (средно 503 милиона евро годишно), изчисление, отразено в цената на публичната оферта за придобиване от по 9,50 EUR за акция.

236 UPS посочва, че е представило тези прогнози на Комисията, за да бъдат отчетени от нея при преценката ѝ относно планираната концентрация, в съответствие с член 2, параграф 1, буква б) от Регламент № 139/2004 и точка 76 и сл. от Насоките. Комисията обаче се съгласила да отчете само синергията, свързана с европейската въздушна мрежа и с наземното обслужване през първите три години след сключването на сделката, в размер на 65 милиона евро годишно.

237 UPS твърди, че като е отхвърлила по този начин остатъка от 438 милиона евро годишно като синергия със съображението, че тази синергия е непроверима, Комисията допуснала сериозна грешка в преценката.

238 UPS упреква Комисията, че не е отчела следните хипотези на синергия, разгледани по-подробно по-долу:

– въздушна мрежа и наземно обслужване в Европа (четвърта година): 43 милиона евро,

– административни разходи: 210 милиона евро,

– трансатлантически въздушен транспорт: 25 милиона евро,

– въздушен транспорт за чужда сметка: 33 милиона евро,

– автомобилен превоз по мрежови линии между възлови летища и контактни линии: 22 милиона евро,

– инсталации: 17 милиона евро,

– мрежа за PUD (наричана по-нататък „мрежата PUD“): 40 милиона евро,

– външни доставки на услуги: 48 милиона евро.

239 UPS счита, че дори само малка част от отхвърлената ефективност да е била приета за проверима, ясно е, че нямало да има и най-малкото основание за приемане на решение за забрана.

– *По въздушната мрежа и наземното обслужване в Европа (четвърта година)*

240 UPS критикува Комисията, че в съображение 905 от спорното решение е отхвърлила синергията, свързана с въздушната мрежа и с наземното обслужване, след периода от три години след концентрацията между него и TNT, по съображение че такъв времеви хоризонт предполага по-голяма несигурност и по-бавни печалби за потребителите. Тази преценка била явно неправилна и противоречива, защото в съображение 902 от това решение Комисията признала, че синергията ще е същата през четвъртата година, отразявайки поетапното осъществяване на интеграцията.

241 За отговора на тези доводи следва да се припомни, че отчитането на твърдяната синергия по дефиниция се състои в оценяването на настоящата стойност на бъдещи потоци под формата на повишения или икономии — оценка, която задължително зависи от времевия хоризонт и от вероятността да се реализират тези повишения или икономии. Така в точки 83 и 87 от Насоките се подчертава, че по принцип колкото по-късно се очаква да се материализира ефективността в бъдеще, толкова по-малко значение ще може да ѝ отдаде Комисията или да я смята за вероятна. В съображения 905 и 906 от спорното решение Комисията решава да сведе отчитането на очакваната ефективност по принцип до първите три години. За сметка на това, при общата си оценка Комисията декларира, че отчита предвижданията за четвъртата година, като намалява тежестта, която следва да им бъде дадена предвид несигурността и сложността на интегрирането на въздушните мрежи и наземните услуги.

242 Доводите на UPS се състоят главно в твърдението, че надеждността на прогнозите му за бъдеща ефективност е по-голяма от тази, която Комисията реално ѝ е признала. Предвид несигурността на тези печалби и на времевия хоризонт, посочен от UPS, никой от доводите му обаче не допуска да се заключи, че Комисията е допуснала достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която трябва да се предоставят права на частноправни субектите — нарушение, което може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

– *По административните разходи*

243 Според UPS синергията в административен аспект произтича от съчетаването, що се отнася до него и до TNT, на седалищата и на основните централни функции в Европа. Очакваната ефективност трябвало да достигне сумата от 210 милиона евро за четири години чрез намаляване на общия брой на персонала с 11 % за мениджърите и с 12 % за административните служители, като тези цели били по-ниски от постигнатите по-рано от него.

244 В съображение 891 от спорното решение Комисията игнорирала тези икономии със съображението, че те се отнасят до фиксирани разходи, които не могат да бъдат прехвърлени върху потребителите. UPS счита тази логика за неправилна и противоречива. След като Комисията използвала процент на прилагане на ефективността в размер на 67 % към общите средни разходи (променливи разходи и фиксирани разходи), тя трябвало да приложи този процент към административните разходи и да приеме, че 67 % от реализираните икономии ще се прехвърлят върху потребителите, а останалата част ще бъде поета от UPS. Обратно, ако в съответствие със съображение 891 от спорното решение Комисията искала да откаже да приложи този процент към фиксираните разходи, тя била длъжна за съгласуваност да прибегне до по-висок процент на прилагане към променливите разходи. Това щяло да доведе до по-голяма ефективност за UPS и до намаляване на броя на пазарите, в които потенциално е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция.

245 Следва обаче да се припомни, че в съображение 891 от спорното решение Комисията по същество признава, че от счетоводна гледна точка административните разходи могат да се разпределят между различните национални услуги и пазари съобразно обемите обработвани колетни пратки. От икономическа гледна точка обаче този начин на разпределяне не позволява да се определи как тези фиксирани разходи допринасят за установяването на цената на всеки допълнителен договор. Тъй като счита, че отговорът на

въпроса доколко икономиите от административни разходи могат да повлияят върху цените на релевантните продукти, за да обосноват тяхното отчитане, е несигурен, в съображение 892 от спорното решение Комисията приема, че тези икономии, както са представени от UPS, са непроверими и поради това няма как да бъдат взети предвид. Пак от това съображение от спорното решение следва, че мотивите за отражението върху потребителите на икономии, свързани с административните разходи, са представени само субсидиарно, в случай че тези икономии са проверими.

246 По естеството си синергията, свързана с намаляването на административните разходи вследствие на сливането, се изразява в намаляване на фиксираните разходи на предприятието. Както се подчертава в точка 80 от Насоките, всъщност повишаването на ефективността, което води до намаление на променливите или пределните разходи, е по-вероятно да бъде релевантно на оценката на ефективността, отколкото редуцирането на фиксираните разходи; по принцип е по-вероятно първите да доведат до по-ниски цени за потребителите. Ето защо Комисията не е допуснала грешка, като е отхвърлила наличието на синергия, свързана с намаляването на административните разходи, с мотива че те не са релевантни за целите на преценката на ефективността. Тъй като критиката на UPS относно отражението на тези икономии върху потребителите е насочена срещу субсидиарни преценки, тя е ирелевантна и трябва да бъде отхвърлена.

247 Оттук следва, че никой от посочените от UPS фактори относно ефективността, свързана с намаляването на административните разходи, не допуска да се приеме, че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която трябва да се предоставят права на частноправните субекти — нарушение, което може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

– *По трансатлантическия въздушен транспорт*

248 UPS критикува преценката, с която в съображения 882 и 883 от спорното решение Комисията игнорира икономиите, изчислени на 25 милиона евро, що се отнася до трансатлантическия въздушен транспорт, с мотива че това изчисление не било проверено. UPS припомня, че смятало да премахне единствения трансатлантически маршрут на TNT между Лиеж (Белгия) и Ню Йорк (Съединени американски щати), тъй като разполага с достатъчен капацитет, за да покрие 75 % от обема на тази линия. Комисията отхвърлила изчисленията, довели до оценка от 25 милиона евро, с мотива че те се основават на хипотезата, че TNT експлоатира Boeing 767, докато в действителност то експлоатирало Boeing 777. Доколкото обаче разходите за Boeing 777 били по-високи от тези за Boeing 767, реализираните икономии били още по-големи.

249 При все това, важно е да се отбележи, че в съображения 881—883 от спорното решение Комисията не отхвърля наличието на твърдяната ефективност. Тя приема, че тази ефективност е непроверима, защото UPS е основало изчисленията си на положението на мрежата на TNT през 2007 г., без да отчете факта, че впоследствие TNT е използвало самолети с по-голям капацитет.

250 За да докаже, че тази преценка е неправилна, UPS прилага към исковата молба множество изчисления като доказателство за мащаба на очакваната от него ефективност на синергията, резултат от трансатлантическия въздушен транспорт. Следва обаче да се констатира, че тези доказателства не са били представени на Комисията в административното производство, независимо че в точка 725 от изложението на

възраженията се обръща внимание на UPS, че е трудно да се проверят изчисленията му на ефективността. Така UPS представя няколко таблици с изчисления относно използването на капацитета му за трансатлантически въздушен транспорт през 2012 г., които по признание на самото UPS не са били представени в административното производство. В административното производство обаче UPS е трябвало да представи доказателства не само за наличието на твърдяната от него ефективност, но и за проверимите данни, на които то се основава, за да я остойности. Доводите на UPS относно трансатлантическите въздухоплавателни услуги са необосновани и трябва да се отхвърлят.

– *По транспорта за чужда сметка*

251 UPS смятало да реализира икономии, като превозва на собствените си самолети пратките, които TNT превозвало с търговски полети, извършвани от трети лица. В съображение 889 от спорното решение Комисията игнорирала тези икономии, защото UPS не доказало, че може да поеме обема на TNT със собствените си самолети. UPS критикува Комисията за това, че не е повдигнала този въпрос в административното производство, въпреки че то разполагало с всички данни, за да даде убедителен отговор.

252 Обратно на твърдяното от UPS, не Комисията е трябвало да го покани да представи доказателствата в подкрепа на твърдяната ефективност. UPS е било длъжно да представи доказателства не само за наличието на твърдяната от него ефективност, но и за проверимите данни, на които то се основава, за да я остойности. Доводите на UPS относно трансатлантическите въздухоплавателни услуги са необосновани и трябва да се отхвърлят.

– *По автомобилния превоз по мрежови линии*

253 Според UPS планираното придобиване е щяло да му позволи да рационализира автомобилната му мрежа за транспорт на дълги разстояния в рамките на ЕИП, като я съчетае с мрежата на TNT чрез неговия логистичен модел „hub feeder network optimisation model“ (модел за оптимизиране на мрежата с център за събиране, наричан по-нататък „моделът HFNO“), приложен към данните за три пазара (Германия, Италия и Обединеното кралство), които представлявали добра извадка от мрежите на различните европейски пазари. В съображения 866 и 867 от обжалваното решение Комисията игнорирала тези икономии с мотива, че представената обосновка е непълна и неубедителна. UPS оспорва тази преценка. То твърди, че изчисленията относно бъдещата му единна мрежа били солидни, разумни и надеждни. UPS посочва, че е успяло консервативно да изчисли, че синергията при разходите е от порядъка на 15 %. Макар да трябвало да я измени в светлината на представените от TNT данни, UPS все пак счита, че така наблюдаваните разлики не са съществени и се обясняват с методологични различия между него и TNT.

254 Комисията оспорва тези твърдения. Тя поддържа по-специално че UPS твърди, но не доказва, че пазарите в Германия, Италия и Обединеното кралство представляват „добра извадка“, след като изобщо липсват доказателства, позволяващи да се провери истинността на това твърдение.

255 В тази насока се налага изводът, че съгласно съображения 865 и 866 от спорното решение твърдяната ефективност е била изчислена от UPS чрез модела му HFNO въз основа на данните за три национални пазара. Според UPS тези резултати могат да се екстраполират

върху всички останали пазари, но UPS не посочва причина за това. Така Комисията по същество твърди липса на доказателства за представителността на извадката, използвана от UPS.

256 Оказва се обаче, че в отговора си на изложението на възраженията UPS е представило документ (приложение 4.8 от изложението на възраженията), който обяснява причините, довели до избора на трите национални пазара, от които се състои извадката. Всъщност от този документ е видно, че тези пазари илюстрират три примера за отношението между обемите на UPS и на TNT, а именно по-големи (Германия), по-малки (Италия) и еднакви обеми (Обединеното кралство). След това тези три пазара са моделирани като единна мрежа. При тези условия Комисията няма как да претендира, че UPS не е представило в административното производство обяснения за методологията, използвана за подбора на извадка от трите пазара, които според него са представителни.

257 Ако се остави настрана тази грешка, следва да се отбележи, че съгласно съображение 867 от спорното решение Комисията приканва UPS да уточни изчисленията си, основани на тази извадка, като вземе предвид данните на TNT. След това изчисление се оказва, че за някои национални пазари така получените резултати значително се различават от първоначалните изчисления на UPS. Поради тези разлики Комисията приема, че количественото определяне на очакваната ефективност е несигурно.

258 Налага се изводът, че съществуването на тези разлики, квалифицирани като „значителни“, е в състояние да породи съмнения за валидността на изчислението на твърдяната от UPS ефективност въз основа на неговия HFNO модел. UPS отрича, че тези разлики са значителни, но нито е развило конкретни доводи в тази насока, нито е представило числови данни, които да поставят под въпрос обосноваността на констатацията, направена в съображение 867 от спорното решение. UPS признава наличието на такива разлики, но същевременно поддържа, че те се дължат не на съществени разлики между прогнозните и реалните данни, а по-скоро на избора на различна основа, на която TNT е разпределило своите разходи.

259 Предвид тези обстоятелства следва да се приеме, че UPS не е доказало, че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която трябва да се предоставят права на частноправните субекти — нарушение, което може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза, доколкото е приела, че изчислението на ефективността на автомобилната мрежа за транспорт на дълги разстояния е твърде несигурно, за да може да се счита за проверено. Ето защо доводите на UPS трябва да се отхвърлят.

– *По инсталациите*

260 UPS упреква Комисията, че в съображение 863 от спорното решение е игнорирала като непроверени планираните икономии, свързани с рационализацията на инсталациите, станали излишни поради планираната концентрация, по съображение че предоставените данни обхващали само няколко страни. UPS твърди, че тази преценка е неправилна: то посочва, че е предоставило на Комисията подробни изчисления за 112 от 118-те инсталации, които е възнамерявало да закрие.

261 Следва да се отбележи, че в съображение 862 от спорното решение Комисията посочва, че UPS е изчислило очакваните икономии от рационализацията на инсталациите му въз основа на оценка на годишния разход за инсталация, умножен по общия брой инсталации, за които е планирано да бъдат затворени. Така полученото число след това е умножено по средната годишна стойност на оперативните разходи на дадена инсталация — стойност, изчислена на 330 000 EUR. Резултатът от това изчисление (18 милиона евро) след това е коригиран и намален на 17 милиона евро.

262 В съображения 863 и 864 от спорното решение Комисията приема, че този метод е неточен в два аспекта. Първо, той се основавал на данни за малък брой или група държави, независимо от факта че очакваните икономии били специфични за всяка държава. Второ, този метод се основавал на постановката, че всички разходи, свързани с даден обект, предвиден за затваряне, представляват икономия. Тъй като обемите, обработвани от тези инсталации, трябвало да се прехвърлят към други инсталации, обаче било необходимо да се изчисли нетната икономия, като разходите за обработване преди сливането се сравнят с допълнителните разходи след сливането.

263 Второто възражение на Комисията по същество е равнозначно на упрек към UPS, че при оценката си на планираните икономии не е направило достатъчно разграничение между икономиите относно фиксираните и икономиите относно променливите разходи. Както обаче бе припомнено по-горе досежно ефективността във връзка със синергията при административните разходи, повишаването на ефективността, което води до намаление на променливите или пределните разходи, е по-вероятно да бъде релевантно на оценката на ефективността, отколкото редуцирането на фиксираните разходи.

264 Трябва обаче да се констатира, че доводите на UPS избягват този въпрос и се съсредоточават единствено върху първия проблем, поставен от Комисията. При това положение тези доводи не позволяват да се приеме, че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която трябва да се предоставят права на частноправни субекти — нарушение, което може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза, доколкото е приела, че изчислението на икономиите, свързани със закриването на излишни инсталации, не може да бъде прието поради неговата ненадеждност.

– *По мрежата PUD*

265 UPS упреква Комисията, че в съображения 853 и 854 от спорното решение е игнорирала количественото изражение на очакваната синергия от рационализацията на мрежата PUD, с мотива че изчисленията му не могат да бъдат проверени.

266 UPS поддържа, първо, че Комисията е поставила под въпрос не съществуването на тази синергия, а само нейната оценка. Комисията не изложила критерия, въз основа на който е готова да приеме такива изчисления и да постави въпроси на UPS.

267 Не Комисията обаче е трябвало да покани UPS да представи доказателствата в подкрепа на твърдяната ефективност. UPS е било длъжно да представи доказателства не само за наличието на твърдяната от него ефективност, но и за проверимите данни, на които то се основава, за да я остойности. Ето защо първият довод на UPS трябва да се отхвърли.

268 Второ, що се отнася до довода на UPS, че изтъкнатите от Комисията основания за игнорирането на ефективността изобщо не му били съобщени в административното производство, следва да се припомни, че той вече бе отхвърлен след анализа на оплакванията за несъобщаване на критериите за оценка на ефективността.

269 Трето, според UPS мотивите, поради които Комисията не отчела ефективността във връзка с мрежата PUD, са явно неправилни.

270 Следва да се припомни, че в съображения 851 и 852 от спорното решение Комисията признава наличието на ефективност в резултат от синергията, свързана със съчетаването на мрежите PUD. В съображения 853 и 854 от това решение обаче тя отхвърля оценката на UPS на размера на тази ефективност поради ненадеждността ѝ. Комисията в частност подчертава слабата представителност и неактуалността на данните, предоставени от UPS.

271 Що се отнася до представителността на данните, от съображение 824 от спорното решение е видно, че UPS се е позовало на изчисление на икономията от гледна точка на шофьори, реализирана на всеки национален пазар (45 милиона евро), коригирано надолу, за да стигне до изчисление от 40 милиона евро. Комисията обаче отбелязва, че това изчисление почива на подробни данни само за германския, френския пазар, пазара на Бенелюкс (обединяващ Белгия, Люксембург и Нидерландия), както и за пазарите на Ирландия и Обединеното кралство. Останалата част от пазара е разделена на две групи, а именно „Източна Европа“ и „останалата част от Европа“, за които UPS извършва изчисление на средното намаляване на шофьорите, без да даде обяснение в тази насока. Тъй като икономиите, свързани с мрежата PUD, са тясно свързани с условията на всеки пазар, в съображение 853 от спорното решение Комисията приема, че UPS е трябвало да изходи по-скоро от данните за всеки пазар, а не да приложи дадено изчисление към група страни. Оттук Комисията заключава, че изчислението на синергията във връзка с мрежата PUD не е надеждно за тези две групи.

272 В този аспект UPS отбелязва, че страните, които попадат в категориите „Източна Европа“ и „останалата част от Европа“, представляват само 9 от 40-те милиона евро предвидена икономия, а останалите страни са разделени в четири групи съобразно характеристиките на мрежите им (а именно, брой шофьори и брой спирания за миля).

273 Следва обаче да се отбележи, че UPS не оспорва главното възражение на Комисията — неотчитане на данните за всеки пазар, въпреки съществуващите между тези пазари разлики в разходите. Целта на оценката на твърдяната ефективност обаче е да се провери на пазарите, на които е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, дали тази ефективност е в състояние да неутрализира антиконкурентните последици, които концентрацията би могла да предизвика. Когато, както в случая, тези антиконкурентни последици настъпват на територията на някои държави членки, е необходимо да може на всеки от тези национални пазари да се провери дали твърдяната ефективност ще се изрази в нетно предимство за потребителите.

274 Ето защо, след като UPS не е представило индиции в обратния смисъл, се налага изводът, че възприетият от UPS подход, състоящ се в използване с предимство на прилагането към съвкупност от държави на единна ставка, която произтича от модел, съставен от четири групи национални пазари, изглежда по-непрецизен и по-ненадежден от подхода, състоящ се в основаването на данните за всеки пазар, за да се достигне до приложимо към всички средно изчисление.

275 Също така следва да се отбележи, че от петнадесетте национални пазара, на които е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, само Нидерландия не попада нито в категорията „Източна Европа“, нито в категорията „останалата част от Европа“. Както обаче признава самото UPS, общата стойност на ефективността, свързана с мрежата PUD, достига едва 9 милиона евро за тези две групи национални пазари. Ето защо е много слабо вероятно пазарът на Нидерландия сам по себе си да представлява икономии, които да обосновават оценката на синергията до размера на твърдените от UPS 40 милиона евро. Оттук ефективността, релевантна за да се оцени положението на националните пазари, на които Комисията прави извод, че е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, вероятно е значително под твърдения размер от 40 милиона евро. Следователно доводът на UPS не поставя под въпрос валидността на преценката, изложена в съображение 855 от спорното решение, че данните за пазарите, различни от Германия, Франция, Ирландия и Обединеното кралство, не допускат да се приеме, че изчислената ефективност за останалите пазари е проверима.

276 Колкото до неактуалността на данните, от съображение 854 от спорното решение е видно, че според Комисията UPS е изходило от модел, изготвен през 2007 г. въз основа на данни от 2002 г., за да оцени ефективността, произтичаща от оптимизирането на мрежата PUD, в рамките на обсъждания, които вече се отнасяли до възможността за придобиване на TNT.

277 За да актуализира тези резултати съобразно положението през 2011 г., UPS намалило тези оценки в пропорции, вариращи от един пазар до друг, като единственото обяснение за приложения метод била квалификацията „консервативен“.

278 UPS твърди, че изчисленията му са подробни и надеждни и отчитали темповете му на растеж между 2007 г. и 2011 г., както и промените в гъстотата на мрежата PUD.

279 Двата документа, цитирани от UPS в подкрепа на тези твърдения (приложения A.38.1 и A.38.2 към исковата молба), обаче потвърждават описаната в съображение 854 от спорното решение методология. В тези документи няма точни сведения как резултатите от проучването, направено през 2007 г., са актуализирани през 2011 г. В тях само се твърди, че тъй като основите на този анализ били стабилни, UPS е взело решение просто да коригира значително надолу тези първоначални изчисления на икономия на разходи, за да отрази несигурността, произтичаща от промените в условията на пазара.

280 При тези условия следва да се заключи, че UPS не е успяло да докаже, че в този аспект Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение на правна норма, с която трябва да се предоставят права на частноправните субекти — нарушение, което може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

– *По външните доставчици на услуги*

281 В съображения 857—861 от спорното решение Комисията посочва, че изчислението на UPS на ефективността, свързана с рационализирането на разходите за PUD, предмет на подизпълнение, е по-несигурно и от изчислението на ефективността, изведена от собствената му мрежа PUD, понеже това изчисление се базира на извънредно опростени хипотези, а не на данни, специфични за всеки национален пазар. Така, Комисията отбелязва, че UPS не е изложило никакво обяснение в подкрепа на твърдяното намаление от 6 %, а просто е посочило, че този процент отразява комбинираните по-високи обеми и произтичащите оттам ползи за сортирането. В допълнение, ангажираните от UPS

консултанти разкриват, че данните за обемите на TNT се различават от данните, използвани за изчисляване на ефективността, но UPS не се е опитало да използва тези данни, за да стигне до по-реалистичен размер на ефективността. Оттук Комисията заключава, че не е в състояние да провери размера на ефективността, свързан с доставчиците на външни услуги, и отхвърля като непроверима твърдяната от UPS ефективност.

282 UPS упреква Комисията, че е приела, че неговите прогнози почиват не на подробен анализ по страни, а на средна ставка от 6 %, и изглеждат ненадеждни. За UPS този анализ е явно неправилен.

283 UPS поддържа, първо, че използването на средна ставка за всички страни е в съответствие с подхода, описан по-горе по отношение на мрежата PUD за страните от категорията „останалата част от Европа“.

284 Важно е да се припомни, че съгласно принципите, които уреждат тежестта на доказване на ефективността, UPS е следвало да обоснове прилагането на ставката от 6 % към всички национални пазари, по-специално поради различията в разходите, съществуващи между тези пазари. Уместно е да се приеме, подобно на посоченото по-горе досежно мрежата PUD, че използването, без нарочна обосновка, на среден процент на икономия, приложим към дадена съвкупност от държави, изглежда по-непрецизно и по-ненадеждно от подхода, състоящ се в стигането въз основа на данните за всеки пазар до средно изчисление, приложимо към всички пазари. Оттук следва, че в довода на UPS няма нищо, въз основа на което да може да се приеме, че изложените от Комисията в съображение 858 от спорното решение мотиви са неправилни.

285 Второ, UPS твърди методологична непоследователност. Комисията приела използването на средни ставки за една и съща група държави, що се отнася до въздушната мрежа и наземното обслужване в Европа (четвърта година), но отхвърлила това използване, що се отнася до събирането и доставката от външни доставчици на услуги.

286 Както обаче бе посочено по-горе досежно ефективността, свързана с разходите за PUD, от съображения 824, 853 и 858 от спорното решение е видно, че тези разходи са тясно свързани с местните условия, характерни за всеки национален пазар. Комисията отбелязва, че това положение не е съпоставимо с положението нито на европейската въздухоплавателна мрежа, нито на услугите за наземно обслужване, а UPS не е опровергало това. С оглед на тези съображения следва да се приеме, че поради споменатите разлики доводите на UPS не разкриват наличието на методологична несъгласуваност, която би могла да представлява явна и сериозна грешка в преценката.

287 Трето, UPS обяснява защо след използването на данните на TNT резултатите от неговия модел не са се променили значително. Основното настъпило изменение се отнасяло до критерия за разпределяне на синергията, без обаче да се изменя общата оценка на нейния размер.

288 Тези доводи обаче няма как да поставят под въпрос обстоятелствата, посочени в съображения 859 и 860 от спорното решение, от които е видно, че въпреки данните за актуалните обеми на TNT, съвсем различни от първоначално прогнозираните от UPS, и логичното оттам съществено преразглеждане на първоначално планираните икономии,

по-специално за германския пазар и за пазарите на Ирландия и на Обединеното кралство, UPS не се е опитало да оцени по-прецизно очакваната ефективност за всеки от релевантните национални пазари.

289 С оглед на изложеното дотук следва да се заключи, че UPS не е успяло да докаже наличието на грешки в преценката относно проверимостта на твърдяната ефективност, които биха могли да ангажират извъндоговорната отговорност на Съюза.

3) По различното третиране в сравнение с операцията между FedEx и TNT

290 UPS твърди различно третиране на концентрацията между него и TNT и на концентрацията между FedEx и TNT. Докато след усилени изчисления UPS обявило публично, че очаква да извлече 503 милиона евро като синергия при придобиването на TNT още през първата година, от своя страна FedEx не оповестило никакво изчисление на обществеността. Комисията обаче приела изтъкнатата от FedEx синергия, след като му поставила въпроси въз основа на изчисленията на консултантите, ангажирани в процедурата за контрол върху тази концентрация, които никога не били публично оповестени, а това било необяснимо за листвано на борсата предприятие.

291 В тази насока UPS упреква Комисията, че е оценила синергията въз основа на много по-строг критерий от използвания от нея за концентрацията между FedEx и TNT. Ако Комисията била третирала UPS по същия начин като FedEx, тя трябвало да приеме твърдяната ефективност в пълния ѝ обем. В рамките на операцията между FedEx и TNT Комисията приела голям обем синергия, който обаче не бил подкрепен с толкова убедителни доказателства като изтъкнатите от UPS. FedEx изобщо отказало да публикува количествено измерение на потенциалната синергия още в предложението си за покупка и никога не представило вътрешни документи в тази насока.

292 В решението относно операцията между FedEx и TNT Комисията приела наличието на синергия относно трансатлантическия въздушен транспорт въз основа на капацитет за транспорт на купувача, без да поиска подробни изчисления. Доколкото в публичния вариант на решението относно операцията между FedEx и TNT липсва по-подробна информация, UPS предлага на Общия съд да получи тези сведения чрез действие по събиране на доказателства.

293 Що се отнася до мрежата PUD, UPS отбелязва, че по делото относно операцията между FedEx и TNT Комисията е приела да отчете този вид синергия независимо че не били представени толкова подробни доказателства като представените от UPS.

294 Следва да се припомни, че Комисията трябва да анализира всяка концентрация през призмата на собствените ѝ характеристики и на характеристиките на релевантния пазар. Всъщност всяка концентрация трябва да се преценява индивидуално в светлината на приложимите фактически и правни обстоятелства (вж. в този смисъл решение от 16 май 2018 г., Deutsche Lufthansa/Комисия, T-712/16, EU:T:2018:269, т. 131). Когато Комисията се произнася по съвместимостта на дадена концентрация с вътрешния пазар въз основа на нотификация и съответната преписка за тази операция, ищецът или жалбоподателят няма право да поставя под въпрос констатациите ѝ с мотива, че те са различни от тези, направени по друга преписка, дори да се приеме, че съответните пазари по двете дела са

сходни, дори идентични (решение от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия, T-210/01, EU:T:2005:456, т. 118 и от 13 май 2015 г., Niki Luftfahrt/Комисия, T-162/10, EU:T:2015:283, т. 142).

295 В настоящия случай, макар да се отнасят до един и същ пазар, страните по операциите между UPS и TNT и между FedEx и TNT, предмет на уведомление с разлика от около три години, не са едни и същи. Всъщност по естеството си ефективността е пряко свързана с индивидуалните характеристики на участниците в концентрацията.

296 Поради характеристиките по-специално на FedEx, както и поради конкурентната близост между UPS и TNT, Комисията заключава, че операцията между FedEx и TNT не води до значително възпрепятстване на ефективната конкуренция. Субектът, резултат от това сливане, има двама мощни конкурента, DHL и UPS (съображения 444—446 и 630—689 от решението относно операцията между FedEx и TNT), докато FedEx и TNT, макар и конкуренти, предлагат донякъде допълващи се услуги и не са близки конкуренти. FedEx е специализирано във връзките между ЕИП и останалата част от света, докато TNT се фокусира върху международните връзки в рамките на ЕИП (съображения 590, 591 и 687—689 от решението относно операцията между FedEx и TNT), и освен това TNT не може да се счита за конкурент, който е възможно да бъде в особеното конкурентно положение на „отцепник“, или да е важен източник на експанзия на пазара (съображения 650 и 692—714 от решението относно операцията между FedEx и TNT). Анализът на последиците от концентрацията върху цените не е показал статистически значимо отражение върху цените и във всеки случай Комисията посочва, че очакваната ефективност би компенсирала това отражение (съображения 468—497, 515—588 и 771—805 от решението относно концентрацията между FedEx и TNT).

297 Ето защо се налага изводът, че концентрациите между UPS и TNT и между FedEx и TNT значително се различават в множество аспекти, и по-специално от гледна точка на факта, че FedEx и TNT не са близки конкуренти — аспект, който е релевантен за разглеждането на синергията, резултат от комбинирането на тези предприятия, и който UPS не оспорва.

298 В допълнение, ищецът не обосновава доводите си, че доказателствата, които е представил на Комисията във връзка с очакваната синергия, са преценени през призмата на стандарт на доказване, различен от приложения при концентрацията между FedEx и TNT. По-специално той не доказва, че доказателствата, които е представил за трансатлантическия въздушен транспорт и мрежата PUD, имат доказателствена сила и релевантност, сходни на приетите в рамките на тази концентрация, в смисъл че Комисията е третирала идентични или сходни доказателства по различен начин.

299 След като липсват каквито и да било индиции, които да разкриват неравно третиране, или твърдение или доказателство, свързано с друго основание за незаконосъобразност, констатацията за разлики в преценката на ефективността между решението относно операцията между FedEx и TNT и спорното решение не допуска да се заключи, че е налице неравно третиране, от което UPS твърди, че е пострадало. Ето защо доводите на UPS по този пункт следва да се отхвърлят, без да е необходимо да се уважават исканията на UPS да се разпореди предприемането на действия по събиране на доказателства.

4) По положението на FedEx

i) По конкурентната близост между FedEx и UPS

300 Според UPS като заключила в спорното решение, че FedEx, UPS, TNT и DHL са близки конкуренти — обратно на твърдяното от тях — Комисията извършила достатъчно съществено нарушение на правото на Съюза. Този извод се основавал на постановката, че DHL ще се адаптира към увеличенията на цените, следствие от концентрацията между UPS и TNT, но FedEx няма да е в състояние да им противодейства. По мнение на UPS обаче Комисията няма никакво основание да направи извод за увеличение на цените, следствие от концентрацията между UPS и TNT. Напротив, анализът на последиците от концентрацията върху цените и анализът на ефективността показали, че концентрацията ще е благоприятна за конкуренцията.

301 UPS припомня, че е изложило твърдение в този смисъл в третото си основание от жалбата си по дело T-194/13 и е доказало липсата на стриктност, с която Комисията е анализирала отговорите на въпросника за пазара, по-специално що се отнася до чешкия, българския, датския и малтийския пазар. Отказът на Комисията да обясни защо отговорите на въпросника за тези държави членки обосновават констатацията за значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, правел невъзможно да се разбере необходимият стандарт на доказване, за да се стигне до такава констатация. На етапа на репликата UPS представя информация за отговорите на големи и малки клиенти на пазарното изследване на фаза II за българския, чешкия, датския и малтийския пазар, които потвърждавали, че няма логика да се заключи, че FedEx не е близък конкурент на UPS.

302 UPS упреква Комисията, че е приела, че TNT е близък конкурент на UPS, но не и че FedEx е такъв. Дори на чешкия пазар, за който Комисията смятала анализа си за особено убедителен, отговорите на въпросника недвусмислено сочели, че няма никакво доказателство, че UPS и TNT са близки конкуренти. Напротив, отговорите сочели, че предприятията разглеждали UPS, TNT, FedEx и DHL като напълно заместими помежду си поради някои характеристики на предлаганите услуги, или че най-близките конкуренти на UPS или на TNT не доставят услуги с тези характеристики. Същото се отнасяло и за българския, датския и малтийския пазар.

303 Уместно е да се припомни, че след като в спорното решение стига до извод, че пазарът в рамките на ЕИП на експресна доставка на малки пакети е доминиран от четири интегратора — DHL, UPS, TNT и FedEx (съображение 510 от спорното решение), Комисията приема че измежду тези предприятия FedEx е много по-слаб и отдалечен конкурент на UPS, TNT и DHL. Комисията изхожда от оборота на FedEx на пазара в рамките на ЕИП (съображения 513—517 от спорното решение), от покритието от него на пазара на ЕИП на експресна доставка на малки пакети (съображения 518—527 от спорното решение) и слабостта на мрежата му в ЕИП в сравнение с мрежите на останалите три интегратора (съображения 528—533 от спорното решение). Комисията отбелязва също така, че доколкото FedEx работи в по-малък мащаб, неговите разходи за събиране и доставка са значително по-високи от тези на конкурентите му, с което се ограничава възможността то да упражнява конкурентен натиск върху пазара, независимо от приемането през 2011 г. на план за органично разрастване за периода до 2017 г. (съображения 534—546 и 599—625 от спорното решение).

304 Освен това Комисията подчертава слабото присъствие на FedEx на вътрешните пазари и на пазарите на отложена доставка (съображения 547—552 от спорното решение), като присъствието му е значително по-силно в сегмента на услугите към страни извън ЕИП (съображения 553—564 от спорното решение). Тези обстоятелства са потвърдени от пазарното изследване, от което е видно, че клиентите възприемат FedEx като по-слаб от останалите интегратори на пазара на експресна доставка на услуги в рамките на ЕИП (съображения 565—576 и 590—598 от спорното решение), както и от декларациите на конкурентите му (съображения 578—589 от спорното решение).

305 За разлика от положението на FedEx, спорното решение показва, че UPS и TNT са близки конкуренти (съображения 631—702 от спорното решение). За да подкрепи тази констатация, Комисията изхожда от отговорите на клиентите на пазарното изследване (съображения 636—652 от спорното решение) и сходството между DHL, UPS и TNT от гледна точка на предлагани услуги и покритие (съображения 653—659 от спорното решение). Съгласно последния критерий FedEx е най-слабото от четирите предприятия в двадесет и един пазара на ЕИП, а в седемнадесет от тях разликата между FedEx и най-близкия му конкурент е поне 20 процентни пункта (съображение 654 от спорното решение).

306 Комисията подчертава и сходствата между UPS и TNT от гледна точка на предлагани услуги за доставка рано сутрин (съображения 660—665 от спорното решение), както и качествените характеристики на предлаганите услуги. Що се отнася до тръжните процедури, Комисията подчертава, че DHL, UPS и TNT са близки конкуренти, а FedEx е по-далеч (съображения 667 à 684 от спорното решение).

307 Комисията отхвърля изводите, направени от анализ на TNT на информация, предоставена от негови бивши клиенти, за това кои предприятия предлагат конкурентни услуги, тъй като приема, че това проучване на мненията не носи особена полза поради ограниченията, присъщи на използваната методология (съображения 685—701 от спорното решение).

308 В съображения 705—707 от спорното решение Комисията отхвърля коментарите в отговор на изложението на възраженията, с които UPS твърди, че анализът на близостта на конкуренцията не отчита в достатъчна степен отражението, което диференциацията на услугите има за представителността на пазарните дялове като индикатор за конкурентна близост, но и коефициентите на преминаване на клиенти от един конкурент към друг и неостойностяването на броя на клиентите, за които DHL не би било жизнеспособна алтернатива, в ущърб на него и на TNT.

309 Накрая, в съображения 708—711 от спорното решение Комисията отхвърля някои допълнителни доводи, изтъкнати от UPS в отговор на изложението на възраженията, досежно анализа на близостта на конкуренцията. Всъщност UPS поддържа, че не е близък конкурент на TNT, защото двете предприятия имали фундаментално различен профил. То упреква Комисията, че е следвала подход „или-или“ („in „или „out“) и че се е съсредоточила единствено върху сегмента на дълги разстояния на пазара.

310 UPS критикува оценката на Комисията на отговорите на въпросниците за българския, чешкия, датския и малтийския пазар. Дори тези грешки да бяха доказани обаче, достатъчно е въз основа на всички фактори в спорното решение, припомнени непосредствено по-горе, да се констатира, че въпросниците за пазара са само един от факторите, от които е изходила Комисията. Действително, изследванията от този вид

позволяват да се определи начинът на възприемане на потребителите или на производителите от съответната им позиция и да се съберат данни в тази насока, като ползата от тях е, че те позволяват да се допълни и подобри разбирането за обективни фактори като пазарните дялове, гъстотата на мрежите или структурата на предлагането, но те не заместват тези фактори. При това положение дори да се предположи, че може да се докаже наличието на грешка в преценката, що се отнася до анализа на отговорите на въпросниците за посочените четири пазара, във всеки случай подобна грешка няма как да постави под въпрос останалите фактори, въз основа на които Комисията е заключила, че FedEx не е близък конкурент на UPS, TNT и DHL — фактори, които впрочем UPS не е оспорило.

311 Ето защо нито един от доводите, изтъкнати от UPS в рамките на настоящия иск, не опровергава преценката на конкурентната близост на FedEx.

ii) По плановете на FedEx за разрастване

312 UPS оспорва съображенията, с които Комисията е приела, че е слабо вероятно FedEx да се развие в Европа дотолкова, че да неутрализира последиците от концентрацията между UPS и TNT, които можели да доведат до значително възпрепятстване на ефективната конкуренция в петнадесет държави членки. UPS излага по-подробно доводите си по всеки от шестте посочени по-долу пункта за ролята на FedEx.

– *По развитието на FedEx в Европа*

313 Според UPS Комисията неправилно посочва в съображение 611 от спорното решение, че плановете за разрастване на FedEx в Европа са в низходящ тренд. Тази преценка била в пряк разрез с изявленията на ръководителите на FedEx от 19 юни 2012 г. и от 9 и 10 октомври 2012 г., че почти 75 % от 350-те милиона щатски долара (USD) допълнителна печалба FedEx очаква да извлече от международните си дейности до края на финансовата 2015 година. UPS набляга на факта, че следва да се отдаде особено значение на такива публични изявления поради правната уредба на Съединените американски щати, приложима към ценните книжа.

314 Наистина, изявленията на ръководители на предприятия, насочени към инвеститорите, могат да бъдат релевантни индиции за преценката на последиците от дадена планирана концентрация. При все това фактът, че тези изявления попадат в приложното поле на правна уредба относно ценните книжа, чиято цел е по-специално да се гарантира верността на тези изявления, евентуално под страх от санкции, не означава, че Комисията е длъжна въз основа на тази правна уредба да презумира верността или достоверността на тези изявления. Както всеки друг релевантен фактор, всъщност Комисията е длъжна да положи дължимата грижа, когато преценява релевантността, но и достоверността и проверимостта на подобни изявления за целите на процедурата за контрол.

315 Всъщност в случая от преписката е видно, че Комисията се е запознала с изказвания на ръководители на FedEx, които, обръщайки се към инвеститорите, описват напредъка и предвижданията, свързани с плановете за разрастване, с думи, по-оптимистични от използваните до този момент в рамките на процедурата относно сливането между UPS и TNT. Предвид това разминаване, критикувано от UPS, Комисията иска допълнителна информация от FedEx, по-специално за изявленията от октомври 2012 г. (документи с референтни номера ID 7399 и 7400) — искане, изпълнено от FedEx (документ с референтен

номер ID 7418). Комисията дава на UPS ограничен достъп до този поверителен отговор в хода на проведената на 26 и 29 октомври 2012 г. процедура за предоставяне на информация в компютърна зала.

316 Комисията продължава своето разследване, като на 16 ноември 2012 г. иска от FedEx допълнителна информация (искане с референтен номер Q30) за промените в плановете за разрастване, както и последния доклад за напредъка на тези планове, представени на висшия мениджмънт. В отговора си от 19 ноември 2012 г. FedEx потвърждава, че първоначалните му цели няма да бъдат постигнати, от една страна, поради факта че се основават на хипотези, които са се оказали твърде оптимистични, и от друга, поради влошаване на неговите резултати и икономически условия.

317 Налага се изводът, че от този отговор е видно, че FedEx е ревизирало в посока надолу своите цели за пазарен дял и оборот на пазара на услуги в рамките на ЕИП. Оттук следва, че изказванията, вменени на FedEx в съображение 611 от спорното решение, съвпадат дословно с текста на отговора на FedEx от 19 ноември 2012 г., до неповерителния вариант на който UPS е имало достъп на етапа на писмото с изложение на фактите.

318 Необходимо е да се отбележи също, че изявленията на ръководителите на FedEx, на които се позовава UPS, се отнасят не до релевантния пазар, а до всички дейности на FedEx с изключение на Съединените американски щати. Обратно на твърдяното от UPS, тези изявления, направени от ръководителите на FedEx при периодичните им срещи с инвеститорите, нито противоречат, нито опровергават доказателствената стойност на събраните от Комисията данни, с които се цели да се докажат трудностите, срещнати от FedEx при изпълнението на неговия план за органично разрастване.

319 Ето защо доводите на UPS са необосновани и трябва да бъдат отхвърлени.

– *По различието между разходите на FedEx и на конкурентите му*

320 UPS упреква Комисията, че в съображение 545 от спорното решение е приела, че разходите на FedEx за събиране и доставка са пречка в средносрочен план FedEx да бъде конкурентоспособно на UPS. Според UPS:

– Комисията просто е възприела разсъжденията на FedEx, без да разгледа стоящите в основата доказателства,

– тъй като разходите за събиране и доставка са само част от релевантните разходи вътре в ЕИП, нямало никаква логическа причина те да бъдат разгледани отделно, при положение че разходите за въздушен транспорт на FedEx например вероятно са по-близки до неговите,

– изтъкнатото от Комисията различие в разходите е в противоречие с наличието на четиринадесет национални пазара, в които липсва значително възпрепятстване на ефективната конкуренция.

321 Уместно е обаче да се припомни, че в съображение 545 от спорното решение Комисията констатира, че в рамките на своя план за органично разрастване от 2011 г. FedEx започва да инвестира в нови инфраструктури като центрове за сортиране, за да увеличи общия си капацитет и да постигне географско покритие и гъстота на мрежата, които да му позволят

да намали разходите си. Въпреки тези инвестиции, от отговора на FedEx от 19 ноември 2012 г. личи, че това дружество очаква разходите му за събиране и доставка да останат далеч по-големи от тези на конкурентите му.

322 Обратно на твърдяното от UPS, от спорното решение следва, че анализът на Комисията почива на съвкупност от доказателства, годни да потвърдят разликата между FedEx и конкурентите му при разходите за обработване на единица, причина за която логично може да бъде относителната слабост на покритието и гъстотата на мрежата на FedEx. Така, Комисията се позовава на вътрешни документи на FedEx, представени като приложение към отговора му от 19 ноември 2012 г. Видно от съображения 535 и 536 от спорното решение, Комисията е изходила и от вътрешни бази данни, отнасящи се до търговските оферти, направени от FedEx, както и от поканите за участие в тръжна процедура, на които това дружество е отговорило, понеже тези бази данни позволяват да се прецени конкурентността на цените на FedEx спрямо цените на конкурентите му.

323 Предвид обективните разлики от гледна точка на естество и функциониране между тези два вида мрежи, не е нелогично, че Комисията се е фокусирала върху мрежата PUD, а не върху въздушната мрежа, за да разкрие разликите между конкурентоспособността на FedEx и на неговите конкуренти. Фактът, че UPS подчертава, че разходите му за въздушен транспорт вероятно са близки до тези на FedEx, впрочем подкрепя този анализ.

324 Накрая, следва да се приеме за установено, че въпросът за различието между разходите на FedEx и на конкурентите му е само един от факторите за оценка на капацитета и на стимулите за това предприятие да отговори на дадено увеличение на цените от субекта, резултат от сливането между UPS и TNT. Това различие не е пряка причина за констатацията за съществуване на значително възпрепятстване, а индиция, която позволява да се установи защо е малко вероятно FedEx да се развие в Европа по такъв начин, че в кратък срок да неутрализира последиците от концентрацията между UPS и TNT. Следователно доводът на UPS, че анализът на разходите за събиране и доставка на FedEx се опровергава от съществуването на четиринадесет национални пазара, в които липсва значително възпрепятстване на ефективната конкуренция, почива на погрешна постановка.

325 Ето защо доводите на UPS следва да се отхвърлят.

– *По прогнозирания растеж на FedEx от гледна точка на обеми*

326 UPS упреква Комисията, че в съображение 614 от спорното решение отхвърлила прогнозите за растеж на FedEx просто с мотива, че е трудно да се предвиди със сигурност дали стратегията за развитие на FedEx ще е успешна, без да е анализирала задълбочено шансовете за успех на тази стратегия.

327 Този довод на UPS обаче почива на неправилно тълкуване на спорното решение. Както бе изложено по-горе досежно развитието на FedEx в Европа и различието между разходите на Fedex и на конкурентите му, Комисията е направила задълбочен анализ на вероятните последици от изпълнението на плана за разрастване на FedEx и на стимулите за FedEx да следва, и дори да ускори, плановете си за разрастване след концентрацията между UPS и TNT, въз основа на документи на FedEx, до които UPS е можело да има достъп или до които UPS реално е имало достъп в хода на административното производство, дори и само в ограничена форма.

328 Поради това този довод трябва да се отхвърли.

– По страните, невизирани от FedEx в първата фаза на неговите планове за разрастване

329 UPS критикува Комисията, че в съображение 613 от спорното решение е констатирала, че FedEx е решило да не включи в първата му фаза на разрастване някои страни (като например България) поради липсата на достатъчно развита инфраструктура. След като изобщо липсвало проверимо доказателство, а и на UPS не било позволено да се произнесе в хода на административното производство по тази „първа фаза“, този анализ не трябвало да бъде включен в спорното решение.

330 С тези доводи UPS просто критикува споменатите в точка 613 от спорното решение факти, по съображение че последното се основава на доказателства, до които UPS твърди, че не е имало пълен достъп. Тези доказателства относно различните фази на плана за разрастване на FedEx обаче са съобщени на UPS в писмото с изложение на фактите, както и под формата на приложени към това писмо таблици. Вярно е, че по-голямата част от числовите данни са били заличени поради тяхната поверителност. Някои от тях обаче са заменени с индикации под формата на отклонения от стойности, което позволява по този начин да се разполага със ск'алата на определен обхват. Така, в писмото с изложение на фактите се посочва, че през следващите две години Fedex не планира нито да открие нови центрове за сортиране в България, нито да увеличи капацитета си за обработване.

331 Комисията добавя, че плановете на Fedex вече са имали стеснен обхват в сравнение с първоначалните планове, и представя числови данни в тази насока. Макар и представени под формата на отклонения, тези данни са достатъчно точни, за да позволят на UPS да разбере техния обхват. В останалата си част доводите на UPS не са подкрепени от никакво правно или фактическо обстоятелство, въз основа на което да може да се приеме, че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение, което може да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза. При тези обстоятелства доводите на UPS трябва да бъдат отхвърлени.

– По дестинациите, покрити от FedEx

332 UPS оспорва становището на Комисията в съображение 1008 от спорното решение, че поради малкия брой дестинации, покрити от FedEx, FedEx не може да упражни съществен конкурентен натиск върху субекта, резултат от концентрацията между UPS и TNT. Това становище било неправилно. Комисията не отчела плановете на FedEx, което възнамерявало от 2015 г. нататък да покрива повече търговски адреси в ЕИП от UPS.

333 Трябва обаче да се констатира, че с доводите на UPS просто се твърди наличието на грешка в преценката, засягаща „например“ съображение 1008 от спорното решение, но не се посочва в кои други съображения също е налице тази грешка. Отделно от тази непрецизност, UPS не излага никакво фактическо или правно обстоятелство, което да доказва, че в съображение 1008 от спорното решение е допусната грешка, която да дава основание да се приеме, че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение, което може да ангажира отговорността на Съюза. Ето защо тези доводи следва да се отхвърлят.

– *По анализа „по държави“*

334 UPS счита, че анализът „по държави“, направен от Комисията в раздел 7.11 от спорното решение, не подкрепя извод за липса на ефективен конкурентен натиск на FedEx в конкретна държава. Комисията просто изложила няколко коментара, които били недостатъчно мотивирани, защото били мъгляви или повърхностни, и във всеки случай били неправилни. Като пример UPS дава анализа за Швеция, за който съдържащата се в спорното решение преценка била опровергана от факта, че според всички налични към онзи момент прогнози FedEx е възнамерявало през 2015 г. да постигне процент на покритие и пазарен дял, по-голям или равен на този на TNT.

335 Трябва обаче да се констатира, че обратно на твърдяното от UPS, раздел 7.11 от спорното решение съдържа подробен и обстоятелствен анализ на всички релевантни фактори, въз основа на които Комисията е можела да заключи, че е налице значително възпрепятстване на ефективната конкуренция. Примерът с прогнозите, изтъкнати от FedEx относно шведския пазар, който дава UPS, във всеки случай не може да обори констатацията на Комисията, при множество национални пазари, за слабост на конкурентния натиск, упражняван от FedEx спрямо DHL и спрямо субект, състоящ се от UPS и TNT. Доводите на UPS се свеждат до мъглява и обща критика на този анализ. След като изобщо липсва фактическо или правно обстоятелство, въз основа на което да може да се приеме, че този анализ е опорочен, в смисъл че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение, което може да ангажира отговорността на Съюза, тези доводи трябва да се отхвърлят.

г) По изводите относно твърдените нередности

336 От предходното следва, че от всички твърдени нередности единствено несъобщаването на иконометричния модел е достатъчно съществена нередност, за да ангажира извъндоговорната отговорност на Съюза.

3. По причинно-следствената връзка

337 UPS по същество твърди, че Комисията не е можела да забрани планираната операция. След като FedEx придобило TNT, UPS твърди, че вече не е можело да уведоми за тази операция. За целите на настоящия иск UPS трябвало да докаже, че административната преписка не позволява на Комисията да обяви операцията между UPS и TNT за несъвместима. Да се изисква от UPS да докаже, че Комисията е щяла да приеме решение за съвместимост, означавало да му се възложи невъзможна тежест на доказване.

338 UPS смята, че има право на обезщетение за всички вреди, понесени в резултат от приемането на спорното решение. Това обезщетение покривало разходите, които UPS нямало да направи, ако не било прието това решение, както и произтичащите оттук пропуснати ползи, чиято стойност то оценява на 1 638 милиона евро след данъчно облагане, отразяваща нетната стойност на синергията на планираната операция.

339 UPS твърди, че е имало договорно задължение да обезщети TNT по силата на клауза за прекратяване, обичайна в стопанската дейност. UPS припомня, че предложението му за покупка не е можело да бъде приведено в действие, защото отлагателното условие — разрешаването на тази концентрация от Комисията — не било изпълнено. Поради това то

трябвало да изплати на TNT обезщетение за прекратяване в размер на 200 милиона евро за нетен разход, след данъчно облагане, от 131 милиона евро. Освен това от стойността на твърдяната вреда следвало да се приспаднат 29 милиона евро като избегнати разходи за транзакция.

340 UPS твърди, че е направило 3 708 813,61 EUR правни разходи за участието си в процедурата за контрол върху концентрацията между FedEx и TNT, т.е. е налице загуба, след данъчно облагане, от 2,4 милиона евро.

341 Следва да се припомни, че свързаното с причинно-следствената връзка условие, предвидено в член 340, втора алинея ДФЕС, се отнася до наличието на достатъчно пряка връзка на причина и следствие между поведението на институциите на Съюза и вредата, за която връзка ищецът или жалбоподателят трябва да представи доказателства, така че поведението, за което те са упреквани, трябва да бъде основната причина за настъпването на вредата (решение от 13 декември 2018 г., Европейски съюз/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, т. 52).

342 В случая UPS твърди три отделни вреди, за които иска обезщетение поради невъзможността да осъществи планираната операция, а именно, първо, разходите, свързани с участието му в процедурата за контрол на операцията между FedEx и TNT, второ, плащането на TNT на договорно обезщетение за прекратяване, и трето, пропуснатите ползи. UPS по същество поддържа, че твърдените от него нередности са пряка причина за тези три вреди.

343 Що се отнася най-напред до участието на UPS в процедурата за контрол върху концентрацията между FedEx и TNT, то очевидно е резултат от свободния избор на това дружество. То не е пряка последица от спорното решение, нито — по аргумент на по-силното основание — от нарушение на процесуалните му права. Ето защо нито нарушението на процесуалните му права, нито останалите твърдени от него нарушения могат да се считат за основната причина за вредата, изразяваща се в направените разходи при участието му в процедурата относно операцията между FedEx и TNT. Ето защо искането за обезщетение за тази вреда трябва да бъде отхвърлено.

344 По-нататък, що се отнася до обезщетението за прекратяване, безспорно е, че плащането на това обезщетение следва от договорно задължение, произтичащо от текста на споразумението за сливане между UPS и TNT от 19 март 2012 г. (приложение C.3 към репликата).

345 Всъщност се оказва, че това споразумение предвижда (клауза в точка 4.3.b от споразумението), че публичното предложение на UPS за придобиване на дяловете на TNT е прието под отлагателното условие за положително решение на Комисията. Ако посоченото условие не бъдело изпълнено, UPS е следвало да обяви това. Ненастъпването на това отлагателно условие представлява и основание за разваляне на споразумението за сливане (клауза в точка 15.1.c от споразумението), което позволява на TNT при първо поискване да получи плащане от UPS на обезщетение за прекратяване в размер на 200 милиона евро (клауза в точка 16 от споразумението) след като уведоми това дружество за развалянето на същото споразумение.

346 Този договорен ангажимент е следствие от волята на страните да разпределят помежду си по свое усмотрение риска планираната операция да не получи предварително одобрение от Комисията — риск, за който Съдът е припомнил, че е неразривно свързан с всяко производство за контрол върху концентрациите (вж. в този смисъл решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, т. 203).

347 Всъщност вече е постановено, че вредоносните последици от договорни ангажименти, доброволно поети от адресата на решение на Комисията, не могат да бъдат основната причина за вредата, понесена поради нередности, които са допуснати в това решение (вж. в този смисъл решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, т. 205).

348 Освен това когато решението за налагане на заплащането на глоба се придружава от възможност за учредяване на гаранция, предназначена да обезпечи посоченото плащане и лихвата за забава, докато се изчаква изходът от производството по обжалване на това решение, вредата, изразяваща се в разходите във връзка с гаранцията, произтича не от това решение, а от самия избор на заинтересованото лице да учреди гаранция, а не да изпълни незабавно задължението за връщане. При тези обстоятелства Съдът е констатирал, че не съществува никаква пряка причинно-следствена връзка между поведението, в което е упрекната Комисията, и твърдените вреди (вж. в този смисъл решения от 28 февруари 2013 г., Inalca и Cremonini/Комисия C-460/09 P, EU:C:2013:111, т. 118 и 120, от 21 април 2005 г., Holcim (Deutschland)/Комисия, T-28/03, EU:T:2005:139, т. 123, и определение от 12 декември 2007 г., Atlantic Container Line и др./Комисия, T-113/04, непубликувано, EU:T:2007:377, т. 38).

349 Този подход е приложим, когато при аналогични обстоятелства твърдяната вреда е следствие не от учредяването, а от запазването на дадена банкова гаранция, като тази вреда произтича от самото решение на предприятието да не прекрати действието на тази гаранция въпреки финансовите последици, които това включва (вж. в този смисъл решение от 13 декември 2018 г., Европейски съюз/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, т. 59).

350 Тъй като плащането от UPS на обезщетение за прекратяване в размер на 200 милиона евро в полза на TNT е пряка последица от споразумението между тези две предприятия, не е доказано, че нарушението на процесуалните права на UPS или останалите твърдени от UPS нарушения са основната причина за тази вреда. Ето защо искането за обезщетение за тази вреда следва да се отхвърли.

351 Накрая, що се отнася до вредата, изразяваща се в пропуснатите ползи поради невъзможността да се осъществи планираната операция, след писмените и устните въпроси на Общия съд UPS уточнява, че тази вреда съответства на нетната стойност на синергията, която то е разчитало да реализира чрез тази операция, или най-малкото на загубата на възможност за реализиране на такава синергия.

352 Комисията оспорва допустимостта на доводите, с които се твърди загуба на възможност, и поддържа, че исковата молба е основана не на такова твърдение, а на убедеността, че UPS е лишено от ползите, които е трябвало да произтекат от очакваната синергия.

353 Видно от исковата молба, ищецът изтъква, че ако не са били извършени едно или повече от твърдените нарушения, той е щял да придобие TNT и да реализира предимствата, произтичащи от операцията. Така, той твърди вреда в размер от „1,638 милиона евро, отразяващ нетната стойност на загубената синергия от гледна точка на разходи, след данъчно облагане“, поради забраната на операцията. Следователно искането на ищеца за обезщетение се основава на убеждението, че нередностите, които са налице в обжалваното решение, са му попречили да придобие TNT в рамките на разглежданата концентрация. Това искане трябва да се тълкува като имащо за цел обезщетяване не за загубата на възможност да се завърши посочената операция, а за сигурната загуба на синергия от гледна точка на разходи. Това не се поставя под въпрос от факта, че в отговор на въпроси на Общия съд ищецът посочва, че искането за обезщетение в известен смисъл обхваща загуба на възможност. Всъщност това ново твърдение за вреди не е изложено в срок и следователно е недопустимо (вж. в този смисъл решение от 20 септември 2011 г., Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, т. 210).

354 Колкото до имуществената вреда, свързана с пропуснатите ползи, за които UPS иска да получи обезщетение, определящият въпрос е дали нарушението на процесуалните права на UPS е причина за тази вреда.

355 Няма как да се презумира, че ако не било нарушението на процесуалните права на UPS, концентрацията е щяла да бъде обявена за съвместима. Всъщност анализът на причинно-следствената връзка не може да изхожда от неправилната постановка, че при липсата на незаконосъобразния акт институцията е щяла да се въздържи от действие или е щяла да приеме акт в противния смисъл, което също би могло да представлява незаконосъобразно поведение от нейна страна, а трябва да се извършва чрез съпоставка между ситуацията, породена от неправомерното действие за засегнатото трето лице, и ситуацията, до която е щяло да доведе за него правомерно поведение от страна на институцията (решение от 11 юли 2007 г., Schneider Electric/Комисия, T-351/03, EU:T:2007:212, т. 264).

356 Ето защо фактът, че несъобщаването на иконометричния модел е довело до отмяната на спорното решение, не означава, че при липсата на тази нередност Комисията е щяла да бъде длъжна да обяви операцията между UPS и TNT за съвместима с вътрешния пазар.

357 Когато е налице нарушение на правото на защита, засягащо решение, с което дадено сливане между предприятия се обявява за несъвместимо с вътрешния пазар, следва не да се предполага, че при липсата на това нарушение нотифицираната концентрация е щяла изрично или мълчаливо да бъде обявена за съвместима, а да се оцени въздействието, което откритият порок може да е оказал върху насоката на решението. Следователно с оглед на произнасяне по въпроса за наличието на достатъчна причинно-следствена връзка между идентифицираното неизпълнение и твърдяната вреда следва да се прецени влиянието на нарушенията на правото на защита върху развитието на производството за контрол върху операцията (вж. в този смисъл решение от 11 юли 2007 г., Schneider Electric/Комисия, T-351/03, EU:T:2007:212, т. 266 и 268).

358 В настоящия случай, макар твърдените грешки при разработването на възприетия иконометричен модел могат да са допринесли за отслабването на доказателствената му стойност, ищецът нито е доказал, нито е представил доказателства, които да дадат основание на Общия съд да заключи с необходимата убеденост, че тези грешки са достатъчни, за да оборят цялостния икономически анализ на операцията между UPS и

TNT и констатацията за значително възпрепятстване на ефективната конкуренция. Освен това, както личи от точки 216—226 по-горе, решението на Комисията да не разреши планираната концентрация се основава на икономическия анализ на множество фактори, а не само на анализа, направен въз основа на използвания икометричен модел. Ето защо няма как да се заключи, че това нарушение на правото на защита е имало решаващо значение за резултата от процедурата за контрол върху планираната операция.

359 Наред с предходните съображения, уместно е да се припомни, че решението за несъвместимост във всеки случай подлежи на контрол от съда на Съюза (вж. в този смисъл решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, т. 203).

360 Член 10, параграф 5 от Регламент № 139/2004 предвижда, че когато решение на Комисията е отменено по съдебен ред, концентрацията се преразглежда от Комисията с цел приемане на решение съгласно член 6, параграф 1 от този регламент. Така посоченият механизъм гарантира на предприятието, уведомило за дадена концентрация, че в изпълнение на съдебния акт ще бъде направена нова преценка на концентрацията, предмет на уведомление, тъй като във всички случаи тази концентрация не може да се осъществи без предварителен контрол от страна на Комисията.

361 Ако предприятието, уведомило за дадена концентрация, се откаже от концентрацията, без да чака ново решение на Комисията в края на възобновената процедура, този отказ е пряка причина за изоставянето на операцията и за евентуалните материални последици от нея. Такъв е случаят, който е в основата на решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). По това дело, след като решението за несъвместимост е било отменено от Общия съд, предприятието, уведомило за концентрация, е предпочело да се откаже от планираната концентрация преди да приключи възобновената процедура. В тази насока е постановено, че пряката причина за твърдяната вреда, която се изразява в загубата на стойност на прехвърлянето, претърпяна след отмяната на отрицателно решение и на решение за анулиране на сливането, е решението на предприятието, уведомило за концентрацията, да не възпрепятства фактическото осъществяване на въпросното прехвърляне поради опасението в рамките на възобновената процедура да не бъде постановено решение за установяване на съвместимостта на концентрацията (вж. в този смисъл решение от 16 юли 2009 г., Комисия/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, т. 202—205).

362 В настоящия случай съгласно член 10, параграф 5 от Регламент № 139/2004 след отмяната на спорното решение Комисията е трябвало да възобнови процедурата за контрол върху операцията между UPS и TNT и в изпълнение на решение от 7 март 2017 г., United Parcel Service/Комисия (T-194/13, EU:T:2017:144), да съобщи на UPS икометричния модел, който смята да използва, за да остойности предвидимия ефект от концентрацията върху цените. Освен това е трябвало Комисията да продължава да има компетентност да упражни контрол върху операцията, предмет на уведомление. Всъщност когато не е налице концентрация, тя няма компетентност да приеме решение съгласно Регламент № 139/2004 (вж. в този смисъл решение от 28 септември 2004 г., MCI/Комисия, T-310/00, EU:T:2004:275, т. 96).

363 Всъщност споразумението за сливане не само задължава UPS да обяви наличието на отрицателно решение на Комисията, пречка да настъпи отлагателното условие, с което е обвързано предложението за покупка, но и (клауза в точка 2.10.b от споразумението) предвижда, че в такава хипотеза UPS може изцяло по свое усмотрение и със съгласието на

нидерландския орган за финансовите пазари да удължи първоначалното си предложение за един или повече периоди с продължителност, която страните смятат за разумно необходима, за да бъде изпълнено отлагателното условие за обявяване от Комисията на съвместимост. Следователно споразумението за сливане дава на UPS възможност изцяло по свое усмотрение да удължи предложението си за TNT в случай на обявяване на несъвместимост.

364 С прессъобщение от 14 януари 2013 г. UPS съобщава, че е уведомено от Комисията за намерението ѝ да забрани планираната концентрация. В прессъобщението си UPS се позовава на думите на своя ръководител, от които недвусмислено се вижда, че UPS е решило да се откаже от планираната операция. След като е прието спорното решение, с второ прессъобщение от 30 януари 2013 г. UPS съобщава, от една страна, че оттегля предложението си за TNT, и от друга, че двете предприятия са решили да прекратят споразумението си за сливане.

365 При тези условия се налага изводът, че UPS се отказва от придобиването на TNT, считано от 14 януари 2013 г., т.е. повече от две години преди FedEx да обяви предложението си за покупка на TNT. Фактите показват също, че UPS никога не се е отказало от това си решение. UPS нито е представило ново предложение за TNT след спорното решение, нито е реагирало на това на FedEx, като отправи конкурентно предложение. Ето защо, дори да се предположи, че допуснатата от Комисията нередност при приемането на спорното решение е можела да доведе до пропуснати ползи за UPS, обстоятелството, че това предприятие се е отказало от планираната операция още с обявяването на спорното решение, е прекъснало всякаква пряка причинно-следствена връзка между тази нередност и твърдяната вреда.

366 UPS обаче твърди, че когато Общият съд е отменил спорното решение, е било твърде късно то да отправя ново предложение, понеже междувременно FedEx е придобило TNT. UPS счита, че съдебното производство не е адаптирано към разглеждането на решенията за контрол върху сливанията.

367 При все това фактът, че спорното решение е отменено след като FedEx придобива TNT, няма никакво отражение върху твърдяната причинно-следствена връзка между установената процесуална незаконосъобразност и твърдяната вреда. Наред с факта, че UPS е изоставило плана си за придобиване на TNT повече от две години преди FedEx да обяви предложението си за TNT и в нито един момент не е представило конкурентно предложение, следва да се подчертае, че с оглед на самостоятелността на иска за обезщетение, UPS изобщо не е било длъжно предварително да подава жалба за отмяна.

368 Освен това в съдебното заседание UPS изтъква, че за него е било невъзможно да продължи концентрацията с TNT след отказа на Комисията, предвид нидерландското законодателство относно публичните предложения за придобиване. Следва обаче да се отбележи, че доводите на UPS в тази насока не са обосновани, защото UPS изобщо не е представило текст на националния закон в подкрепа на тези доводи, и следователно не допускат да се заключи за наличието на принуда, независеща от неговата воля, да се преустанови концентрацията с TNT.

369 Досежно критиките на UPS на съдебната система на Съюза като цяло, и в частност на ефективността на способите за защита при контрола върху концентрации, те не почиват на никакви правни доводи. Доколкото тези критики могат да се разбират в смисъл, че оспорват законността на системата от способи за защита, организирана от Договора за

функционирането на ЕС, по съображение че тази система не осигурявала на UPS ефективна съдебна защита по смисъла на член 47 от Хартата, достатъчно е да се припомни, че фактът, че ищецът или жалбоподателят не е в състояние да докаже наличието на неправомерно поведение на институциите на Съюза, на твърдяната вреда и на причинно-следствена връзка между това поведение и посочената вреда, не означава, че той е бил лишен от ефективна съдебна защита de (вж. в този смисъл решение от 12 септември 2006 г., Reynolds Tobacco и др./Комисия, C-131/03 P, EU:C:2006:541, т. 84).

370 Освен това само държавите членки имат правомощието да преработят системата от способи за защита, установена с Договора, тъй като това правомощие надхвърля компетентността, предоставена с Договора на съдилищата на Съюза (вж. в този смисъл решение от 25 юли 2002 г., Unión de Pequeños Agricultores/Съвет, C-50/00 P, EU:C:2002:462, т. 44 и 45, и определение от 24 ноември 2016 г., Petraitis/Комисия, C-137/16 P, непубликувано, EU:C:2016:904, т. 24).

371 От тези обстоятелства следва, че не е доказано, че нарушението на процесуалните права на UPS или другите твърдени от UPS нарушения са основната причина за твърдените от него пропуснати ползи. Поради това искането за обезщетение за тези вреди следва да се отхвърли.

372 С оглед на всичко изложено дотук искът следва да бъде изцяло отхвърлен.

IV. По съдебните разноски

373 Съгласно член 134, параграф 1 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Съгласно член 135, параграф 2 от същия правилник Общият съд може да осъди дори спечелила делото страна да заплати част от или всички съдебни разноски, ако това е оправдано от поведението на спечелилата страна, включително преди образуване на съдебното производство, по-специално ако прецени, че тя необосновано или злонамерено е причинила разходи на другата страна.

374 Съгласно съдебната практика член 135, параграф 2 от Процедурния правилник следва да се приложи, когато с поведението си институция или служба на Съюза са способствали за възникването на спора (решения от 8 юли 2015 г., European Dynamics Luxembourg и др./Комисия, T-536/11, EU:T:2015:476, т. 391 (непубликувано) и от 23 април 2018 г., CRM/Комисия, T-43/15, непубликувано, EU:T:2018:208, т. 105). В настоящия случай, като не е съобщила окончателния вариант на използвания в подкрепа на спорното решение иконометричен модел, Комисията е поставила UPS в положение, което не му е дало възможност да разбере методологията, от която тя е изходила, за да остойности предвидимите последици от планираната концентрация за равнището на цените. След като спорното решение е отменено, UPS предявява иска по настоящото производство за обезщетение за вредите, които счита, че е претърпяло. Въпреки че е загубило делото, UPS все пак е успяло да докаже, че Комисията е извършила достатъчно съществено нарушение на процесуалните му права. При това положение съгласно член 135, параграф 2 от Процедурния правилник Комисията следва да се осъди да заплати направените от нея съдебни разноски и една трета от тези на UPS, а UPS да се осъди да заплати две трети от направените от него съдебни разноски.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (седми разширен състав)

реши:

1) **Отхвърля иска.**

2) **Осъжда Европейската комисия да заплати направените от нея съдебни разноски и една трета от тези на United Parcel Service, Inc.**

3) **Осъжда United Parcel Service да заплати две трети от направените от него съдебни разноски.**

Papasavvas da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Обявено в открито съдебно заседание в Люксембург на 23 февруари 2022 година.

Подписи

Съдържание

I. Обстоятелствата по спора . . . 2

II. Производството и исканията на страните . . . 3

III. От правна страна . . . 4

А. По допустимостта на някои основания, доводи и доказателства . . . 4

1. По объркаността на доводите на UPS . . . 4

2. По нарушението на член 76, буква г) от Процедурния правилник . . . 5

а) По допустимостта на доводите на UPS относно нарушение на процесуалните права . . . 6

б) По допустимостта на доводите на UPS относно грешка в преценката на последиците от концентрацията върху цените . . . 7

1) По точки 34—37 от исковата молба . . . 7

2) По препращането към приложение A.12 към исковата молба . . . 7

3) По препращането към приложения A.8 и A.9 към исковата молба и към приложения C.1 и C.2 към репликата . . . 8

4) По точка 84 от исковата молба . . . 9

в) По допустимостта на доводите на UPS относно грешката в преценката на ефективността . . . 10

1) По точка 46 от исковата молба . . . 10

2) По препращането към приложение C.6 към репликата . . . 10

3) По препращането към приложения C.7 и C.37 към репликата . . . 11

3. По нарушението на член 85 от Процедурния правилник . . . 12

а) По допустимостта на приложения C.6, C.7 и C.37 към репликата . . . 12

б) По допустимостта на представените от Комисията доклади от експерта по иконометрия . . . 13

Б. По същество . . . 14

1. По условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Съюза . . . 14

2. По твърдените нередности . . . 16

а) По нарушението на процесуалните права на UPS . . . 16

1) По несъобщаването на възприетия иконометричен модел 16

2) По несъобщаването на критериите за оценка на ефективността 21

3) По несъобщаването на някои поверителни документи на FedEx 25

i) По достъпа до 484-те вътрешни поверителни документа на FedEx, приложени към преписката на 10 август 2012 г. 28

ii) По достъпа до документите, изпратени от FedEx на 9 и 15 ноември 2012 г. 30

б) По неизпълнението на задължението за мотивиране 32

в) По грешките в преценката на планираната операция 33

1) По анализа на последиците от концентрацията върху цените 33

i) По неотчитането на някои данни на FedEx 33

ii) По грешките при разработването на иконометричния модел на Комисията 34

2) По ефективността 40

i) Предварителни бележки 40

ii) По оценката на твърдяната от UPS ефективност 40

– По въздушната мрежа и наземното обслужване в Европа (четвърта година) 41

– По административните разходи 42

– По трансатлантическия въздушен транспорт 43

– По транспорта за чужда сметка 44

– По автомобилния превоз по мрежови линии 44

– По инсталациите 45

– По мрежата PUD 46

– По външните доставчици на услуги 48

3) По различното третиране в сравнение с операцията между FedEx и TNT . . 50

4) По положението на FedEx 52

i) По конкурентната близост между FedEx и UPS 52

ii) По плановете на FedEx за разрастване 54

– По развитието на FedEx в Европа 54

– По различието между разходите на FedEx и на конкурентите му . . . 55

– По прогнозирания растеж на FedEx от гледна точка на обеми 56

– По страните, невизирани от FedEx в първата фаза на неговите планове за разрастване 57

– По дестинациите, покрити от FedEx 57

– По анализа „по държави“ 58

г) По изводите относно твърдените нередности 58

3. По причинно-следствената връзка 58

IV. По съдебните разноски 64