Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (seitsmes koda laiendatud koosseisus)

23. veebruar 2022*

Lepinguväline vastutus – Konkurents – Rahvusvaheliste väikepakkide kiirkullerteenuste turud EMPs – Koondumine – Otsus, millega koondumine tunnistatakse siseturuga kokkusobimatuks – Otsuse tühistamine Üldkohtu otsusega – Kaitseõigused – Isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumine – Põhjuslik seos

Kohtuasjas T-834/17,

United Parcel Service, Inc., asukoht Atlanta, Georgia (Ameerika Ühendriigid), esindajad: *solicitor* A. Ryan ning advokaadid F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie ja F. Roscam Abbing,

hageja,

versus

Euroopa Komisjon, esindajad: N. Khan, P. Berghe, M. Farley ja R. Leupold Henning,

kostja,

mille ese on ELTL artikli 268 alusel esitatud nõue hüvitada kahju, mida hageja kandis väidetavalt seetõttu, et komisjoni 30. jaanuari 2013. aasta otsus C(2013) 431, millega tunnistatakse koondumine kokkusobimatuks siseturu ja EMP lepingu toimimisega (juhtum COMP/M.6570 – UPS/TNT Express), on õigusvastane,

ÜLDKOHUS (seitsmes koda laiendatud koosseisus),

koosseisus: koja president S. Papasavvas, kohtunikud R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot ja M. Sampol Pucurull (ettekandja),

kohtusekretär: ametnik E. Artemiou,

arvestades kirjalikku menetlust ja 28. oktoobri 2020. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

* Kohtumenetluse keel: inglise.

otsuse

I. Vaidluse taust

1 Hageja United Parcel Service, Inc. (edaspidi „UPS“ või „hageja“) ja TNT Express NV (edaspidi „TNT“) on Euroopa Majanduspiirkonna (EMP) kaks äriühingut, kes tegutsevad rahvusvaheliste väikepakkide kiirkullerteenuste turgudel.

2 Euroopa Komisjon avaldas 26. juunil 2012 nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, L 24, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 40) (nagu seda rakendatakse komisjoni 21. aprilli 2004. aasta määrusega (EÜ) nr 802/2004 (ELT 2004, L 133, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 88)) artikli 4 alusel eelteatise koondumise kohta (juhtum COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (ELT 2012, C 186, lk 9).

3 Komisjon teatas 11. jaanuaril 2013 UPSile, et kavatseb koondumistehingu, mida tema ja TNT kavandavad, ära keelata.

4 UPS avaldas 14. jaanuaril 2013 selle teabe pressiteatega.

5 Määruse nr 139/2004 artiklis 19 ette nähtud nõuandekomitee esitas 18. jaanuaril 2013 pooldava arvamuse eelnõu kohta võtta vastu komisjoni otsus, millega UPSi ja TNT koondumine tunnistatakse siseturuga kokkusobimatuks.

6 Komisjon tegi 30. jaanuaril 2013 otsuse C(2013) 431, millega tunnistatakse koondumine kokkusobimatuks siseturu ja EMP lepingu toimimisega (juhtum COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (edaspidi „vaidlusalune otsus“). Komisjon leidis, et UPSi ja TNT koondumine kujutab endast tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistust kõnesolevate teenuste turul 15 liikmesriigis, st Bulgaarias, Tšehhi Vabariigis, Taanis, Eestis, Lätis, Leedus, Ungaris, Maltal, Madalmaades, Poolas, Rumeenias, Sloveenias, Slovakkias, Soomes ja Rootsis.

7 UPS teatas sama päeva pressiteatega, et loobub kavandatud koondumistehingust.

8 UPS esitas 5. aprillil 2013 Üldkohtule vaidlusaluse otsuse peale tühistamishagi, mis registreeriti numbri T-194/13 all, ja kiirendatud menetluse kohaldamise taotluse ja kiirendatud menetluse taotluse, mille Üldkohus jättis rahuldamata.

9 FedEx Corp. teatas 7. aprillil 2015 TNT äraostmise pakkumisest.

10 Komisjon avaldas 4. juulil 2015 eelteatise koondumise kohta (juhtum M.7630 – FedEx/TNT Express) (ELT 2015, C 220, lk 15), mis puudutas tehingut, millega FedEx Corp. pidi TNT omandama.

11 Komisjon tegi 8. jaanuaril 2016 otsuse, millega koondumine kuulutatakse kokkusobivaks siseturuga ja EMP lepingu toimimisega (juhtum M.7630 – FedEx/TNT Express), mille kokkuvõte avaldati *Euroopa Liidu Teatajas* (ELT 2016, C 450, lk 12) ning mis puudutab FedExi ja TNT vahelist tehingut.

12 Üldkohus tühistas 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsusega United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144) vaidlusaluse otsuse.

13 16. mail 2017 esitas komisjon 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsuse United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144) peale apellatsioonkaebuse, mille Euroopa Kohus jättis 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsusega komisjon *vs.* United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) rahuldamata.

II. Menetlus ja poolte nõuded

14 UPS esitas Üldkohtu kantseleile 29. detsembril 2017 esitatud dokumendiga käesoleva hagi.

15 Komisjon taotles Üldkohtu kantseleile 29. jaanuaril 2018 esitatud dokumendiga, et Üldkohus peataks menetluse, oodates, kuni tehakse otsus kohtuasjas C-265/17 P esitatud apellatsioonkaebuse kohta või teise võimalusena võetaks menetlust korraldav meede eesmärgiga, et Üldkohus määraks kindlaks esiteks, kas ELTL artiklis 340 ette nähtud Euroopa Liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise tingimused on täidetud peale kahju olemasolu, ning seega teiseks, ega ei ole tarvis mingit poolte koostööd osas, mis puudutab väidetava kahju summat, ning seda kuni uue korralduseni.

16 Koja president otsustas 6. veebruari 2018. aasta otsusega menetluse peatada kuni kohtuotsuse kuulutamiseni kohtuasjas C-265/17 P. Seevastu komisjoni menetlust korraldavate meetmete taotlust Üldkohus ei rahuldanud.

17 Üldkohtu kantseleile 25. jaanuaril 2019 esitatud dokumendiga taotles komisjon uuesti menetlust korraldavat meedet, mis seisneb selles, et Üldkohus määrab kõigepealt kindlaks, kas ELTL artiklis 340 ette nähtud liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise tingimused on täidetud, v.a kõik küsimused, mis puudutavad ükskõik missuguse väidetava kahju esinemist, millele UPS viitab, ning vabastab menetlusosalised väidetava kahju summat puudutavate küsimuste käsitlemisest kuni uue korralduseni.

18 UPS oli Üldkohtu kantseleisse 14. veebruaril 2019 esitatud menetlusdokumendiga selle taotluse vastu ning Üldkohus jättis komisjoni menetlust korraldavate meetmete taotluse rahuldamata.

19 Kuna Üldkohtu kodade koosseisu muudeti 17. oktoobri 2019. aasta otsusega, määras Üldkohtu president Üldkohtu kodukorra artikli 27 lõike 3 alusel teise ettekandja-kohtuniku, kes kuulub seitsmendasse kotta.

20 Üldkohus otsustas seitsmenda koja ettepanekul kodukorra artikli 28 alusel suunata asja laiendatud kohtukoosseisule.

21 Ettekandja-kohtuniku ettepanekul otsustas Üldkohus (seitsmes koda laiendatud koosseisus) avada menetluse suulise osa ning esitas kodukorra artiklis 89 ette nähtud menetlust korraldavate meetmete raames kirjalikke küsimusi menetlusosalistele, kes vastasid nendele küsimustele määratud tähtaegade jooksul. Üldkohus esitas menetlusosalistele kirjalikult ka ühe küsimuse, millele ta palus vastata kohtuistungil.

22 UPS palub Üldkohtul:

– mõista tema kasuks välja hüvitis summas 1,742 miljardit eurot, millele lisandub kohaldatav intress;

– mõista tema kasuks välja hüvitis maksude eest, mida väljamõistetud hüvitiselt tuleb tasuda, võttes arvesse Üldkohtu otsuse tegemise kuupäeval kohaldatavat maksumäära;

– mõista kohtukulud välja komisjonilt.

23 Komisjon palub Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

III. Õiguslik käsitlus

A. Teatavate väidete, argumentide ja tõendite vastuvõetavus

24 Komisjon väidab, et UPSi menetlusdokumendid on segased ega vasta ei kodukorra artikli 76 punktis d ega artiklis 85 sätestatud nõuetele ning et mõned nende põhjendamiseks esitatud argumendid ja tõendid tuleb seega tunnistada vastuvõetamatuks.

1. UPSi argumentide segasus

25 Komisjon heidab UPSile ette, et viimane on esitanud oma argumendid laialipillutatult, järgimata hagi väidete struktuuri. Hagi põhineb kolmel väitel, millest igaüks vastab ühele liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise tingimusele. UPS on siiski esitanud mitu argumenti, mis ei ole seotud väitega, millega need sisu poolest on seotud. Näiteks on UPS esitanud hagiavalduse esitamise etapis argumente, mis on seotud õigusvastasusega, põhjuslikku seost käsitlevates osades. Repliigi etapis analüüsis UPS neid kahte tervikut, esitades aga kahju käsitlevas osas argumente, mis puudutavad liidu lepinguvälise vastutuse kahte ülejäänud tingimust. Komisjon leiab, et Üldkohus ei pea neid argumente rühmitama, sest vormiliselt ei vasta need sellele väitele, mille raames neile tuginetakse.

26 Käsitletaval juhul on UPS tõesti esitanud oma hagiavalduses ühe osa oma väidetavaid rikkumisi käsitlevatest argumentidest väidete raames, mis puudutavad liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise teisi tingimusi, eelkõige väite raames, mis puudutab põhjuslikku seost. Kuigi niisugune loogika puudumine võib muuta hagi segaseks, ei saa see tuua kaasa selle – isegi osalist – vastuvõetamatust, kui põhilised faktilised ja õiguslikud asjaolud, millel nõuded rajanevad, on esitatud ülevaatlikult, selgelt ja täpselt vastavalt Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artiklile 21 ja kodukorra artikli 76 punktile d – mis võimaldab seega kostjal kaitsta oma õigusi ja Üldkohtul vaidluse lahendada. Nende tingimuste täitmiseks peab liidu institutsioonide poolt väidetavalt tekitatud kahju hüvitamise hagi, nagu käesolevaski asjas, sisaldama andmeid, mis võimaldaksid määratleda nii hageja poolt institutsioonidele etteheidetava tegevuse kui ka põhjused, mille tõttu ta leiab, et esineb põhjuslik seos selle tegevuse ja väidetavalt talle tekitatud kahju vahel (vt 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsus FIAMM ja FIAMM Technologies *vs.* nõukogu ja komisjon, T-69/00, EU:T:2005:449, punkt 68 ja seal viidatud kohtupraktika).

27 Ehkki teatavate hageja esitatud õiguslike ja faktiliste argumentide korraldus jätab soovida, on Üldkohus ja komisjon sellegipoolest suutelised tegema kindlaks faktilised ja õiguslikud argumendid, millel hageja nõuded rajanevad. Komisjon ei põhjenda oma väidet, et Üldkohus ei saa rühmitada sisu põhjal argumente, mis on vormiliselt esitatud laialipillutatult, muide ühegi

konkreetse õigusnormiga. Igal juhul sobib niisugune väide raskesti kokku asjaoluga, et Üldkohus ei ole hagi põhjendamiseks esitatud väidete hindamisel oma põhjendustes üleüldse kohustatud järgima seda, millises järjekorras väited esitati (25. märtsi 2010. aasta kohtuotsus Sviluppo Italia Basilicata *vs.* komisjon, C-414/08 P, EU:C:2010:165, punkt 57). Üldkohus võib argumentide sisust lähtudes need ise ümber kvalifitseerida (vt selle kohta 19. novembri 1998. aasta kohtuotsus parlament *vs.* Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, punkt 21, ning 28. juuli 2011. aasta kohtuotsus Mediaset *vs.* komisjon, C-403/10 P, ei avaldata, EU:C:2011:533, punktid 92 ja 93). Ta võib argumentide sisust lähtudes oma analüüsi seega läbi viia järjekorras, mis erineb järjekorrast, milles need talle esitati.

28 Seda arvestades tähendaks see, kui üks osa hageja argumente lükataks tagasi ainuüksi sel põhjusel, et nende sisu ei vasta täpselt menetlusdokumendi selle osa pealkirjale, milles need argumendid on esitatud, liigset formalismi, mis võib kujutada endast Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikliga 47 tagatud õiguse tõhusale õiguskaitsevahendile kasutamise takistust.

29 Komisjoni esitatud asja läbivaatamist takistav asjaolu, et hagi on segane, on põhjendamatu ja tuleb tagasi lükata.

2. Kodukorra artikli 76 punkti d rikkumine

30 Komisjon väidab, et UPSi menetlusdokumendid ei vasta kodukorra artikli 76 punktile d, mis toob seega kaasa teatavate argumentide ja tõendite vastuvõetamatuse.

31 Selles küsimuses tuleb meenutada, et vastavalt Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artiklile 21 – mida põhikirja artikli 53 esimese lõigu kohaselt kohaldatakse Üldkohtu menetluses – ja Üldkohtu kodukorra artikli 76 punktile d tuleb hagiavalduses märkida hagi ese ning ülevaade esitatavatest väidetest.

32 Selleks et tagada õiguskindlus ja hea õigusemõistmine, peab see hageja lühike ülevaade väidetest olema piisavalt selge ja täpne, et kostja saaks ette valmistada oma kaitse ja pädev kohus teha hagi kohta otsuse (11. septembri 2014. aasta kohtuotsus MasterCard jt *vs.* komisjon, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 41).

33 Nimelt peavad Üldkohtus hagi vastuvõetavuse eeldusena põhilised faktilised ja õiguslikud asjaolud, millele hagi tugineb, vähemalt kokkuvõtlikult, kuid loogiliselt ja arusaadavalt nähtuma hagiavalduse enda tekstist. Kuigi on tõsi, et hagiavalduse teksti saab teatavate punktide osas põhjendada ja täiendada viidete abil hagiavalduse lisaks olevate dokumentide osadele, ei saa üldine viide muudele dokumentidele, isegi kui need on hagiavaldusele lisatud, asendada selliste sisuliste õiguslike argumentide puudumist, mis eespool mainitud sätete kohaselt peavad olema märgitud hagiavalduses endas (11. septembri 2014. aasta kohtuotsus MasterCard jt *vs.* komisjon, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 40).

34 Üldkohtu ülesanne ei ole lisadest otsida ja kindlaks teha need väited, mida võib lugeda hagi aluseks, kuna lisadel on üksnes tõenduslik ja abistav ülesanne (17. septembri 2007. aasta kohtuotsus Microsoft *vs.* komisjon, T-201/04, EU:T:2007:289, punkt 94, ja 9. märtsi 2015. aasta kohtuotsus Deutsche Börse *vs.* komisjon, T-175/12, ei avaldata, EU:T:2015:148, punkt 354). Analoogseid nõudeid tuleb järgida, kui argument on esitatud Üldkohtus esitatud väite põhjendamiseks (11. septembri 2014. aasta kohtuotsus MasterCard jt *vs.* komisjon, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 41, ning 16. septembri 2020. aasta kohtuotsus BP *vs.* FRA, C-669/19 P, ei avaldata, EU:C:2020:713, punkt 54).

a) UPSi menetluslike õiguste rikkumist käsitleva argumendi vastuvõetavus

35 Komisjon väidab, et argument, millega UPS väidab, et tema menetluslikke õigusi on rikutud sel põhjusel, et enne vaidlusaluse otsuse tegemist ei edastatud talle tõhususe kasvu hindamise kriteeriume, on vastuvõetamatu. UPS piirdus sellega, et esitas hagiavalduse punktis 42 üldise ja abstraktse kriitika vaidlusaluse otsuse ja teatavate sellele eelnenud aktide suhtes. Et ta ei näidanud täpselt ära vaidlusaluseid kohti, ei ole see argument kodukorra artikli 76 punktis d sätestatud nõuetega kooskõlas.

36 Tuleb siiski märkida, et hagiavalduse punkti 42 lugemisel ilmneb, et UPS heidab komisjonile sisuliselt ette seda, et viimane ei analüüsinud tõsiselt väidetava tõhususe kasvu kontrollitavust ega teinud teatavaks kriteeriume, mille põhjal seda kasvu hinnatakse. UPS viitab seega vajakajäämisele komisjoni analüüsis ning teabe puudumisele eseme ja nõutava tõendatuse taseme kohta. Seega ei saa UPSile ette heita, et ta ei näidanud hagiavalduses täpselt ära, mille puudumise üle komisjoni meetmetes ta kurdab.

37 Lisaks tuleb tõdeda, et hagiavalduse selles punktis 42 on viidatud teatavatele kohtadele vastuväiteteatises ja vaidlusaluses otsuses. UPS on seega täpselt ära näidanud tegurid, mida ta peab asjakohaseks, et neid omavahel võrrelda ja tõendada, et komisjon paljastas oma tõhususe kasvu analüüsi alles vaidlusaluse otsuse tegemise etapis.

38 Sellest järeldub, et asja läbivaatamist takistavad asjaolud, millele komisjon tugineb, ei ole põhjendatud ja tuleb seega tagasi lükata.

b) UPSi nende argumentide vastuvõetavus, mis käsitlevad viga hindadele koondumise avaldatava mõju hindamisel

1) Hagiavalduse punktid 34–37

39 Komisjon väidab, et UPSi argumendid, mis käsitlevad hindadele koondumise avaldatava mõju analüüsi ja on esitatud hagiavalduse punktides 34–37, on nii lakoonilised, et ei vasta kodukorra artikli 76 punktis d sätestatud nõuetele. Hagiavalduses ei ole näidatud põhjuseid, miks leiab UPS, et komisjoni kasutatud ökonomeetriline mudel oli vigane.

40 Tuleb siiski märkida, et hagiavalduse punktides 34–37 väidab UPS, et hindadele koondumise avaldatava mõju analüüsimisel tehti tõsiseid vigu. Nende punktide ja hagiavalduse lugemisel tervikuna võib märgata, et UPS kinnitab, et komisjon kaugenes tunduvalt tavapärasest ökonomeetrilisest praktikast, kasutades hindamise etapis teatavat liiki koondumismuutujat, mis erineb prognoosimise etapis kasutatust, ning tugineb tõendina kahe eksperdi aruannetele (hagiavalduse lisad A.8 ja A.9). Kuigi hagiavalduse punktid 34–37 on koostatud lühidalt, on nendes selgelt ja täpselt kokku võetud komisjoni metodoloogiliste valikute suhtes tehtava tehnilist laadi kriitika sisu. Seda lühiülevaadet on tõendatud viitega nende ekspertide aruannetele (hagiavalduse lisad A.8 ja A.9), mis sisaldavad nende väidetavate tehniliste vigade põhjalikke selgitusi.

41 Nendest asjaoludest tuleneb, et hagiavalduse punktid 34–37 vastavad kodukorra artikli 76 punktis d sätestatud nõuetele. Järelikult tuleb asja läbivaatamist takistav asjaolu, millele komisjon tugineb, põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

2) Viide hagiavalduse lisale A.12

42 Komisjon väidab, et UPS viitas hagiavalduse punktis 34 hagiavalduse lisale A.12, milleks on menetlusdokument, mis esitati kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), näitamata ära kohti, millele ta soovib konkreetselt tugineda. Järelikult toob see kodukorra artikli 76 punkti d rikkumine kaasa nimetatud dokumendi vastuvõetavuse.

43 Viidates hagiavalduse punktis 34 dokumendile (hagiavalduse lisa A.12), mis esitati kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), ei püüdnud UPS siiski parandada hagiavalduse punktides 34–37 esitatud ülevaate mingit puudust üldise viitega sellele dokumendile. Vastupidi, UPS rõhutas nii, et tema kriitika valitud ökonomeetrilise mudeli suhtes esitati juba selle kohtuasja raames. See lisa A.12 koosneb nimelt UPSi 8. juuni 2016. aasta seisukohtadest komisjoni 26. aprilli 2016. aasta vastuse kohta Üldkohtu küsimustele selles kohtuasjas. Nende seisukohtade raames oli UPS kritiseerinud seda, et prognoosimise etapis kasutati teistsugust mudelit kui hindamise etapis. UPS väitis, et nõnda toimides oli komisjon tegutsenud tavatult ja meelevaldselt. Need argumendid, mille UPS oli – nagu ilmneb käesolevas kohtuasjas esitatud dokumentidest – esitanud ka apellatsioonimenetluses kohtuasjas, milles tehti 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), on sisuliselt identsed hagiavalduse punktides 34–37 esitatud argumentidega.

44 Nendest konteksti kirjeldavatest asjaoludest ilmneb, et UPS on korranud etteheiteid, mille ta esitas kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), seoses selle ökonomeetrilise mudeli õigsusega, mida vaidlusaluse otsuse põhjendamiseks kasutati, ning et nendes on argumendid esitatud piisavalt selgelt ja täpselt. Komisjon ei saa seega väita, et ta ei olnud suuteline mõistma nende sisu ja oma kaitset ette valmistama. Komisjoni esitatud asja läbivaatamist takistav asjaolu tuleb tagasi lükata.

3) Viide hagiavalduse lisadele A.8 ja A.9 ning repliigi lisadele C.1 ja C.2

45 Komisjon väidab, et UPS piirdus üldise viitega teatavatele lisadele selle asemel, et esitada oma menetlusdokumentides täpselt ja selgelt oma argumendid. Vastuseks Üldkohtu kirjalikele küsimustele väidab komisjon esiteks, et vaidles kostja vastuse punktis 22 vastu hagiavalduse lisade A.8 ja A.9 vastuvõetavusele. Põhjused, miks UPS leiab, et valitud ökonomeetriline mudel on väär, peaksid vastavalt kodukorra artikli 76 punktile d olema esitatud hagiavalduses endas. Hagiavalduse punktis 36 esitatud selgitused on selles küsimuses aga ebapiisavad. Komisjon leiab, et üldine viide hagiavalduse lisadele A.8 ja A.9 ei saa seda lünka täita, sundides teda mõistatama, missuguseid argumente UPS soovib esitada. Komisjon märgib, et rõhutas seda vasturepliigis. Teiseks väidab komisjon, et UPS ei saanud parandada neid puudusi repliigi etapis, näidates täpsemalt ära hagiavalduse lisade A.8 ja A.9 ning repliigi lisade C.1 ja C.2 asjasse puutuvad kohad.

46 Tuleb siiski nentida, et kostja vastuse punktides 24–29 lükkas komisjon nende eksperdiaruannete sisu üksikasjalikult ümber. See näitab, et komisjon oli suuteline tagama oma huvide kaitse ning et ta ei pidanud muide kostja vastuse etapis vajalikuks esitada omakorda ühte või mitut eksperdiaruannet, et vaielda vastu UPSi omadele ning valgustada Üldkohut nõnda valitud ökonomeetrilise mudeli tehnilistes aspektides.

47 Komisjon vastas vasturepliigi punktides 25–41 põhjalikult argumentidele, mille UPS esitas repliigi punktides 45–49 ja mida ta põhjendas nende kahe eksperdiaruandega (hagiavalduse lisad A.8 ja A.9) ja ekspertide täiendavate arvamusetega (repliigi lisad C.1 ja C.2). Mis puudutab komisjoni väidet, et viide repliigi lisadele C.1 ja C.2 ei ole piisavalt täpne, siis sellele kõneleb otseselt vastu asjaolu, et komisjon näitas vasturepliigi 32. joonealuses märkuses ära nende lisade kohad, millele UPS oma repliigis konkreetselt viitas. Et lükata ümber oma mudeli õigsust puudutavad väited, esitas komisjon vasturepliigi lisana kaks eksperdiaruannet (vasturepliigi lisad D.5 ja D.6), mille vastuvõetavust on analüüsitud tagapool, lähtudes kodukorra artikli 85 lõikest 1.

48 Selles olukorras ei saa komisjon väita, et ta ei olnud suuteline oma kaitset ette valmistama. UPS ei rikkunud seega kodukorra artikli 76 punkti d, kui viitas oma menetlusdokumentides hagiavalduse lisadele A.8 ja A.9 ning repliigi lisadele C.1 ja C.2, et tõendada komisjoni ökonomeetrilise mudeli kohta esitatud kriitika tehnilisi aspekte. Et asja läbivaatamist takistav asjaolu, millele komisjon selles küsimuses tugineb, on põhjendamatu, tuleb see tagasi lükata.

4) Hagiavalduse punkt 84

49 Komisjon väidab, et argument, millega UPS kritiseerib hagiavalduse punktis 84 seda, et kasutati FedExi 2012. aasta turu kaetuse andmed 2015. aasta andmete asemel, on kodukorra artikli 76 punktist d lähtudes vastuvõetamatu. Ta kinnitab, et seda argumenti ei ole hagiavalduses, vaid on menetlusdokumentides, mis esitati kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), näitamata täpselt ära nende menetlusdokumentide kohti, millele UPS soovib tugineda.

50 Tuleb siiski tõdeda, et hagiavalduse punktis 84 on UPS komisjonile selgelt ja täpselt ette heitnud, et viimane kasutas oma selle mõju analüüsis, mida koondumine avaldab hindadele, andmeid FedExi olukorra kohta 2012. aastal ning seda hoolimata asjaolust, et tema käsutuses olid FedExi prognoosid 2015. aastaks.

51 Selles olukorras ei saa asuda seisukohale, et UPS püüdis korvata ebatäpsust hagiavalduses üldise viitega menetlusdokumentidele, mis esitati kohtuasja raames, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144). UPSi argument ei olnud esitatud mitte üksnes arusaadavalt, vaid see oli ka komisjonile juba alates menetlusest selles kohtuasjas teada. Tuleb muide nentida, et komisjon ise viitas vastuseks UPSi argumentidele oma menetlusdokumentidele selles kohtuasjas. Komisjon ei saa niisiis väita, et ta ei suutnud oma kaitset ette valmistada. Et pooled on samad ja sama on ka õiguslik alus, st komisjonile etteheidetavad rikkumised, selle tühistamishagi ja käesoleva kahju hüvitamise hagi puhul, tuleb lugeda vastuvõetavaks hagiavalduse arutluskäikudes – mis on ise vastuvõetavad – tehtud viiteid selle tühistamishagi põhjenduseks esitatud väidetele, mis on toodud käesolevas kohtuasjas esitatud hagiavalduse lisades (vt analoogia alusel 11. juuli 2007. aasta kohtuotsus Electric *vs.* komisjon, T-351/03, EU:T:2007:212, punkt 96). Asja läbivaatamist takistav asjaolu, millele komisjon tugineb, tuleb seega tagasi lükata.

c) UPSi tõhususe kasvu hindamisel tehtud viga käsitlevate argumentide vastuvõetavus

1) Hagiavalduse punkt 46

52 Komisjon väidab, et UPSi argumendid, millega ta kinnitab hagiavalduse punktis 46 esiteks, et haldusmenetluse jooksul kogutud tõendid välistasid otsuse, mille kohaselt on koondumine siseturuga kokkusobimatu, teiseks, et komisjon nõustus põhimõtteliselt koostoimimisega, ning kolmandaks, et kui komisjon oleks kohaldanud tõhususe kasvu suhtes lähenemist, mida ta järgis hiljem, FedExi ja TNT vahelise koondumise kontrollimisel, oleks ta pidanud nõustuma väidetava koostoimimise palju suurema osaga, on vastuvõetamatud, sest need on vastuolus kodukorra artikli 76 punktiga d. Komisjon leiab, et need väited on ebapiisavalt tõendatud, ning rõhutab, et lükkas need ümber juba kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144).

53 Tuleb siiski märkida, et see komisjoni kriitika puudutab rohkem küsimust, kas UPSi väited hagiavalduse punktis 46, mis puudutavad tõhususe kasvu analüüsi, on Üldkohtu veenmiseks piisavalt tõendatud, kui küsimust, kas hagiavaldus sisaldab kodukorra artikli 76 punktis d nõutud lühiülevaade väidetest.

54 Igal juhul tuleb tõdeda, et hagiavalduse punkt 46 on koostatud piisavalt selgelt ja täpselt, et võimaldada kostjal valmistada ette oma kaitse ja Üldkohtul hagi kohta otsus teha. Komisjon on kostja vastuse punktides 55–97 seega UPSi argumentidele ammendavalt vastanud. Komisjoni argumendid on seega põhjendamatud.

2) Viide repliigi lisale C.6

55 Komisjon väidab, et repliigi punktis 82 viitab UPS repliigi lisale C.6 lisatud koondumisteate vormi väljavõtetele, näitamata täpselt ära selle lisa asjasse puutuvaid kohti, millele ta tugineb. Niisugune viitamine on tema sõnul vastuolus kodukorra artikli 76 punktiga d.

56 Tuleb siiski tõdeda, et hagiavalduse punktides 41–46 esitas UPS – küll kokkuvõtlikult, kuid selgelt ja täpselt – argumendid, millega ta heidab komisjonile ette, et viimane ei avaldanud haldusmenetluse jooksul kriteeriume, mida ta kavatses kohaldada väidetava tõhususe kasvu hindamisel. Konkreetselt väitis UPS hagiavalduse punktis 44 esiteks, et komisjon oli enne oma otsuse tegemist kohustatud esitama oma vastuväited väidetava tõhususe kasvu kontrollitavuse kohta ning tagama koondumisest teatanud pooltele tegelik võimalus esitada selle kohta oma seisukohad. UPS väitis teiseks, et toimik näitab, et ta esitas kindlad tõendid tõhususe kasvu kohta niipea, kui esitati teade koondumisvormi abil. Lisaks viitas UPS repliigi punktis 82 sõnaselgelt koondumisvormi asjakohasele osale ja eelkõige selle punktile 96.

57 See, kuidas UPS on oma etteheited esitanud, vastab kodukorra artikli 76 punktis d sätestatud selguse ja täpsuse tingimustele. Selles olukorras ei saa komisjon mõistlikult väita, et ta ei suutnud oma kaitset ette valmistada, kusjuures see ei mõjuta küsimust, kas repliigi lisa C.6 esitamine repliigi esitamise etapis kujutas endast selle esitamist hilinemisega ja on seega vastuvõetamatu – küsimus, mida analüüsitakse tagapool, lähtudes kodukorra artiklist 85.

58 Sellest järeldub, et komisjoni esitatud asja läbivaatamist takistav asjaolu tuleb tagasi lükata.

3) Viide repliigi lisadele C.7 ja C.37

59 Komisjon väidab, et UPS on kodukorra artikli 76 punkti d rikkudes viidanud üldiselt oma 4. juuli 2019. aasta avaldusele koostoimimise kohta (repliigi lisa C.7), repliigi punktidele 90, 92 ja 107, täpsustamata asjakohaseid kohti, millele ta tugineb. Ta esitab sama argumendi väidetavalt ebatäpse viite kohta repliigi punktides 106 ja 108–110 teisele eksperdiaruandele, mille on koostanud FTI Consulting, et hinnata kolme eksperdiaruannet, mille komisjon esitas oma kostja vastuse lisana (edaspidi „FTI teine aruanne“) (repliigi lisa C.37).

60 Tuleb siiski tõdeda, et repliigi punktid 90–98 sisaldavad üksikasjalikku ja põhjalikku ülevaadet argumentidest, millega UPS lükkab ümber esimese eksperdiaruande, mille koostas Oxera, et hinnata koostoimimist, mida UPS lootis TNT omandamisest (edaspidi „Oxera esimene aruanne“) (kostja vastuse lisa B.7), ning mille esitas kohtule komisjon kostja vastuse esitamise etapis. Neid UPSi argumente põhjendab ja täiendab mitmes tehnilises aspektis repliigi lisa C.7, milles on esitatud meetodid, mida UPS tõhususe kasvu hindamiseks kasutas. Vastupidi komisjoni väitele ei ole UPS vältinud oma kohustust esitada oma argumendid kokkuvõtlikult, kuid selgelt ja täpselt, esitades üldise ja ebatäpse viite repliigi lisale C.7 või moonutades selle dokumendi puhtalt tõenduslikku ja abistavat ülesannet. Komisjoni väide, et UPS on rikkunud kodukorra artikli 76 punkti d, ei ole seega põhjendatud.

61 Ka viite kohta FTI teisele aruandele (repliigi lisa C.37) tuleb tõdeda, et repliigi punktides 108–110 on esitatud selge ja täpne ülevaade argumentidest, millega UPS lükkab ümber kaks eksperdiaruannet, mille komisjon esitas (Oxera esimene aruanne kostja vastuse lisas B.7 ja Schoutensi esimene aruanne kostja vastuse lisas B.39). Samalaadsetel põhjustel, mis on esitatud viite kohta repliigi lisale C.7, ei ole komisjoni väide, et on rikutud kodukorra artikli 76 punkt d, põhjendatud.

62 Eelnevate kaalutluste põhjal ei ole komisjoni etteheited, et on rikutud kodukorra artikli 76 punkti d, põhjendatud ja tuleb seega tagasi lükata.

3. Kodukorra artikli 85 rikkumine

63 Komisjon väidab, et mitu tõendit, mille UPS esitas hilinemisega, on vastuvõetamatud – millele UPS vaidleb vastu, kinnitades omalt poolt, et mitu tõendit, mille komisjon esitas kohtule hilinemisega, on vastuvõetamatud.

64 Seisukoha võtmisel nende väidete kohta on oluline meenutada, et vastavalt kodukorra artikli 76 punktile f tuleb igas hagiavalduses märkida tõendid või tõendite kogumise taotlused, juhul kui neid esitatakse. Kodukorra artikli 81 lõike 1 kohaselt peab kostja vastus sisaldama esitatavaid väiteid ja argumente ning tõendeid, kui neid esitatakse.

65 Kodukorra artikli 85 lõikes 1 on täpsustatud, et tõendid esitatakse ja tõendite kogumist taotletakse menetlusdokumentide esimese vahetamise käigus. Kodukorra artikli 85 lõikes 2 on lisatud, et pooled võivad repliigis ja vasturepliigis esitada oma argumentide põhistamiseks täiendavaid tõendeid või taotluse nende kogumiseks, tingimusel et nende hiline esitamine on õigustatud.

66 Kuigi vastavalt kodukorra artikli 85 lõikes 1 ette nähtud aegumisnormile peavad menetlusosalised põhjendama oma uute tõendite või tõendite kogumise taotluste hilist esitamist, on liidu kohus pädev kontrollima nende tõendite või tõendite kogumise taotluste hilise esitamise põhjenduste põhjendatust, ja kui see on asjakohane, siis nende sisu; kui hiline esitamine ei ole õiguslikult

piisavalt õigustatud või põhjendatud, on tal ka pädevus need tagasi lükata. Tõendite või tõendite kogumise taotluste hilinenud esitamine kohtuasja poole poolt võib olla õigustatud, kui kõnealused tõendid ei olnud varem selle poole käsutuses või kui teise poole tõendite hiline esitamine õigustab toimiku täiendamist, et tagada võistlevuse põhimõtte järgimine (16. septembri 2020. aasta kohtuotsus BP *vs.* FRA, C-669/19 P, ei avaldata, EU:C:2020:713, punkt 41).

a) Repliigi lisade C.6, C.7 ja C.37 vastuvõetavus

67 Komisjon väidab, et UPS on esitanud repliigi lisad C.6, C.7 ja C.37 ainsa eesmärgiga täita lüngad hagiavalduses. Niisugune põhjendamatu hiline esitamine peaks tooma vastavalt kodukorra artiklile 85 kaasa nende lisade vastuvõetamatuks tunnistamise.

68 Nagu aga juba eespool tõdetud, ilmneb repliigi punktist 82, et repliigi lisa C.6 on esitatud, et lükata ümber kostja vastuse punktis 47 esitatud komisjoni argumendid, mille kohaselt ei käsitlenud UPS tõhususe kasvu küsimust koondumisvormil. Repliigi lisa C.7 eesmärk on lükata ümber Oxera esimene aruanne (kostja vastuse lisa B.7), mille komisjon esitas. FTI teise aruandega (repliigi lisa C.37) püütakse lükata ümber kaks teist eksperdiaruannet, mille komisjon esitas (Oxera esimene aruanne kostja vastuse lisas B.7 ja Schoutensi esimene aruanne kostja vastuse lisas B.39).

69 Kodukorra artikli 85 lõikes 1 sätestatud õigust lõpetav norm ei puuduta vastutõendi esitamist või täiendavate tõendite kogumise taotlust pärast seda, kui teine pool on kostja vastuses vastutõendi esitanud (17. detsembri 1998. aasta kohtuotsus Baustahlgewebe *vs.* komisjon, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punkt 72, ja 21. mai 2019. aasta kohtumäärus Le Pen *vs.* parlament, C-525/18 P, ei avaldata, EU:C:2019:435, punkt 48).

70 Järelikult ei saa lisasid C.6, C.7 ja C.37 pidada kodukorra artikli 85 lõike 1 kohaselt vastuvõetamatuks.

b) Komisjoni esitatud ökonomeetriaeksperdi aruannete vastuvõetavus

71 Vastuseks Üldkohtu kirjalikele küsimustele vaidleb UPS vastu ökonomeetriaeksperdi nende kahe aruande vastuvõetavusele, mille komisjon esitas vasturepliigi lisana (vasturepliigi lisad D.5 ja D.6). UPS väidab sisuliselt, et komisjon esitas need aruanded hilinenult, ilma et oleks hilist esitamist põhjendanud.

72 Komisjon väidab, et need kaks aruannet on vastuvõetavad.

73 Tuleb siiski meenutada, et kodukorra artikli 81 lõike 1 ning artikli 85 lõigete 1 ja 2 kohaselt esitatakse väited ja argumendid ning tõendid ja tõendite kogumise taotlused põhimõtteliselt kostja vastuses, kusjuures kostja peab põhjendama tõendite ja tõendite kogumise taotluste hilist esitamist, vastasel korral lükatakse need tagasi (vt selle kohta 15. novembri 2007. aasta kohtuotsus Ungari *vs.* komisjon, T-310/06, EU:T:2007:343, punkt 164 ja seal viidatud kohtupraktika).

74 Käsitletaval juhul esitas komisjon vasturepliigi etapis ühe majandusteadlase kaks aruannet, mis kandsid 16. oktoobri 2019. aasta kuupäeva, st olid kostja vastusest hilisemad. Komisjon esitas need aruanded, et põhjendada oma vastust väidetele ja argumentidele, mida ei esitatud mitte repliigis, vaid hagiavalduses.

75 Komisjon teatas vasturepliigi punktides 26 ja 27, et soovib vastata argumentidele, mille UPS esitas hagiavalduse punktides 35 ja 36 ning millega viimane esitas peamiselt küsimuse, kas olemuslik erinevus hindamise etapis kasutatud koondumismuutuja ja prognoosimise etapis kasutatud koondumismuutuja vahel on aktsepteeritav, arvestades kavandatava tehingu konkreetseid asjaolusid. Selleks esitas komisjon sisuliselt kaks argumenti. Esimeses, mille ta tõi ära vasturepliigi punktides 28–50, väidetakse, et ükski ökonomeetriline mudel, mille UPS üksteise järel välja pakkus, ei olnud vastuvõetav. Selle argumendi põhjendamiseks esitas komisjon nimetatud eksperdi esimese aruande (vasturepliigi lisa D.5). Teise argumendiga, mis on esitatud vasturepliigi punktides 39–41, kinnitab komisjon, et mudel, mille ta viimaks valis, on kavandatava tehingu konkreetsetest asjaoludest lähtudes põhjendatud ja mõistlik. Selle argumendi põhjendamiseks tugineb komisjon selle eksperdi teisele aruandele (vasturepliigi lisa D.6).

76 Tuleb aga tõdeda, et komisjoni see argument ei erine märkimisväärselt kostja vastuse punktides 21–31 esitatud argumentidest.

77 Seda arvestades tuleb nõustuda, et komisjoni värvatud eksperdi need kaks aruannet (vasturepliigi lisad D.5 ja D.6) esitati hilinenult, ilma et komisjon seda hilist esinemist vasturepliigis põhjendaks. Tuleb seega nentida, et need aruanded on vastuvõetamatud.

78 Kohtuistungil teatas komisjon, et kuigi ideaalis oleks need kaks aruannet tulnud esitada kostja vastuse esitamise etapis, kujutavad need endast ainult UPSi ekspertide aruannete (hagiavalduse lisad A.8 ja A.9) ning nende ekspertide täiendavate arvamuste (repliigi lisad C.1 ja C.2) ümberlükkamist. Komisjon lisas, et kuna UPS oli saanud võtta kirjalikult seisukoha tema eksperdi aruannete vastuvõetavuse ja sisu kohta Üldkohtu võetud menetlust korraldava meetme tulemusena, ei teki enam nende aruannete vastuvõetavuse küsimust.

79 Vastupidi komisjoni väitele ei ole tema esitatud eksperdiaruannete eesmärk siiski vastata konkreetselt nendele kahele täiendavale eksperdiarvamusele, mille UPS esitas repliigi etapis (repliigi lisad C.1 ja C.2). Lisaks ei tähenda see, et Üldkohus palus käsitletaval juhul UPSil võtta kirjalikult seisukoha komisjoni eksperdi esimese aruande vastuvõetavuse ja sisu kohta, et see aruanne oleks vastuvõetav. Vastavalt kodukorra artikli 85 lõikele 4 võimaldati teistel menetlusosalistel hilinemisega esitatud tõendite kohta seisukoht võtta ilma, et see piiraks Üldkohtu tulevast otsust nende vastuvõetavuse küsimuses.

80 Et UPSi argumendid on põhjendatud, tuleb aruanded, mille komisjon kohtule esitas (vasturepliigi lisad D.5 ja D.6), tunnistada vastuvõetamatuks seetõttu, et need esitati hilinenult ja seda hilist esitamist ei põhjendatud.

B. Sisulised küsimused

1. Liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise tingimused

81 ELTL artikli 340 teise lõigu kohaselt heastab liit lepinguvälise vastutuse korral kõik oma institutsioonide või oma teenistujate poolt ülesannete täitmisel tekitatud kahjud vastavalt liikmesriikide seaduste ühistele üldprintsiipidele.

82 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab Euroopa Liidu lepinguvälise vastutuse tekkimiseks olema korraga täidetud kolm tingimust: rikutud õigusnormi eesmärk on anda isikutele õigusi ja rikkumine on piisavalt selge, tõendatud on kahju tegelik tekkimine ning viimaks esineb otsene

põhjuslik seos akti autorile pandud kohustuse rikkumise ja kannatanule tekkinud kahju vahel (13. detsembri 2018. aasta kohtuotsus Euroopa Liit *vs.* Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punkt 117; vt selle kohta ka 4. juuli 2000. aasta kohtuotsus Bergaderm ja Goupil *vs.* komisjon, C-352/98 P, EU:C:2000:361, punktid 39–42). Nende tingimuste kumulatiivsus tähendab, et kui üks nendest ei ole täidetud, ei saa liidu lepinguvälist vastutust tekkida (vt selle kohta 9. septembri 1999. aasta kohtuotsus Lucaccioni *vs.* komisjon, C-257/98 P, EU:C:1999:402, punktid 63 ja 64, ning 15. juuni 2000. aasta kohtuotsus Dorsch Consult *vs.* nõukogu ja komisjon, C-237/98 P, EU:C:2000:321, punkt 54).

83 Isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumise saab tõendatuks lugeda juhul, kui asjaomane institutsioon on ilmselgelt ja raskelt eiranud oma kaalutlusõiguse piire, ning selle tuvastamisel tuleb arvesse võtta eelkõige lahendatavate olukordade keerukust, rikutud õigusnormi selguse ja täpsuse astet ja kaalutlusruumi ulatust, mille rikutud õigusnorm liidu institutsioonile annab (vt selle kohta 19. aprilli 2007. aasta kohtuotsus Holcim (Deutschland) *vs.* komisjon, C-282/05 P, EU:C:2007:226, punkt 50, ja 30. mai 2017. aasta kohtuotsus Safa Nicu Sepahan *vs.* nõukogu, C-45/15 P, EU:C:2017:402, punkt 30).

84 Liidu õigusnormi piisavalt selge rikkumise nõue tuleneb vajadusest kaaluda, kumb on tähtsam, kas isikute kaitsmine institutsioonide õigusvastase tegevuse eest või kaalutlusruum, mis peab nendel institutsioonidel olema, et nende tegevust ei halvataks (10. septembri 2019. aasta kohtuotsus HTTS *vs.* nõukogu, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 34).

85 See kaalumine on seda olulisem, et komisjon peab kindlaks määrama ja rakendama liidu konkurentsipoliitikat ning selleks on tal kaalutlusõigus (23. aprilli 2009. aasta kohtuotsus AEPI *vs.* komisjon, C-425/07 P, EU:C:2009:253, punkt 31).

86 On tõsi, et liidu vastutuse kohaldamise hõlbustamine nii, et mõistet „liidu õiguse piisavalt selge rikkumine“ laiendatakse õigusnormist tuleneva kohustuse igale rikkumisele, mida – kui kahetsusväärne see rikkumine ka poleks – võib muu hulgas selgitada komisjonil lasuvate objektiivsete piirangutega, võib kahjustada ja isegi pärssida selle institutsiooni tegevust koondumiste kontrolli valdkonnas. Isikutel, kes kandsid kahju komisjoni tegevuse tulemusena, kui see väljendub teos, mis ilma objektiivse õigustuse või selgituseta on ilmselges vastuolus õigusnormiga ja kahjustab tõsiselt nende isikute huve, peab olema siiski õigus hüvitisele (vt selle kohta 11. juuli 2007. aasta kohtuotsus Schneider Electric *vs.* komisjon, T-351/03, EU:T:2007:212, punktid 123 ja 124, ning 9. septembri 2008. aasta kohtuotsus MyTravel *vs.* komisjon, T-212/03, EU:T:2008:315, punktid 42 ja 43).

87 Liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise piiri niisugune määratlemine kaitseb tegutsemisruumi ja hindamisvabadust, mis peab komisjonil olema nii oma oportuniteediotsuste tegemisel kui ka liidu esmase ja teisese õiguse asjakohaste konkurentsi käsitlevate sätete tõlgendamisel ja rakendamisel, ilma et kolmandate isikute kanda jääksid ilmsetest ja lubamatutest rikkumistest tulenevad tagajärjed (vt selle kohta 11. juuli 2007. aasta kohtuotsus Schneider Electric *vs.* komisjon, T-351/03, EU:T:2007:212, punkt 125).

88 Sellest järeldub, et liidu lepinguvälise vastutuse võib kaasa tuua ainult sellise rikkumise tuvastamine, mida tavapäraselt ettevaatlik ja hoolas haldusorgan ei oleks analoogilises olukorras toime pannud (10. septembri 2019. aasta kohtuotsus HTTS *vs.* nõukogu, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 43).

2. Väidetavad rikkumised

89 UPS väidab, et vaidlusaluses otsuses ja selle vastuvõtmiseni viinud menetluses on toime pandud mitu rikkumist, mis kujutavad endast liidu õiguse piisavalt selgeid rikkumisi. Komisjon rikkus UPSi menetluslikke õigusi, oma põhjendamiskohustust ning tegi vigu koondumise sisulisel hindamisel, esiteks kaugenedes tavapärastest ökonomeetrilistest meetoditest, mida kasutatakse, kui analüüsitakse koondumise mõju hindadele, teiseks analüüsides FedExi konkurentsisurvet staatiliselt ja kolmandaks hinnates tõhususe kasvu ebaadekvaatselt.

90 Tuleb analüüsida kordamööda väiteid, et on rikutud UPSi menetluslikke õigusi ja põhjendamiskohustust, ning väiteid, mis käsitlevad vaidlusaluses otsuses esitatud hinnangute õigsust.

a) UPSi menetluslike õiguste rikkumine

91 Rikkumist, milleks on menetlusõiguste rikkumine, põhjendab UPS nii, et heidab komisjonile ette esiteks valitud ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmist, teiseks tõhususe kasvu hindamise kriteeriumide edastamata jätmist ja kolmandaks teatavate FedExi konfidentsiaalsete dokumentide edastamata jätmist.

1) Valitud ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmine

92 UPS väidab, et Üldkohus ja seejärel Euroopa Kohus on juba otsustanud, et komisjon on rikkunud tema kaitseõigusi sellega, et ei edastanud talle selle ökonomeetrilise mudeli lõplikku versiooni, mida kasutati, et analüüsida koondumise mõju hindadele. Tegemist on isikutele õigusi andva õigusnormi ilmse ja tõsise rikkumisega, mida ei õigusta ei ajalised piirangud ega juhtumi keerukus.

93 Komisjon väidab, et UPSi kaitseõiguste rikkumist ei saa kvalifitseerida liidu õiguse piisavalt selgeks rikkumiseks, võttes esiteks arvesse liidu õiguse ebaselgust vaidlusaluse otsuse tegemise kuupäeval seoses temal lasunud kohustusega edastada ökonomeetrilise mudeli lõplik versioon ning teiseks ajalisi piiranguid kavandatava koondumise hindamisel.

94 Tuleb meenutada, et UPSi viidatud rikkumine on juba lõplikult tuvastatud. Üldkohus tühistas vaidlusaluse otsuse tervikuna sel põhjusel, et komisjon oli rikkunud UPSi kaitseõigusi, jättes oma ökonomeetrilise mudeli lõpliku versiooni talle edastamata (7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon, T-194/13, EU:T:2017:144, punktid 221 ja 222). See kohtuotsus on jõustunud, sest komisjoni apellatsioonkaebus jäeti 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsusega komisjon *vs.* United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) rahuldamata.

95 Vaidlust ei ole selles, et kaitseõiguste tagamise põhimõte kuulub koondumiste kontrolli menetluste raames isikutele õigusi andvate õigusnormide kategooriasse (vt selle kohta 16. juuli 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 162).

96 Küll aga valitseb poolte vahel vaidlus küsimuses, kas UPSi kaitseõiguste rikkumine on piisavalt selge, et tuua kaasa liidu lepinguvälist vastutust.

97 Tuleb meenutada, et kaitseõiguste tagamine on liidu õiguse üldpõhimõte, mida tuleb kohaldada, kui ametivõim kavatseb teha isiku suhtes talle ebasoodsa otsuse (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 28).

98 Koondumiste kontrolli menetlustes on see põhimõte kehtestatud määruse nr 139/2004 artikli 18 lõikes 3 ning täpsemalt määruse nr 802/2004 artikli 13 lõikes 2. Viimati nimetatud sätted nõuavad eelkõige, et komisjoni vastuväited edastataks koondumisest teatanud pooltele kirjalikult ja et oleks märgitud tähtaeg, mille jooksul pooled võivad komisjonile oma seisukohad kirjalikult esitada (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 29).

99 Neid sätteid täiendavad normid toimikuga tutvumise kohta, mis kaasneb kaitseõiguste tagamise põhimõttega. Nimelt selgub määruse nr 139/2004 artikli 18 lõikest 3 ja määruse nr 802/2004 artiklist 17, et pärast vastuväidetest teatamist on toimikuga õigus tutvuda otseselt huvitatud isikutel, tingimusel et muu hulgas on tagatud ettevõtjate õigustatud huvi kaitsta oma ärisaladusi, sest õigus tutvuda dokumentidega ei hõlma konfidentsiaalset teavet ega komisjoni või liikmesriikide pädevate ametiasutuste sisedokumente (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 30).

100 Et analüüsida tulevikku vaatavalt koondumise mõju teguritele, mis määravad ära konkurentsiseisu puudutatud turgudel, võimaldab ökonomeetriliste mudelite kasutamine lõpuni mõista kavandatavat koondumist, tuvastades ja vajaduse korral arvuliselt määratledes selle teatavad tagajärjed, ning panustada sel viisil komisjoni otsuste kvaliteeti. Seega on vajalik, et kui komisjon kavatseb rajada oma otsuse sellistele mudelitele, siis oleks teatise esitajatel võimalik avaldada selle kohta oma seisukohad (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 33).

101 Nende mudelite ning mudelite väljatöötamise aluseks olnud metodoloogiliste valikute avalikustamine on seda enam vajalik, et see aitab tagada, et menetlus on õiglane kooskõlas harta artiklis 41 sätestatud hea halduse põhimõttega (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 34).

102 Kaitseõiguste tagamiseks enne koondumiste kontrolli valdkonnas otsuse tegemist on seega nõutav, et koondumisest teatanud pooltel oleks võimalik tõhusalt esitada oma seisukoht kõigi nende asjaolude tegelikkusele vastamise ja asjakohasuse kohta, millele komisjon kavatseb rajada oma otsuse (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 31).

103 Komisjon ei tohi pärast vastuväiteteatist muuta selle ökonomeetrilise mudeli sisu, millele ta kavatseb rajada oma väited, ilma et ta oleks vastavast muudatusest teavitanud huvitatud ettevõtjaid ja võimaldanud neil selle kohta esitada oma seisukohad. Niisugune tõlgendus oleks nimelt vastuolus kaitseõiguste tagamise põhimõtte ning määruse nr 139/2004 artikli 18 lõikega 3, millest esiteks tuleneb nõue, et komisjon lähtub oma otsuse tegemisel ainult väidetest, mille kohta huvitatud isikud on saanud esitada oma märkused, ning mis teiseks näevad vähemalt otseselt huvitatud poolte jaoks ette õiguse tutvuda toimikuga. Samuti on välistatud, et selliseid andmeid saab kvalifitseerida sisedokumendiks määruse nr 802/2004 artikli 17 tähenduses (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 37).

104 Sellest järeldub, et komisjon oli kohustatud tutvustama enne vaidlusaluse otsuse tegemist UPSile muudatusi ökonomeetrilises mudelis, mida kasutati, et hinnata koondumise mõju hindadele. Nimetatud kohustus tuleneb määruse nr 139/2004 artikli 18 lõike 3 kohaldamisest, sest see säte kohustab komisjoni esitama piisavalt selgelt ja täpselt oma vastuväited, et tagada koondumisest teatanud poolele võimalus olla enne vaidlusaluse otsuse tegemist ära kuulatud. Komisjonil oli selles küsimuses märkimisväärselt piiratud või isegi olematu kaalutlusruum (vt selle kohta

16. juuli 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 166). Need kaalutlused kalduvad näitama, et kuna komisjon ei edastanud UPSile oma ökonomeetrilist mudelit, on ta ilmselgelt ja tõsiselt eiranud oma kaalutlusõiguse piire.

105 Komisjon leiab siiski, et käsitletaval juhul ei ole see nii ning esitab sellega seoses kaks argumenti.

106 Esimeses argumendis väidetakse, et vaidlusaluse otsuse tegemise hetkel ei olnud kohtupraktika ökonomeetriliste mudelite edastamise kohustuse küsimuses veel kindel.

107 Tuleb meenutada, et nende liidu õigusnormide kohaldamise ja tõlgendamise raskused, mis on asjakohased niisuguse akti vastuvõtmise raames, mis hiljem vaidlustatakse, et tuvastataks liidu lepinguväline vastutus, võetakse asjaomase institutsiooni tegevuse hindamisel arvesse, et teha kindlaks, kas ta on pannud toime liidu õigusnormi piisavalt selge rikkumise. Need parameetrid on kõik seotud asjaomase institutsiooni otsuse vastuvõtmise või tegevuse toimumise kuupäevaga. Sellest järeldub, et liidu õigusnormi piisavalt selget rikkumist tuleb tingimata hinnata lähtuvalt olukorrast, milles institutsioon sel konkreetsel kuupäeval tegutses (vt selle kohta 10. septembri 2019. aasta kohtuotsus HTTS *vs.* nõukogu, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punktid 44 ja 46).

108 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144) on tõesti esimene, milles analüüsiti küsimust, kas komisjon tohtis tugineda ökonomeetrilisele mudelile, olemata enne seda andnud koondumisest teatanud ettevõtjale võimaluse olla ära kuulatud selles mudelis tehtud muudatuste küsimuses. Kohtupraktika, mis käsitles kaitseõiguste põhimõtte tagamist ja õigust olla ära kuulatud, oli selle kohtuotsuse kuulutamise ajal juba mahukas. Näiteks olid Euroopa Kohus ja Üldkohus käesoleva kohtuasja õiguslikust ja faktilisest kontekstist teistsuguses kontekstis juba sisuliselt leidnud, et kui komisjon tugines aruandele, mida ta oli muutnud omal algatusel, võtmata vaevaks küsida asjaomaselt ettevõtjalt, milline on tema ühepoolse sekkumise võimalik mõju selle teabe usaldusväärsusele, mida viimane oli talle andnud, oli ta pannud toime liidu õigusnormi piisavalt selge rikkumise (vt selle kohta 10. juuli 2003. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, punkt 30, ning 24. oktoobri 2000. aasta kohtuotsus Fresh Marine *vs.* komisjon, T-178/98, EU:T:2000:240, punktid 80–82).

109 Tuleb ka rõhutada sõnastust, millega Euroopa Kohus lükkas tagasi komisjoni kriitika põhjenduste kohta 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsuses United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), millega vaidlusalune otsus UPSi kaitseõiguste rikkumise tõttu tühistati. Euroopa Kohus leidis, et kaitseõiguste tagamise seisukohast ei sõltu küsimus, kas koondumise pooltele ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmine annab aluse tühistada komisjoni otsus, selle mudeli eelnevast kvalifitseerimisest süüstavaks või õigustavaks tõendiks. Arvestades ökonomeetriliste mudelite olulisust koondumise mõju tulevikuanalüüsimise jaoks, läheks see, kui tõsta nõutavat tõendamiskünnist, selleks et tühistada otsus kaitseõiguste rikkumise tõttu, mis – nagu käesolevas kohtuasjas – on tingitud metodoloogilistest valikutest teavitamata jätmisest, eelkõige mis puudutab statistilisi meetodeid, mis on nendele mudelitele omased, nagu seda sisuliselt soovitab teha komisjon, vastuollu eesmärgiga kutsuda komisjoni üles läbipaistvalt välja töötama koondumise kontrolli menetluses kasutatavaid ökonomeetrilisi mudeleid ning kahjustaks komisjoni otsuste järgneva kohtuliku kontrolli tõhusust (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punktid 54 ja 55).

110 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23) ei võimalda seega asuda seisukohale, et vaidlusaluse otsuse tegemise kuupäeval valitses ebakindlus küsimuses, kuidas tõlgendada nii kaitseõiguste tagamise põhimõtet, mis on kehtestatud muu

hulgas määruse nr 139/2004 artikli 18 lõikes 3, kui ka järeldusi, mis tuleb teha kaitseõiguste rikkumisest sellega, et ei edastatud niisugust ökonomeetrilist mudelit, millega on tegemist käesolevas kohtuasjas.

111 Seda arvestades tuleb lükata tagasi komisjoni väide, et UPSi kaitseõiguste rikkumist tuleb pidada vabandatavaks liidu õigusnormi väidetava ebaselguse tõttu vaidlusaluse otsuse tegemise hetkel.

112 Oma teise argumendiga väidab komisjon, et võttes arvesse ajalist piirangut, kui ta hindas UPSi ja TNT tehingut kogu selle keerukuses, ei saa UPSi kaitseõiguste rikkumist pidada piisavalt selgeks rikkumiseks. Komisjoni sõnul ei saa neid ajalisi piiranguid alahinnata. Alles kaks kuud enne vaidlusaluse otsuse tegemist võttis komisjon vastu täiendavad muudatused ökonomeetrilises mudelis. Nende kahe kuu jooksul pidi ta analüüsima vastust vastuväiteteatisele (346 lk), korraldama hetkeolukorda kajastavaid koosolekuid, edastama oma esialgsed järeldused UPSile ning hindama tema kohustuste võtmise ettepanekuid, konsulteerima liikmesriikidega ja koostama vaidlusaluse otsuse (450 lk) ning seda olukorras, kus UPS esitas oma analüüsi, kuidas koondumine mõjutab hindu, menetluse hilises etapis.

113 Komisjon peab mõistagi määruse nr 139/2004 üldist ülesehitust iseloomustava kiire menetlemise nõude ühitama kaitseõiguste tagamisega (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 38).

114 Mis puudutab käesoleva kohtuasja asjaolusid, siis on siiski juba otsustatud, et ökonomeetrilise mudeli lõppversioon võeti vastu 21. novembril 2012, s.o enam kui kaks kuud enne vaidlusaluse otsuse tegemist. Kuigi need muudatused olid märkimisväärsed, ei edastatud neid UPSile. Komisjon ei esitanud midagi, mis näidanuks konkreetseid põhjuseid, miks oli tal praktikas võimatu sel kuupäeval määrata UPSile lühikest vastamistähtaega, et viimane saaks esitada seisukohad nende muudatuste kohta (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punktid 41 ja 42), samas kui ökonomeetrilises mudelis tehtud muudatuse edastamisel ei esinenud mingit tehnilist või halduslikku raskust ning komisjonil oli siis piisavalt aega, et teha vaidlusalune otsus pärast UPSi ärakuulamist.

115 Neid asjaolusid arvestades ei ole komisjoni õigustus, et esinesid ajalised piirangud, põhjendatud.

116 Komisjon väidab siiski vastu, et arvestades konteksti, milles vaidlusalune otsus tehti, ei võimalda ökonomeetrilises mudelis tehtud viimaste muudatuste edastamata jätmine järeldada, et eksisteerib liidu õigusnormi piisavalt selge rikkumine. Ta kinnitab, et selle mõju analüüs, mida koondumine hindadele avaldab, vaidlusaluses otsuses oli UPSiga toimunud korduva dialoogi tulemus, mis leevendab tehtud viga. Võtnud arvesse UPSi ettepanekuid, otsustas komisjon viimaks valida sobivaima mudeli põhjustel, mis on esitatud vaidlusaluse otsuse põhjendustes 727–740.

117 Et teha kindlaks, kas komisjoni rikkumine võib tuua kaasa liidu vastutuse, tuleb rõhutada peale erilise tähtsuse, mis on põhitagatistel liidu õiguskorras, et metodoloogilised alused, millel koondumise tulevikku vaatavas analüüsis kasutatavad ökonomeetrilised mudelid põhinevad, peavad olema samuti võimalikult objektiivsed, selleks et mitte mõjutada analüüsi tulemust ühes või teises suunas. Need tegurid aitavad kaasa komisjoni otsuste erapooletusele ja kvaliteedile, millest lõpuks sõltub usaldus, mis avalikkusel ja ettevõtjatel on selle vastu, et koondumiste kontrolli menetlus liidus on õiguspärane (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 53).

118 Jättes nii täitmata menetlusliku nõude, mille eesmärk on siiski tagada liidu koondumiste kontrolli menetluse õiguspärasus ja selle õiglus, asetas komisjon ka UPSi olukorda, kus viimane ei saanud mõista ühte osa vaidlusaluse otsuse põhjendustest.

119 Komisjoni argumendi kohta, et kaitseõiguste rikkumine ei ole piisavalt selge sel põhjusel, et UPS võis ökonomeetrilise mudeli lõppversioonis tehtud muudatusi mõista tänu vestlustele, mis selle väljatöötamisele eelnesid, tuleb meenutada, et Üldkohus on juba lõplikult otsustanud, et ehkki lõpliku ökonomeetrilise mudeli ja varem arutatud mudelite vahel on palju sarnasusi, ei olnud tehtud muudatused vähetähtsad ning et haldusmenetluse mitte ühelgi hetkel ei arutatud erinevate koondumisnäitajate kasutamist mitu korda (7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon, T-194/13, EU:T:2017:144, punktid 204–209).

120 Alles menetluses kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), sai UPS Üldkohtu 11. aprilli 2016. aasta menetlust korraldava meetme tulemusena tutvuda muudatustega, mis ökonomeetrilise mudeli lõppversioonis tehti.

121 Komisjoni argument, et kaitseõiguste rikkumist leevendab asjaolu, et ökonomeetrilise mudeli väljatöötamisele eelnes mitu mõttevahetust UPSiga, ei ole seega põhjendatud.

122 Et UPSile ei edastatud ökonomeetrilise mudeli lõppversiooni, ei olnud tal teavet, mis juhul, kui see oleks talle õigel ajal edastatud, oleks võimaldanud tal tugineda erinevatele tulemustele seoses hindadele tehinguga tekitatavate tagajärgedega ja need tulemused oleksid võinud viia komisjoni poolt arvesse võetud kvalitatiivse teabe ulatuse ümberhindamiseni ning järelikult nende riikide arvu vähenemiseni, kus esines tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus (7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon, T-194/13, EU:T:2017:144, punkt 218). Tuleb niisiis järeldada, et UPSi kaitseõigusi on rikutud ilmselgelt ja tõsiselt.

123 UPSi kaitseõiguste rikkumine kujutab seega endast isikutele õigusi andva liidu õigusnormi piisavalt selget rikkumist komisjoni poolt.

2) Tõhususe kasvu hindamise kriteeriumide edastamata jätmine

124 Nõustudes, et tõhususe kasvu tõendamise koormis lasub koondumisest teatanud poolel, leiab UPS, et komisjon oli kohustatud määrama enne lõpliku otsuse tegemist kindlaks tõendamiskünnise, mida ta nõuab, et väidetavat kasvu võiks pidada kontrollitavaks horisontaalsete ühinemiste hindamise suuniste vastavalt nõukogu määrusele kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, C 31, lk 5; ELT eriväljaanne 08/03, lk 10; edaspidi „suunised“) tähenduses. Neid kriteeriume enne avaldamata on komisjonil kaalutlusõigus, mis võimaldab tal väidetava tõhususe kasvuga nõustuda või mitte nõustuda, ilma et koondumisest teatanud pool või liidu kohus oleks suuteline tegema vähimatki kontrolli. Komisjon oleks võinud selgitada vastuväiteteatises või vastuväiteteatist täiendavas faktiliste asjaolude kirjelduses vastavalt teatise, mis käsitleb [ELTL] artiklitega 101 ja 102 seotud menetluste läbiviimise parimaid tavasid (ELT 2011, C 308, lk 6), punktile 111 põhjuseid, miks ta kavatseb teatava tõhususe kasvuga nõustuda ja teatava muu kasvuga mitte nõustuda. UPSi sõnul ei teinud ta seda siiski.

125 Sarnaselt sellega, mida on juba otsustatud ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmise kohta, väidab UPS, et tõhususe kasvu hindamise kriteeriumide edastamata jätmine tõi kaasa tema kaitseõiguste rikkumise. Komisjon on tema sõnul kohustatud esitama oma vastuväited

küsimuses, kas väidetav tõhususe kasv on kontrollitav, ning andma koondumisest teatanud pooltele võimaluse esitada selle kohta oma seisukohad. Komisjon ei täitnud seda kohustust, asetades ta nii olukorda, kus tal oli võimatu tõhususe kasvu esinemist tõendada.

126 Lisaks, kuigi ta esitas juba alates teatevormi esitamisest hulga tõendeid tõhususe kasvu kohta, lükkas komisjon need lihtsalt ebapiisavatena tagasi, tegemata mingeid päringuid. Alles haldusmenetluse lõpul püüdis komisjon astuda temaga piiratud dialoogi tõhususe kasvu teemal. On siiski väheusutav, et komisjonil oli aega võtta arvesse seda, mille UPS esitas viimasena 20. novembril 2012, arvestades seisukohta, mille ta võttis sama päeva hetkeolukorda kajastaval koosolekul.

127 Lõpuks leiab UPS, et alles kohtumenetluse etapis kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), sai ta algatada komisjoniga selles küsimuses sisulise arutelu.

128 Komisjon vaidleb nendele argumentidele vastu.

129 Tuleb meenutada, et koondumise siseturuga kokkusobimatuks tunnistamiseks peab komisjon määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 kohaselt tõendama, et teatatud koondumine takistaks märkimisväärselt, eelkõige turgu valitseva seisundi tekkimise või tugevdamise kaudu, tõhusat konkurentsi siseturul või selle olulises osas (6. juuli 2010. aasta kohtuotsus Ryanair *vs.* komisjon, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 26).

130 Kohtupraktikast ilmneb, et komisjoni otsused koondumiste siseturuga kokkusobivuse kohta peavad olema tõendatud piisavalt kaalukate ja kokkulangevate tõenditega. Kui komisjon leiab, et koondumine tuleb ära keelata, siis lasub tal kohustus esitada veenvad tõendid selle järelduse põhjendamiseks (vt selle kohta 10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 50, ning 6. juuni 2002. aasta kohtuotsus Airtours *vs.* komisjon, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 63).

131 Seejuures on eriti oluline nende tõendite kvaliteet, mille komisjon esitab, et tõendada vajadust teha otsus, millega koondumine tunnistatakse siseturuga kokkusobimatuks. Sellest ei saa siiski järeldada, et komisjon peab koondumiste keelamise otsuste alal täitma kõrgemaid tõendamisnõudeid kui otsuste puhul, millega antakse niisugusteks tehinguteks luba. Eespool punktis 130 meenutatud kohtupraktika peegeldab lihtsalt tõendi peamist ülesannet, milleks on veenda, et väide on põhjendatud, või – nagu koondumiste kontrolli valdkonnas – kinnitada komisjoni otsuse aluseks olevaid hinnanguid. Sellepärast on teesi – et teatatud koondumine takistab konkurentsi – sisemine keerukus asjaolu, mida tuleb arvesse võtta selle koondumise erinevate tagajärgede usutavuse hindamisel, et teha kindlaks kõige tõenäolisem tagajärg, kuid see keerukus ei mõjuta iseenesest nõutud tõendite taset (10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punktid 50 ja 51).

132 Määruses nr 139/2004 ei ole ühtegi sätet, mis käsitleks tõhususe kasvu. Selle põhjenduses 29 on siiski märgitud:

„Et hinnata koondumise mõju konkurentsile ühisturul, on kohane arvesse võtta kogu põhjendatud ja tõenäolist kulude kokkuhoidu, millele asjaomased ettevõtjad osutavad. On võimalik, et koondumisega saavutatav kulude kokkuhoid tasakaalustab konkurentsimõjusid ning eelkõige potentsiaalset kahju tarbijatele, mida koondumine võiks muul juhul kaasa tuua, mistõttu koondumine ei takistaks märkimisväärselt, eelkõige turgu valitseva seisundi loomise või

tugevdamise kaudu, tõhusat konkurentsi ühisturul või selle olulises osas. Komisjon peaks avaldama juhised tingimuste kohta, mille alusel ta võib koondumise hindamisel kulude kokkuhoidu arvesse võtta.“

133 Määruse nr 139/2004 põhjenduses 29 viidatud komisjoni juhiseid on esitatud suuniste punktides 76–88.

134 Suuniste punktidest 76 ja 77 ilmneb, et on võimalik, et ühinemisest tulenev tõhususe kasv tasakaalustab mõju, mida ühinemine muidu konkurentsile avaldaks. Komisjon võib seega otsustada, et ühinemist ei ole vaja siseturuga kokkusobimatuks tunnistada, kui sellel institutsioonil on võimalus järeldada piisava tõendusmaterjali põhjal, et ühinemisega kaasnenud tõhususe kasv suurendab tõenäoliselt ühinemisel tekkinud üksuse võimalusi ja ajendit tegutseda tarbijate huvides konkurentsi edendavalt.

135 Suuniste punktist 78 ilmneb, et selleks peab korraga olema täidetud kolm tingimust: esiteks peab tõhususe kasv olema tarbijate huvides, teiseks peab see olema ühinemispõhine ja kolmandaks kontrollitav.

136 Tõhususe kasvu kontrollitavuse tingimust on käsitletud suuniste punktides 86–88. Suuniste punktist 86 ilmneb, et selle tingimuse eesmärk on võimaldada komisjonil „mõistlikkuse piires teha kindlaks, kas tõhususe kasv tõenäoliselt toimub, ning samuti peab see olema piisavalt suur, et korvata võimalikku kahju, mida ühinemine tarbijatele toob“. Selles punktis on märgitud, et mida täpsemad ja veenvamad tõhusust käsitlevad väited on, seda paremini saab komisjon neid hinnata. Selles on täpsustatud, et tõhususe kasvu ja tarbijatele kaasnevat kasu tuleks võimaluse korral „mõõta“ ning et „[k]ui täpse kvantitatiivse analüüsi tegemiseks vajalikud andmed ei ole kättesaadavad, peab olema võimalik näha ette selgelt määratletav (mitte marginaalne) positiivne mõju tarbijatele“.

137 Tõendamiskoormise küsimust on käsitletud ja tõhususe kasvu hindamiseks vajalikke tõendeid kirjeldatud suuniste punktides 87 ja 88, mis on sõnastatud järgmiselt:

„87. Suurem osa teabest, mille põhjal komisjon võib hinnata, kas ühinemine toob kaasa sellise tõhususe kasvu, mis võimaldab komisjonil ühinemise heaks kiita, on üksnes ühinevate osapoolte valduses. Seetõttu peavad teate esitanud osapooled esitama õigeaegselt kogu asjaomase teabe, mis on vajalik näitamaks, et väidetav tõhususe kasv on ühinemispõhine ja tõenäoliselt realiseeritav. Samuti peavad teate esitanud osapooled näitama, mil määral on tõenäoline, et tõhususe kasv korvab kahjulikke mõjusid, mida ühinemine vastasel juhul konkurentsile avaldaks, ja toob seeläbi tarbijatele kasu.

88. Tõhusust käsitlevate väidete hindamise seisukohast vajaliku tõendusmaterjali hulka kuuluvad eelkõige äriühingusisesed dokumendid, mida juhtkond ühinemise üle otsustamisel kasutas, juhtkonna teatised omanikele ja finantsturgudele prognoositava tõhususe kasvu kohta, varasemad näited tõhususe kasvu ja tarbijatele kaasnenud kasu kohta ning ühinemiseelsed välisekspertide uuringud, mis käsitlevad tõhususe kasvu tüüpi ja suurust ning seda, mil määral tarbijad sellest tõenäoliselt kasu saavad.“

138 Suunistest ilmneb niisiis selgelt, et prognoositud tõhususe kasvu mõõtmiseks võimaluse korral vajalikud täpsed ja veenvad tõendid peab esitama koondumisest teatanud pool. See olukord erineb koondumise prognoositava mõju tõendamisest – koormis, mis lasub komisjonil ja millest

tuleneb, et selleks kasutatavad ökonomeetrilised mudelid edastatakse koondumisest teatanud pooltele, sest need on abivahend otsuste tegemisel (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 33).

139 Niisugused suunistes antud juhised näitavad tõesti üldises sõnastuses, et ainult tõenditega tõendatud tõhususe kasv võimaldab objektiivselt hinnata selle kasvu ulatust ja tõenäosust. Suunistes on toodud näiteid seejuures asjakohasest teabest, milleks on eelkõige asjaomastele ettevõtjatele mõeldud sisedokumendid. Suuniste üldine sõnastus on siiski mõistetav, kui mitte vältimatu seetõttu, et ettevõtjate individuaalsed olukorrad, prognoositav tõhususe kasv ja nende turgude omadused, kus komisjon peab oma kontrolli tegema, kui talle teatatakse koondumisest, on mitmekesised. Ei saa seega mõistlikult oodata, et komisjon määraks niisuguse vahendiga nagu suunised ette ning põhjalikult ja üksikasjalikult kindlaks kõik kriteeriumid, mille põhjal võib seda tõhususe kasvu pidada kontrollitavaks.

140 Ka ei kohusta määruse nr 139/2004 ja suuniste ükski säte komisjoni siis, kui koondumisest teatanud pooled esitavad argumente, mis põhinevad tõhususe kasvul, määrama juba ette abstraktselt kindlaks konkreetsed kriteeriumid, mille põhjal ta kavatseb nõustuda, et teatavat tõhususe kasvu võib pidada kontrollitavaks.

141 Selles küsimuses tuleb märkida, et dumpinguvastase regulatsiooni kontekstis on juba otsustatud, et kui institutsioon kasutab talle selle regulatsiooniga jäetud kaalutlusruumi, selgitamata üksikasjalikult ja juba ette kriteeriume, mida ta kavatseb igal konkreetselt juhul kohaldada, ei riku ta õiguskindluse põhimõtet (vt selle kohta 5. oktoobri 1988. aasta kohtuotsus Brother Industries *vs.* nõukogu, 250/85, EU:C:1988:464, punkt 29, ja 7. mai 1991. aasta kohtuotsus Nakajima *vs.* nõukogu, C-69/89, EU:C:1991:186, punkt 118). See olukord on samalaadne siin käsitletava juhtumiga, mil määrus nr 139/2004 annab komisjonile kaalutlusruumi selle tõhususe kasvu hindamisel, millele koondumisest teatanud pooled viitavad, kohustamata teda seejuures asjakohaseid kriteeriume ette abstraktselt kindlaks määrama.

142 Seda arvestades on õiguslikult põhjendamatu UPSi argument, millega ta püüab tõendada, et komisjon oli kohustatud edastama talle konkreetsed kriteeriumid ja tõendamiskünnised, mida ta kavatses kohaldada selle kindlakstegemisel, kas iga väidetav tõhususe kasv oli kontrollitav.

143 Eelnevate kaalutluste põhjal tuleb argument, et komisjon on rikkunud UPSi menetluslikke õigusi tõhususe kasvu analüüsis sel põhjusel, et ei edastanud selle kasvu hindamise kriteeriume, põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

3) FedExi teatavate konfidentsiaalsete dokumentide edastamata jätmine

144 UPS heidab komisjonile ette, et viimane ei võimaldanud tal tutvuda kogu teabega, mille FedEx haldusmenetluse käigus esitas, või vähemalt ei võimaldanud seda teha tema advokaatidel, et nad saaksid selle sisu kontrollida sõltumatult. UPS leiab, et temalt võeti võimalus hinnata FedExi esitatud teabe tõendavat väärtust, ehkki see mõjutas komisjoni otsust loobuda 14 riigisisese turu puhul vastuväidetest, et esines tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, säilitades need 15 teise riigisisese turu puhul.

145 UPS arvab, et need FedExiga seotud asjaolud võisid olla asjakohased ka 15 teisel turul, mille puhul säilitas komisjon ekslikult oma vastuväited, et tõhusat konkurentsi takistatakse märkimisväärselt. UPS kinnitab, et tema kahtlusi süvendab asjaolu, et põhjendused, mille komisjon üksteise järel menetluse kestel esitas, et vaielda vastu FedExi sisedokumentide asjakohasusele, olid muutuvad.

146 Ei UPS ega Üldkohus ei olnud võimelised FedExi esitatud teabe õigsust kontrollima. UPS arvab, et kui ta oleks saanud sellega tutvuda, oleks ta suutnud tõendada, et 15 riigisisest turgu, mille puhul leidis komisjon, et tõhusat konkurentsi takistatakse märkimisväärselt, ei saanud 14 ülejäänust eristada. UPS kahtlustab, et FedEx oli püüdnud komisjoni veenda keelata tema ja TNT koondumise kava, minimeerides oma Euroopas laienemise kavasid. UPS viitab mõnele vastuolule FedExi haldusmenetluse jooksul esitatud seisukohtade ja tema investoritele tehtud avalike avalduste vahel.

147 UPS täpsustab, et tema argumendid ei puuduta tutvumist FedExi konfidentsiaalsete dokumentidega, mida kasutati süüstavate tõenditena, vaid küsimust, kas võidi keelduda lubamast tal tutvuda FedExi teiste konfidentsiaalsete dokumentidega, millest oleks olnud kasu, et hinnata nende süüstavate tõendite tõenduslikku väärtust. Ta leiab, et seda, missuguseid dokumente on tarvis koondumisest teatanud ettevõtja huvide kaitsmiseks, ei otsusta komisjon.

148 Alles pärast seda, kui Üldkohus võttis meetmeid kohtuasja raames, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), sai ta tutvuda teatava teabega, mille FedEx komisjonile edastas. Need mõned dokumendid, millega ta siis tutvus, kõnelevad selle vastu, kuidas komisjon tegi riigisiseste turgude vahel vahet selle põhjal, kas nendel esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus või mitte.

149 UPS kinnitab, et komisjon ei saa väita, et tema peab tõendama, et tõendid, millega ta ei ole kunagi saanud tutvuda, mõjutasid vaidlusalust otsust, nagu ilmneb 25. oktoobri 2011. aasta kohtuotsuse Solvay *vs.* komisjon (C-109/10 P, EU:C:2011:686) punktist 63, ega tugineda 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsusele General Electric *vs.* komisjon (T-210/01, EU:T:2005:456), sest see kohtuotsus ei puuduta tutvumist dokumentidega, mis kõnelevad vastu kolmanda isiku dokumentide süüstavusele.

150 UPSi sõnul sai komisjon FedExi dokumendid viis kuud enne vaidlusaluse otsuse tegemist. Selles olukorras ei saa viimane tugineda mingile ajalisele piirangule, et vabandada UPSi kaitseõiguste rikkumist.

151 UPS leiab, et alles alates hetkest, mil ta saab tutvuda nende dokumentidega, on ta suuteline vastupidise stsenaariumi täpselt esitama. Ta palub Üldkohtul kohustada komisjoni menetlust korraldava meetmega või menetlustoiminguga esitama kõik FedExi sisedokumendid, mis on tema käsutuses.

152 Komisjon eitab igasugust UPSi menetluslike õiguste rikkumist.

153 Tuleb rõhutada, et UPS ei väida, et komisjon jättis edastamata FedExi sisedokumendid, millel põhineb otsus, et tema ja TNT vaheline tehing on siseturuga kokkusobimatu. UPS ei vaidle vastu ka sellele, et FedExi dokumendid, millega tutvumise võimalust ta haldusmenetluse jooksul palus või millest edastati kärbitud versioonid või kokkuvõtted, olid konfidentsiaalsed. Küll aga väidab UPS, et tema kaitseõigusi on rikutud, sest komisjon ei võimaldanud tal tutvuda kõigi toimikusse lisatud FedExi sisedokumentidega nende konfidentsiaalsetes ja kärpimata versioonides. Leides, et kõik need dokumendid võisid olla õigustavad tõendid, väidab UPS, et komisjon oleks pidanud vähemalt andma talle nn piiratud tutvumisvõimaluse, et tema välised õigusnõustajad saanuks nende tõendavat väärtust analüüsida sõltumatult, austades samas nende konfidentsiaalsust.

154 Koondumiste kontrolli valdkonnas on komisjon kohustatud edastama koondumisest teatanud pooltele kõik asjaolud, millele ta kavatseb rajada oma otsuse, et viimased oleksid ära kuulatud (16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 31). Määruse nr 139/2004 artikli 18 lõige 1 kohustab enne niisuguse otsuse tegemist nagu vaidlusalune otsus komisjoni andma „asjaomastele isikutele, ettevõtjatele ja ettevõtjate ühendustele võimaluse igas menetluse etapis kuni nõuandekomiteega konsulteerimiseni teha teatavaks oma seisukohad nende vastu esitatud väidete kohta“. Selle määruse artikli 18 lõike 3 kohaselt „lähtub [komisjon] oma otsuse tegemisel ainult väidetest, mille kohta osalised on saanud esitada oma märkused“, ja „[m]enetluste käigus peetakse täiel määral kinni õigusest kaitsele“.

155 Muude dokumentide osas kui need, millega põhjendatakse komisjoni edastatud vastuväiteid, ei ole õigus toimikuga tutvuda automaatne, vaid seda tuleb taotleda. Määruse nr 802/2004 artikli 17 lõikes 1 on nimelt ette nähtud, et „[k]omisjon tagab taotluse korral osalistele, kellele ta on esitanud vastuväited, juurdepääsu toimikule, et võimaldada neil kasutada oma õigust kaitsele“, ning et see „tagatakse pärast vastuväidetest teatamist“. Neid sätteid peegeldab komisjoni teatise komisjoni toimikutele juurdepääsureeglite kohta [ELTL] artiklite [101] ja [102], EMP lepingu artiklite 53, 54 ja 57 ning nõukogu määruse (EÜ) nr 139/2004 kohaldamise juhtudel (ELT 2005, C 325, lk 7; edaspidi „komisjoni teatis toimikuga tutvumise kohta“) punkt 7, mille järgi on „taotluse esitamisel juurdepääs tagatud vastavalt siis kas isikutele, ettevõtjatele või ettevõtjate ühendustele […], kellele komisjon on esitanud vastuväited“.

156 See toimikuga tutvumise taotlus tuleb esitada konkurentsi peadirektoraadile enne, kui see saadetakse vajaduse korral ärakuulamise eest vastutavale ametnikule. Euroopa Komisjoni presidendi 13. oktoobri 2011. aasta otsuse 2011/695/EL ärakuulamise eest vastutava ametniku ülesannete ja pädevuse kohta teatavates konkurentsimenetlustes (ELT 2011, L 275, lk 29) artikli 3 lõikes 7 on nähtud nimelt ette, et kõik küsimused, mis käsitlevad asjaomaste isikute menetlusõiguste tõhusat kasutamist, esitavad need isikud kõigepealt konkurentsi peadirektoraadile, ja kui küsimust ei lahendata, võib selle edastada ärakuulamise eest vastutavale ametnikule. Otsuse 2011/695 artikli 7 lõikes 1 on selles küsimuses sätestatud, et kui isikul, kes on kasutanud oma õigust saada juurdepääs toimikule, on alust arvata, et komisjoni valduses on dokumendid, mida ei ole talle avaldatud, ning et need dokumendid on vajalikud ärakuulamisõiguse nõuetekohaseks kasutamiseks, võib ta esitada ärakuulamise eest vastutavale ametnikule põhjendatud taotluse saada juurdepääs nendele dokumentidele. Neid õigusnorme on sisuliselt käsitletud komisjoni teatise toimikuga tutvumise kohta punktis 47. Toimikuga tutvumise hõlbustamiseks on komisjoni teatise toimikuga tutvumise kohta punktis 45 ette nähtud, et komisjon annab pooltele „nummerdatud nimekirja dokumentidest, mis moodustavad komisjoni toimiku“.

157 Et tagada koondumiste kontrolli menetlustes tõhus toimikuga tutvumise õigus, tuleb toimikuga tutvumise taotlus esitada õigel ajal. Nagu on meenutatud komisjoni teatise toimikuga tutvumise kohta punktis 28, siis vastavalt määruse nr 139/2004 artikli 18 lõigetele 1 ja 3 ning määruse nr 802/2004 artikli 17 lõikele 1 antakse teatise esitanud pooltele juurdepääs komisjoni toimikutele taotluse korral menetluse igas etapis alates komisjoni vastuväidetest teavitamisest kuni nõuandekomiteega konsulteerimiseni. Otsuse 2011/695 artikli 3 lõikes 7 on nähtud ka ette, et sellise meetmega seotud taotlused, mille suhtes kohaldatakse tähtaega, tuleb esitada piisavalt aegsasti algul määratud tähtaja jooksul. Sellest järeldub, et toimikuga tutvumise taotlust, mis esitatakse konkurentsi peadirektoraadile või ärakuulamise eest vastutavale ametnikule pärast seda, kui nõuandekomitee on esitanud oma arvamuse komisjoni otsuse eelnõu kohta, tuleb pidada hilinenuks.

158 Käsitletaval juhul on UPSi argumendid osaliselt liiga üldised, et võiks järeldada, et edastamata jäetud dokumendid olid tema kaitseõiguste kasutamiseks vähemalt potentsiaalselt vajalikud. UPS väidab nimelt, et kõik FedExi konfidentsiaalsed sisedokumendid oleks tulnud talle edastada, sest need oleksid võimaldanud tal mõista, mille põhjal nõustus komisjon, et 15 riigisisesel turul eksisteerib märkimisväärne tõhusa konkurentsi takistus, ja välistas selle 14 teise turu puhul, esitamata rohkem ühtegi täpsustust.

159 UPS viitab siiski konkreetsemalt kahele konfidentsiaalsete sisedokumentide rühmale, mille FedEx komisjonile edastas, neist ühe enne 19. oktoobri 2012. aasta vastuväiteteatise esitamist ja teise pärast seda. UPSi sõnul võimaldavad need dokumendid mõista, miks komisjon lakkas muretsemast – nagu ta tegi esialgu vastuväiteteatises – 14 riigisisese turu pärast.

160 Esimene rühm koosneb UPSi sõnul FedExi 484 sisedokumendist, mis olid komisjoni käsutuses alates 10. augustist 2012. Teine rühm koosneb teatavatest dokumentidest, mille FedEx esitas komisjonile 9. ja 15. novembril 2012 ja mis puudutavad tema laienemiskavasid ning mille kohta ütlevad UPSi advokaadid, et said nendega osaliselt tutvuda menetlust korraldava meetme tulemusena, mille Üldkohus võttis 11. aprillil 2016 kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) Võimalus tutvuda FedExi 484 konfidentsiaalse dokumendiga, mis lisati toimikusse 10. augustil 2012

161 UPS väidab hagiavalduse punktis 52, et komisjon, kelle käsutuses oli enamik FedExi sisedokumente alates 10. augustist 2012, oleks võinud võimaldada tutvuda õigustavate tõenditega hiljemalt faktiliste asjaolude kirjeldamise hetkel. Ometigi ei teinud ta seda, rikkudes nii ilmselgelt ja tõsiselt kaitseõigusi. Repliigi etapis palus UPS Üldkohtul kohustada komisjoni esitama FedExi sisedokumendid, mis on tema käsutuses. Kui UPSile sel teemal kirjalikke küsimusi esitati, viitas ta FedExi 484 sisedokumendile, mis käsitlevad selle ettevõtja laienemiskavasid.

162 Komisjon väidab sisuliselt vastu, et vaidlusalune otsus ei rajane ühelgi FedExi dokumendil, millega UPS ei oleks saanud tutvuda, ning et mis puudutab ülejäänuid, siis UPS ei palunud haldusmenetluse jooksul võimalust 484 kõnesoleva dokumendiga tutvuda.

163 Tuleb märkida, et pooled on ühel meelel, et FedEx esitas need 484 dokumenti 10. augustil 2012 vastuseks komisjoni 2. augusti 2012. aasta teabepäringule. UPS ei väida, et neid dokumente ei ole nummerdatud nimekirjas dokumentidest, mis moodustavad komisjoni toimiku. Hagiavalduse lisa A.14 49. joonealuses märkuses märgib UPS, et suutis nende dokumentide olemasolu välja selgitada, tutvudes FedExi nõustajate 10. augusti 2012. aasta mittekonfidentsiaalse kirjaga, mis oli kõnesolevate dokumentidega kaasas (dokument viitenumbriga ID 6459). Ehkki ta ei täpsustanud kohtuistungil, mis kuupäeval ta nende dokumentide olemasolust teada sai, teatas UPS, et ta palus võimalust nendega tutvuda haldusmenetluse käigus ja pöördus selleks 30. oktoobril 2012 ärakuulamise eest vastutava ametniku poole.

164 Tuleb siiski tõdeda, et toimikuga tutvumise taotluses, mille UPS 25. oktoobril 2012 konkurentsi peadirektoraadile saatis, ei ole neid dokumente üldse mainitud. UPS palus oma taotluses juurdepääsu 1122 dokumendile, mis pärinesid kolmandatelt isikutelt ja mida ei avaldatud, ilma et komisjon oleks seda põhjendanud, ning seda 7299 haldustoimiku registris loetletud dokumendist.

165 Komisjon vastas UPSile 25. oktoobri 2012. aasta e-kirjaga, et kõikidest toimikus olevatest dokumentidest, millega ta sai alates vastuväidete esitamisest õiguse tutvuda, keelati ärisaladuse tõttu tutvuda üksnes 323 dokumendiga ning et 1177 ülejäänud dokumenti olid mittekonfidentsiaalses versioonis kättesaadavad.

166 Tuleb nentida, et oma 30. oktoobri 2012. aasta taotluses ärakuulamise eest vastutavale ametnikule ja lisaks tutvumistaotlustele, mis puudutasid teatavaid konkreetseid dokumente, mis olid ära näidatud nende viitenumbriga või vähemalt identifitseeritavad, piirdus UPS sellega, et tugines üldises sõnastuses oma õigusele tutvuda „otseselt või oma nõustajate kaudu ükskõik missuguse materjaliga komisjoni toimikus, mis võib olla õigustav tõend, eelkõige FedExi strateegiat puudutavate siseandmetega“.

167 Mitte ainult ei olnud UPSil aga niisugust piiramatut ja absoluutset õigust tutvuda konfidentsiaalse teabega toimikus, vaid ta ei saanud ka mõistlikult oodata, et ärakuulamise eest vastutav ametnik tõlgendab seda ebamäärast ja abstraktset taotlust kui taotlust, milles on peetud konkreetselt silmas 484 dokumenti, mille FedEx lisas oma 10. augusti 2012. aasta vastusele, mille ta komisjoni küsimustele andis.

168 UPS ei ole tõendanud, et taotles haldusmenetluse jätkudes võimalust 484 kõnesoleva dokumendiga tutvuda, ei oma tutvumistaotluses, mille ta saatis komisjonile 26. novembril 2012, ega taotluses, mille ta saatis 4. jaanuaril 2013 vastuseks faktiliste asjaolude kirjeldusele.

169 Nendest asjaoludest ilmneb, et kuna UPS ei ole tõendanud, et ta esitas vastava taotluse, ei ole ta kasutanud oma õigust tutvuda 484 dokumendiga, mille FedEx edastas komisjonile 10. augustil 2012 ning mis lisati toimikusse, otsuse 2011/695 artikli 3 lõikes 7 ette nähtud tingimustel.

170 Üldkohus on ELTL artikli 101 kohaldamise menetluste kontekstis tühistamisväite, mille kohaselt on rikutud õigust tutvuda toimikuga, aga juba tagasi lükanud põhjendusel, et pool, kes sellele tugines, ei olnud kasutanud seda õigust haldusmenetluse käigus (9. detsembri 2014. aasta kohtuotsus SP *vs.* komisjon, T-472/09 ja T-55/10, EU:T:2014:1040, punkt 294). Üldkohus on ka otsustanud, et pool, kes saab haldusmenetluse käigus teada, et komisjonil on dokumendid, mis võivad olla kasulikud tema kaitse seisukohalt, on kohustatud esitama institutsioonile sõnaselge taotluse nende dokumentidega tutvumiseks. Jättes selle taotluse haldusmenetluses esitamata, kaotab ta õiguse vaidlustada seda küsimust lõppotsuse peale esitatava võimaliku tühistamishagi raames (15. märtsi 2000. aasta kohtuotsus Cimenteries CBR jt *vs.* komisjon, 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 ja T-104/95, EU:T:2000:77, punkt 383, ning 26. aprilli 2007. aasta kohtuotsus Bolloré jt *vs.* komisjon, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 ja T-136/02, EU:T:2007:115, punktid 49 ja 59).

171 Need lahendused on ülekantavad hagile, millega püütakse saada hüvitist kahju eest, mis tuleneb toimikuga tutvumise õiguse väidetavast rikkumisest koondumiste kontrolli menetluses. Koondumisest teatanud pool, kes ei esita konkurentsi peadirektoraadile ja seejärel oma taotluse rahuldamata jätmise korral ärakuulamise eest vastutavale ametnikule toimikuga tutvumise taotlust, ei saa hiljem väita, et tema puhul on täidetud tingimused selleks, et saada hüvitist kahju eest, mis eeldatakse tulenevat tutvumisõiguse rikkumisest, kui ta ei kasutanud seda õigust õigel ajal ja nõutavas vormis.

172 Seepärast tuleb UPSi argument, et on rikutud õigust tutvuda FedExi 484 konfidentsiaalse sisedokumendiga, mis esitati komisjonile 10. augustil 2012, tagasi lükata.

ii) Tutvumine dokumentidega, mille FedEx esitas 9. ja 15. novembril 2012

173 Tuleb meenutada, et komisjon leidis 19. oktoobri 2012. aasta vastuväiteteatises (vt eelkõige selle teatise jaotised 7.1.3.2 ja 7.1.3.7), et üks põhjusi, miks FedEx ei olnud piisavalt võimas konkurent selleks, et tasakaalustada UPSi ja TNT vahelise tehingu tagajärjed, oli tema võrgu vähene katvus võrreldes tema konkurentide võrkudega. Komisjon märkis ka selle teatise jaotises 7.1.3.8, et FedExi hiljutised ostud ja laienemiskavad ei võimalda tal täita lõhet, mis teda tema peamistest konkurentidest lahutab, lähitulevikus. Nende asjaolude põhjal järeldas komisjon selle teatise jaotises 7.1.3.9, et FedExi seisund on liiga nõrk, et avaldada märkimisväärset konkurentsisurvet, mis võimaldab nurjata kavandatava tehingu negatiivsed tagajärjed konkurentsile.

174 Toimiku materjalidest ilmneb, et komisjon saatis 26. oktoobri 2012. aasta e-kirjaga FedExile täiendava teabepäringu nimetatud ettevõtja taristute kohta. Selle taotlusega, mille eesmärk oli eelkõige valgustada komisjoni FedExi laienemiskavade küsimuses, püüti täpsemalt saada iga EMP riigi puhul:

– kaart, mis näitab nende taristute asukohta, mida FedEx väikepakkide kättetoimetamiseks kasutas, ja nende taristute asukohta, mille kasutamist kavandati enne 2015. aasta lõppu;

– loetelu allhankijatest, keda väikepakkidele järeletulemiseks ja nende kättetoimetamiseks (*pick up and delivery*, edaspidi „PUD“) kasutati, ning loetelu allhankijatest, keda FedEx kavatses kasutada enne 2015. aasta lõppu, näidates igaühe puhul ära nende asukoha ja teenindusala. See teave tuli esitada tabeli kujul ja rubriikidega, mis võimaldavad teha kindlaks iga ettevõtja ja tema asukoha ning esitada andmed tema seisundi ja kaalu kohta FedExi võrgus (lennu-, maismaa- või kohalik võrk), näidates eelkõige ära tema käitlusvõimekuse 2011. aastal, tema teenindusala, teenindatavate teede arvu, furgoonide igapäevased liikumisteed ja tarnesõidukite pargi suuruse. Komisjon palus FedExil ka täpsustada kuupäeva, mil planeeritakse alustada kavandatavaid toiminguid paigaldistest, mis veel ei tööta.

175 Selle päringu eesmärk oli täiendada teavet, millel rajanes komisjoni esialgne analüüs, mis esitati vastuväiteteatises FedExi konkurentsiseisundi kohta kiirkulleriteenuste turul EMPs.

176 FedEx esitas vastusena küsitud kaardid ja tabelid komisjonile 9. novembril 2012. 15. novembril 2012 esitas FedEx nende dokumentide muudetud versiooni.

177 On teada, et komisjon ei edastanud neid dokumente haldusmenetluse jooksul UPSile. Alles menetluse raames kohtuasjas, milles tehti 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsus United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144), sai UPS viimaks nende dokumentidega tutvuda nende mittekonfidentsiaalses versioonis, kui Üldkohus võttis 11. aprillil 2016 menetlust korraldava meetme.

178 Samas väitis komisjon kohtuistungil, et igasuguse UPSi kaitseõiguste rikkumise sellega seoses võib välistada, sest viimane ei pöördunud ärakuulamise eest vastutava ametniku poole, et konkurentsi peadirektoraadi keeldumisele vastu vaielda. Komisjon rõhutas, et kuna keeldumine leidis aset 11. jaanuaril 2013, võis UPS veel ärakuulamise eest vastutava ametniku poole pöörduda kuni 18. jaanuarini 2013, mil tuli kokku nõuandekomitee – mida UPS ei teinud.

179 UPS kasutas küll oma toimikuga tutvumise õigust, sest ta esitas konkurentsi peadirektoraadile 4. jaanuaril 2013 oma vastuses faktiliste asjaolude kirjeldusele eriruumis piiratud tutvumise taotluse, kusjuures see taotlus puudutab eelkõige vastuseid teabepäringutele viitenumbritega Q30 ja Q31.

180 Toimiku materjalidest ilmneb siiski, et UPS ei pöördunud seoses konkurentsi peadirektoraadi 11. jaanuari 2013. aasta keeldumisega ärakuulamise eest vastutava ametniku poole ning seda hoolimata asjaolust, et UPSi käsutuses oli tähtaeg, mille lõpp oli vastavalt määruse nr 139/2004 artikli 18 lõigetele 1 ja 3 ning määruse nr 802/2004 artikli 17 lõikele 1 nõuandekomitee koosoleku kuupäev, käsitletaval juhul 18. jaanuar 2013. Pealegi ei ole UPS väitnud, et need õigusnormid oleksid kuidagi õigusvastased.

181 Selles olukorras tuleb asuda seisukohale, et kuna UPS ei esitanud ärakuulamise eest vastutavale ametnikule toimikuga tutvumise taotlust, ei saa ta hiljem väita, et tema puhul on täidetud tingimused selleks, et saada hüvitist kahju eest, mis eeldatakse tulenevat selle õiguse rikkumisest, mida ta õigel ajal ja ettenähtud vormides ei kasutanud.

182 Eelnevast tuleneb, et UPSi argument, et on rikutud tema õigust tutvuda FedExi 9. ja 15. novembri 2012. aasta vastustega, ei ole põhjendatud.

183 Lisaks, kuna UPS ei esitanud enne konkurentsi peadirektoraadile või taotluse rahuldamata jätmise korral ärakuulamise eest vastutavale ametnikule taotlust tutvuda FedExi 484 konfidentsiaalse sisedokumendiga, mis edastati komisjonile 10. augustil 2012, ega taotlust tutvuda FedExi 9. ja 15. novembri 2012. aasta vastustega, ei ole vaja rahuldada UPSi menetlust korraldava meetme taotlust, mis puudutab nende dokumentide esitamist.

b) Põhjendamiskohustuse rikkumine

184 UPS väidab, et komisjon ei ole vaidlusalust otsust piisavalt põhjendanud tõendatuse taseme osas, mis on nõutav, et eristada analüüsi põhjal, missugust mõju avaldab koondumine hindadele, missugune on tõhususe kasv ja FedExi konkurentsivõime, 15 riigisisest turgu, kus esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, 14 teisest riigisisesest turust. Järelikult ei olnud ei tema ega Üldkohus suuteline kontrollima, mil viisil oli komisjon nende kolme teguri abil teinud nende turgude vahel vahet, ega hindama vahetut konkurentsi puudutavate järelduste põhjendatust. UPS kinnitab, et kuigi ebapiisav põhjendus ei too iseenesest kaasa kahju, rõhutab niisugune ebapiisavus käsitletaval juhul seda, et komisjon eiras jämedalt õiguse esimuse põhimõtet.

185 Komisjon väidab vastu, et ebapiisav põhjendus ei too kaasa liidu lepinguvälist vastutust.

186 Tuleb meenutada, et selle kindlakstegemiseks, kas väidetav rikkumine võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse, peab Üldkohus olema suuteline mõistma väidetava rikkumise ulatust. Hageja peab näitama ära etteheidetava tegevuse, vastasel korral on hagi vastuvõetamatu. UPSi argumendid hagiavalduse punktis 73 ei võimalda aga kindlaks teha, mille poolest kujutab etteheidetav põhjendamiskohustuse rikkumine endast piisavalt selget rikkumist. Seda arvestades on see etteheide vastuvõetamatu.

187 Igal juhul tuleb märkida, et UPSi põhjendamiskohustust puudutavad argumendid hagiavalduse punktis 73 kattuvad tegelikkuses argumentidega, mille eesmärk on tõendada, et see, et jäeti edastamata tõhususe kasvu, hindadele koondumise avaldatava mõju ja selle konkurentsisurve hindamise kriteeriumid, mida FedEx võib avaldada, oli õigusvastane. UPS väidab, et tema ja TNT

vahelise tehingu hindamisel tehti vigu selle analüüsimisel, missugust mõju avaldab koondumine hindadele ja milline on tõhususe kasv, esineb erinev kohtlemine võrreldes FedExi ja TNT vahelise tehinguga ning tehti vigu FedExi olukorra hindamisel. UPS tugineb seega ühele või mitmele piisavalt selgele rikkumisele põhjendusel, et komisjon järeldas vaidlusaluses otsuses, et kõnesolevate teenuste turgudel esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus 15 liikmesriigis.

188 Selles küsimuses tuleb meenutada, et ELTL artiklis 296 ette nähtud põhjendamiskohustus kujutab endast olulist menetlusnormi, mida tuleb eristada põhjenduste põhjendatuse küsimusest, mis puudutab vaidlusaluse akti sisulist õiguspärasust. Otsuse põhjendamine tähendab väljendada formaalselt neid põhjendusi, millele see otsus tugineb. Kui need põhjendused on alusetud või neis põhjendustes on tehtud viga, siis mõjutab see otsuse sisulist õiguspärasust, mitte aga selle otsuse põhistust (10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 181).

189 Niisuguse olulise menetlusnormi rikkumine, mis on seotud liidu aktide põhjendamise kohustusega, ei saa tuua kaasa varalist kahju, mis erineb kahjust, mis tuleneb kõnesoleva akti aluse puudumisest. Liidu akti põhjenduse ebapiisavus ei too põhimõtteliselt iseenesest kaasa liidu vastutust (vt selle kohta 30. septembri 2003. aasta kohtuotsus Eurocoton jt *vs.* nõukogu, C-76/01 P, EU:C:2003:511, punkt 98 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 10. septembri 2019. aasta kohtuotsus HTTS *vs.* nõukogu, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 103).

190 Eelneva põhjal tuleb UPSi argumendid, et on rikutud põhjendamiskohustust, tagasi lükata ning analüüsida tema argumente, et kavandatava tehingu hindamisel tehti vigu.

c) Hindamisvead kavandatava tehingu hindamisel

191 UPS väidab, et tema ja TNT vahelise tehingu hindamisel tehti vigu, analüüsides koondumise mõju hindadele ja tõhususe kasvu, käsitati seda tehingut erinevalt võrreldes FedExi ja TNT vahelise tehinguga ning tehti hindamisvigu FedExi olukorra hindamisel – asjaolud, mis üksikuna või koos toovad kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

1) Hindadele koondumise avaldatava mõju analüüs

192 UPS viitab kahte liiki vigadele, mis on tehtud komisjoni valitud mudeli puhul. Esiteks ei võetud arvesse teatavaid FedExi andmeid ja teiseks tehti vigu komisjoni ökonomeetrilise mudeli väljatöötamisel.

i) Teatavate FedExi andmete arvesse võtmata jätmine

193 UPSi arvates jättis komisjon kõrvale teatavad FedExi andmed, mis on siiski kasulikud, kui modelleerida koondumise mõju hindadele. Kuigi eesmärk selle mõju analüüsimisel, mida koondumine hindadele avaldab, oli näha ette mõju hindadele 2015. aastal, võttis komisjon arvesse FedExi andmeid 2012. aasta kohta. Komisjonil oli ometi teavet FedExi projektide kohta 2015. aastaks, kuid ta ei võtnud neid arvesse. Ilma selle ilmse veata ei oleks mudel näidanud peaaegu mitte mingit hinnatõusu 13 riigis 15 riigist, mille puhul järeldas komisjon, et esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus. Kui komisjon oleks kasutanud tema käsutuses olevaid andmeid, oleks ta võinud leida, et hinnatõuse on võimatu täie kindlusega ette näha ning et negatiivne otsus on alusetu.

194 Tuleb tõdeda, et koondumise taseme ja täheldatud hindade vahelise suhte hindamisel võttis komisjon aluseks andmed, mis olid olemas mudeli väljatöötamise hetkel, st 2012. aastal. Mis puudutab konkreetsemalt koondumismuutujat, siis komisjon võttis arvesse konkurentide vastavate võrkudega kaetuse määra niisugusena, nagu võis täheldada tookord, et kajastada seda tõeselt. See, kui nende andmete hulka oleks lisatud prognoosivaid andmeid, mis on oma olemuselt puhtalt hüpoteetilised, näiteks plaanid, mida FedEx tegi oma võrgu laiendamise kohta pärast peaaegu kolme aastat, oleks lisanud ebaselgust, mis sobib halvasti kokku eesmärgiga leida usaldusväärne mudel. See ei tähenda sellegipoolest, et need andmed ei olnud kavandatava tehingu analüüsimisel asjakohased, sest komisjon käsitles oma üldise ehk „kvalitatiivse" analüüsi raames FedExi võimet avaldada tulevikus konkurentsisurvet üksusele, mis kavandatava tehingu tulemusena tekib. Selles olukorras tuleb UPSi argument, et ökonomeetrilise mudeli puhul ei võetud arvesse FedExi prognoose tema võrgu laiendamise kohta 2015. aastaks, tagasi lükata.

ii) Vead komisjoni ökonomeetrilise mudeli väljatöötamisel

195 UPS väidab, et komisjon eiras oma kaalutlusruumi piire, kasutades mudelit, mis kaugeneb tunduvalt tavapärasest praktikast ökonomeetrias, milleks on sama mudeli kasutamine analüüsi mõlemas etapis. Komisjon kasutas prognoosimise etapis teistsugust mudelit kui hindamise etapis.

196 UPS väidab sisuliselt, et kui komisjon kasutas hindamise etapis diskreeditud koondumismuutujat – st mida väljendati täisarvuna –, aga prognoosimise etapis pidevat muutujat – mida väljendati kümnendmurruna –, tegi ta ilmselge ja tõsise vea, mis kahjustab mudeli usaldusväärsust tervikuna. Koondumise tagajärgede prognoosimiseks kasutas komisjon mudelit, mis on vastupidine praktikale sellel alal ja millel puudub empiiriline alus. Ükski tavapäraselt ettevaatlik ja hoolas asutus ei oleks samalaadsetel asjaoludel prognoosinud koondumise mõju hindadele niisugusest mudelist lähtudes.

197 UPS viitab oma väidete põhjendamiseks kahele ökonomeetrilisele eksperdiaruandele, mille on koostanud Ameerika Ühendriikide majandusprofessorid, kes on vastavalt Chicago ülikoolist ja Massachussetts Institute of Technologyst. Need aruanded, mis kannavad vastavalt 30. novembri 2017. aasta ja 1. detsembri 2017. aasta kuupäeva, valmistati esialgu ette UPSi taotlusel, et abistada teda kohtuasja raames, milles tehti 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), ning lisati siis hagiavaldusele käesolevas menetluses (hagiavalduse lisad A.8 ja A.9). UPS esitas repliigi etapis nende ekspertide kaks täiendavat arvamust (repliigi lisad C.1 ja C.2).

198 Nende ekspertide sõnul on komisjoni kasutatud mudel loogikavastane, tavatu ja meelevaldne. Nendest kahest aruandest ilmneb, et meetod, mida järgitakse tavaliselt mudelite puhul, mille eesmärk on mõõta prognoositavat mõju, mida koondumine avaldab hinnatasemele, seisneb selles, et mõlemas etapis kasutatakse sama mudelit, mitte kummaski etapis erinevat mudelit.

199 Mõlemas aruandes on tähelepanu juhitud ka sellele, et prognoosimismudelit, mida komisjon kasutas, ei ole katsetatud – mis kujutab endast veel ühte nende meetodite väänamist, mida ökonomeetriliste mudelite väljatöötamisel kasutatakse.

200 Komisjon ei ole esitanud nende asjaolude ümberlükkamiseks kohtule vastuvõetavaid eksperdiaruandeid. Ta väidab siiski, et küsimus, kas mudel on kooskõlas tavapärase ökonomeetrilise praktikaga, ei ole seoses käesoleva hagiga asjakohane. Asjakohane on ainult küsimus, kas käsitletava juhtumi asjaoludel kujutab hindamise etapis kasutatud diskreeditud koondumisnäitaja ja prognoosimise etapis kasutatud pideva koondumisnäitaja kombinatsioon

endast liidu õiguse piisavalt selget rikkumist. Sellele küsimusele vastamiseks tuleb teha kindlaks, kas see kombinatsioon on vastuvõetav, mitte lähtudes praktikast, mida ökonomeetriliste mudelite puhul tavaliselt järgitakse, vaid lähtudes analüüsitava koondumise konkreetsetest asjaoludest. Nõustudes küll, et ta on pannud toime menetlusnormide rikkumise sellega, et ei edastanud UPSile lõplikku mudelit, väidab komisjon, et ta ei teinud selle analüüsimisel, missugust mõju avaldab koondumine hindadele, tõsist materiaalset viga ning et erinevat liiki muutujate kasutamine analüüsi kahes etapis ei ole piisavalt selge rikkumine, et tuua kaasa liidu vastutus.

201 Komisjoni kaalutlusruumi kohta tuleb kõigepealt meenutada, et komisjonil on koondumiste kontrolli valdkonnas tegevusvabadus valida tema käsutuses olevaid ökonomeetrilisi meetmeid ning nähtuste uurimiseks kohane lähenemisnurk, tingimusel et need valikud ei ole ilmselgelt vastuolus majandusteaduses heaks kiidetud reeglitega ja neid rakendatakse järjekindlalt (9. septembri 2008. aasta kohtuotsus MyTravel *vs.* komisjon, T-212/03, EU:T:2008:315, punkt 83).

202 Lisaks tuleb tõdeda, et niisuguse ökonomeetrilise mudeli kindlaksmääramine, mille eesmärk on prognoosida koondumise mõju hinnatasemele, selles kasutatavate andemete kontroll ning selle väljatöötamiseks vajalikud erinevad etapid ja katsed rajanevad valikutel, mis puudutavad ühekorraga tehnilisi ja keerukaid asjaolusid – valikud, mille osas komisjonil on kaalutlusruum.

203 Sellest järeldub, et UPSi argument, mis puudutab mudeli vastavust tavaliselt sellel alal järgitavale mudelile, on asjakohane asjaolu selle kontrollimisel, kas esineb liidu õiguse selge rikkumine. Nagu komisjon aga õigesti rõhutab, ei piisa siiski majanduse valdkonnas kehtivate reeglite ükskõik missugusest rikkumisest, et võiks järeldada, et esineb piisavalt selge rikkumine, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

204 Seejärel on pooled ühel meelel selles, et komisjoni käsitletaval juhul kasutatud ökonomeetrilise mudeli eesmärk on asjaomasel turul täheldatud koondumist ja hinnatasemeid puudutavate andmete põhjal koostada esimeses etapis, mida nimetatakse „hindamisetapiks“, funktsioon, mis selgitab nende kahe muutuja suhet. Siis on teises etapis, mida nimetakse „prognoosimisetapiks“, võimalik teha kindlaks koondumise taseme teatava varieerumise mõju hinnatasemele, teades, et see mõju ei ole konstantne, vaid võib olenevalt esialgse koondumise tasemest varieeruda.

205 Komisjon väidab, et tema ökonomeetrilise mudeli raames järgitav lähenemine on õigustatud UPSi ja TNT vahelise tehingu asjaolude ja omaduste seisukohast. Hindamisetapi kohta selgitab ta, et pideva koondumisnäitaja kasutamine tekitas tema hinnangul ökonomeetrilisi raskusi. Nende lahendamiseks ajaliste piirangute olukorras leidis komisjon olevat vajaliku kohaldada hindamisetapis diskreeditud koondumismuutujat, et vältida lõpuks materiaalset viga.

206 Tuleb siiski märkida, et UPS ei sea kahtluse alla selle diskreeditud koondumismuutuja kasutamist, mida komisjon kasutas hindamisetapis.

207 Prognoosimisetapi kohta väidab komisjon, et ta ei saanud kasutada hindamisetapis kasutatud diskreeditud muutujat. Niisugune diskreeditud muutuja oleks kolme koondumisintervalliga viinud selleni, et ei prognoositagi mingit mõju hindadele, kui koondumise taseme varieerumine jääb teatava intervalli piiresse. Niisugune tulemus on ebarealistlik ja vastuolus hindamisetapis täheldatuga. Komisjon selgitab, et leidis selles olukorras, et tal ei ole muud valikut materiaalse vea vältimiseks kui naasta prognoosimisetapis pideva muutuja juurde, hoolimata sellest, et

hindamisetapis kasutas ta diskreeditud koondumismuutujat. Komisjoni sõnul oli see lahendus sobiv ja mõistlik. Ei ole seega mingit materiaalset viga, ammugi veel selget, ning seda olenemata küsimusest, kas see meetod oli ökonomeetrilise praktikaga kooskõlas.

208 Komisjon väidab seega, et ühe UPSi eksperdi kinnitus, et ta muutis mudeli koefitsiente hindamise ja prognoosimise vahel, on väär. Komisjon kinnitab, et kasutas hindamise käigus välja selgitatud koefitsiente ja prognoosimise etapis interpoleeris need. Tegemist on prognoosimise etapis lisatud eeldusega. Selle eeldusega, mis seisnes tükiti lineaarses interpoleerimises, püüti hindamismudelit täiendada, et saada prognoosimismudel. Prognoosimisetapis kasutatud segmenteeritud lineaarne mudel on mittelineaarne funktsioonivorm.

209 Tuleb märkida, et nende argumentidega selgitab komisjon põhjuseid, miks ta muutis hindamismudelit, et prognoosida koondumise mõju hindadele. Komisjon tunnistab, et lisas hindamise käigus kasutatud mudelile mitu tegurit, et prognoose saaks teha pidevat koondumismuutujat kasutades. Seega tuleb vastavalt UPSi ekspertide öeldule nõustuda, et hindamine ja prognoosimine rajanevad mudelitel, mis ei ole ühesugused.

210 Komisjon ei vaidle vastu ka UPSi ekspertide kinnitustele, et ta ei järginud tavapärast ökonomeetrilist praktikat, mis on ometigi komisjoni enda kindlaks määratud parimate tavade reeglite aluseks.

211 Selles küsimuses tuleb tõdeda, et komisjon määras kindlaks lähenemisviisi, mida ta kavatseb ökonomeetriliste tõendite esitamisel ja ökonomeetriliste andmete kogumisel järgida, avaldades 17. oktoobri 2011. aasta dokumendi SEC(2011) 1216 (final) „Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases“ („Parimad tavad ökonomeetriliste tõendite esitamisel ja andmete kogumisel ELTL artiklite 101 ja 102 kohaldamise juhtumitel“) (edaspidi „parimad tavad“), mis oli kaasas komisjoni teatisega, mis käsitleb Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklitega 101 ja 102 seotud menetluste läbiviimise parimaid tavasid (ELT 2011, C 308, lk 6). On juba otsustatud, et niisuguste teatistega piirab komisjon ise oma kaalutlusõiguse teostamist ega tohi nendest reeglitest kõrvale kalduda, vastasel korral teda karistatakse selle eest, et ta rikkus õiguse üldpõhimõtteid, eelkõige võrdse kohtlemise või õiguspärase ootuse kaitse põhimõtet (vt selle kohta 28. juuni 2005. aasta kohtuotsus Dansk Rørindustri jt *vs.* komisjon, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P ja C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 211, ning 13. detsembri 2012. aasta kohtuotsus Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 28).

212 Parimate tavade eesmärk on piiritleda majandusanalüüsi, et võimaldada komisjonil ja liidu kohtutel hinnata selle asjakohasust ja olulisust. Neid kohaldatakse eelkõige koondumiste kontrolli suhtes, nii poolte kui ka komisjoni suhtes (parimate tavade punktid 2 ja 6). Parimate tavade punkti 15 kohaselt on majanduslikul või ökonomeetrilisel analüüsil, mis ei vasta rangelt nendes parimates tavades nimetatud standarditele, tavaliselt üksnes väiksem tõenduslik väärtus ja seda ei saa arvesse võtta.

213 Vahendite hulgas, mida on parimates tavades usaldusväärsete ja asjakohaste tõendite tõhusa kasutamise tagamisel mõeldavaks peetud, on peamiselt majanduslikus või ökonomeetrilises analüüsis domineerivate tehniliste standardite järgimine (parimate tavade punktid 2 ja 3). Peale andmete kvaliteedi (parimate tavade punktid 20 ja 33) on parimates tavades seega juhitud tähelepanu ka vajadusele lähtuda ainult katsetatud ja käsitletava turu omaduste seisukohast loogilistest eeldustest, kontrollida andmete ja empiiriliste meetodite kvaliteeti ning analüüsida mõeldavaid asenduslahendusi ja saadud tulemuste usaldusväärsust (parimate tavade

punktid 3, 10, 13, 15, 24 ja 26). Suur hulk viiteid tulemuste usaldusväärsusele ja andmete muutumise tundlikkusele või empiirilise meetodi ja täpsete modelleerimiseelduste valikule (parimate tavade punktid 15, 32, 40 ja 41 ning 1. lisa jaod C ja E) näitavad, kui tähtis see mõiste komisjoni meelest on. Konkreetselt on parimate tavade 1. lisa jaos E ette nähtud, et igasuguse empiirilise uuringuga peab kaasnema usaldusväärsuse põhjalik analüüs ning et majandusmudeliga peab tavaliselt kaasnema tundlikkuse analüüs põhimuutujate osas, kuivõrd kindlaks saab määrata ainult iga muutuja tõenäolise, mitte täpse väärtuse.

214 Parimates tavades on eriti tähtsaks peetud ka läbipaistvust (vt parimate tavade punktid 10, 15, 24, 26, 28, 29 ja 43 ning 1. lisa jaod C ja D), mida peetakse vastutuse ja usutavuse teguriks (parimate tavade punktid 6 ja 43). Nendes on täpsustatud, et metodoloogilisi valikuid tuleb selgitada ja põhjendada, et oleksid toodud selgelt välja eelised ja puudused (parimate tavade punktid 24, 26 ja 28), aga ka nende piirid (parimate tavade punkt 43). Tavaliselt aktsepteeritavatest meetoditest kõrvale kalduvate statistiliste meetodite kasutamist tuleb üksikasjalikult põhjendada (parimate tavade punkt 29).

215 Käsitletaval juhul ei järginud komisjon omaenese parimate tavade reegleid, sest ta lähtus tavatust meetodist, mis rajaneb katsetamata ja kontrollimata eeldustel, analüüsimata oma tulemuste usaldusväärsust ja mudeli tundlikkust ning avaldamata pooltele need valikud ja põhjused, mis võivad neid õigustada. Tuleb juhtida tähelepanu kontrastile ühelt poolt tähtsuse vahel, mis on parimates tavades antud läbipaistvusele, ja teiselt poolt viisi vahel, kuidas komisjon muutis käsitletaval juhul mudelit ühepoolselt prognoosimisetapis, avaldamata nende muudatuste laadi pooltele. Niisugust parimatest tavadest tulenevate põhimõtete väänamist kinnitavad muide komisjoni argumendid käesolevas menetluses, kui ta nõustub, et kui UPS oleks saanud muudetud mudeliga tutvuda, oleksid järgnevad arutelud tõenäoliselt puudutanud nende muudatustega seotud probleeme.

216 Sellest hoolimata ei piisa asjaolust, et vaidlusalune otsus põhineb osaliselt ökonomeetrilisel mudelil, järeldamaks, et esineb rikkumine, mis võib kaasa tuua liidu lepinguvälise vastutuse. Komisjon rõhutab õigesti, et ökonomeetriline mudel on ainult üks asjaolusid, mida kavandatava tehingu hindamisel arvesse võetakse. Nii vajalik kui see ka ei ole, et mõista paremini nende turgude toimimist, mida kavandatav tehing puudutab, ei saa kvantitatiivne analüüs, mis rajaneb ökonomeetrilisel mudelil, lihtsalt oma laadi poolest olla üldiselt ainus tõend, mis kinnitab otsust, et tehing on siseturuga kokkusobimatu. Ükskõik missugune mudel rajaneb tegelikkuse lihtsustustel, nagu komisjon parimate tavade punktis 12 õigesti rõhutab. Niisugune modelleerimismeetodile omane piirang eeldab, et ökonomeetrilistel uuringutel on tõenduslik väärtus, mida ei saa samastada faktilise asjaolu materiaalse tõendamisega.

217 Käsitletaval juhul järeldas komisjon vaidlusaluses otsuses seda, et 15 riigisisesel turul eksisteerib kooskõlastamata mõju põhjal tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, esiteks kõnesolevate turgude omaduste üldisest analüüsist ja teiseks kvantitatiivsest analüüsist, mis võimaldas tajuda selle prognoositava mõju ulatust, mida koondumine hinnatasemele avaldab, pärast seda, kui oli sellesse analüüsi kaasanud väidetava tõhususe kasvu.

218 Vastavalt suuniste punktile 24 on selle kontrollimiseks, kas oligopoolsel turul eksisteerib kooskõlastamata mõju, tarvis sisuliselt kontrollida esiteks koondumise otsest mõju, mis puudutab ühinevate poolte stiimuleid oma hindu tõsta, ning teiseks mõju, mille koondumine võib kaasa tuua, mis puudutab oligopoli teiste liikmete soovi reageerida koondumisele hindade tõstmisega.

219 Komisjon on rõhutanud selle asjaomase turu oligopoolset struktuuri, millel DHLile, UPSile, TNT-le ja FedExile kuulub koos 90–95protsendiline turuosa (vaidlusaluse otsuse punkt 509). DHL oli turuosa ja geograafilise kaetuse poolest ning oma võrgu arengu ja tiheduse tõttu EMPs suurim konkurent. TNT ja UPS olid DHLi vahetud konkurendid (vaidlusaluse otsuse põhjendused 626 ja 630). FedEx seevastu jäi palju piiratumate võrkude tõttu liiga kaugele selleks, et DHLi ning UPSi ja TNTga täiel määral võistelda (vaidlusaluse otsuse põhjendused 511–625; 631–635 ja 702–711).

220 Komisjon leidis, et koondumine vähendaks teenusepakkujate arvu neljalt kolmele (vaidlusaluse otsuse põhjendused 712–714) ning teatavatel riigisisestel turgudel kolmelt kahele, võttes arvesse FedExi nõrka seisundit (vaidlusaluse otsuse põhjendused 715–720). Nii on see 15 riigisisesest turust, kus esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, järgmistes liikmesriikides: Tšehhi Vabariik (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1061), Taani (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1135), Eesti (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1186), Läti (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1359), Leedu (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1411), Malta (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1430), Poola (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1627), Sloveenia (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1788), Slovakkia (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1734), Soome (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1226) ja Rootsi (vaidlusaluse otsuse põhjendus 1839).

221 Neljal riigisisesel turul, kus esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus (Tšehhi Vabariik, Taani, Leedu ja Madalmaad), saaks UPSist ja TNTst moodustatav üksus turuliidriks turuosaga, mis ületab 50% (vaidlusaluse otsuse põhjendused 1048, 1049, 1121, 1393, 1394, 1502 ja 1503).

222 Lisaks tuvastas komisjon, et asjaomast turgu iseloomustavad suured sisenemis- ja laienemistõkked. Vajaduse tõttu ehitada välja taristu kogu EMPs ning omada sorteerimiskeskusi ning arvuti-, järeletulemis- ja kohaletoimetamisvõrke, samuti lennu- ja maismaatranspordivõrke – kusjuures need tõkked on kumulatiivsed – ei ole 20 viimase aasta jooksul olnud ühtegi uut suurt turuletulijat. Nende asjaolude põhjal leidis komisjon, et ei FedExi ega teiste ettevõtjate laienemiskavad ei võimalda vastu seista ükskõik missugusele konkurentsivastasele strateegiale, mille koondumise osalised välja töötavad (vaidlusaluse otsuse põhjendused 741–788).

223 Komisjon tuvastas ka, et klientidel ei ole piisavalt tasakaalustavat ostujõudu, et peatada hindade tõusu turul pärast koondumist (vaidlusaluse otsuse põhjendused 791–799).

224 Need koondumise üldise hindamise valdkonda kuuluvad asjaolud on peamiselt seotud turu struktuuriga ning UPS ei ole nendele vastu vaielnud. Need võimaldavad pidada suhteliseks arutluskäiku, mis on esitatud vaidlusaluse otsuse põhjendustes 721–740 ja milles püütakse mõõta koondumise prognoositavat mõju hinnatasemele.

225 Tuleb ka rõhutada, et hindadele koondumise avaldatava mõju analüüsimisel ilmnesid mõned piirid, lähtudes teatavate riigisiseste turgude eripärast. Näiteks märkis komisjon, et mudel ei võimalda hõlmata Madalmaade ega Rootsi turu eripära (vaidlusaluse otsuse põhjendused 1545, 1844 ja 1845).

226 Seda arvestades põhineb UPSi väide, et kui hindadele koondumise avaldatava mõju analüüsimisel ei oleks rikkumisi toime pandud, ei oleks ükski konkurentsiasutus olnud kavandatava tehingu vastu, vaidlusaluse otsuse vääral tõlgendusel. Vastupidi UPSi väitele ei piisa üksnes asjaolust, et komisjon kasutas mudelit, mille puhul pandi toime rikkumisi, järeldamaks, et need on piisavalt selged rikkumised, mis võivad tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

227 Tuleb ka silmas pidada ökonomeetriliste mudelite kasulikkust, eelkõige niisuguse koondumise kontrollimisel, mis võib tekitada kooskõlastamata mõju oligopoolsel turul. Komisjonil peab olema kaalutlusruum, et mitte tema tegevust halvata või pärssida niisuguste kvantitatiivsete vahendite kasutamist, mis aitavad oma ranguse ja objektiivsusega majandusanalüüsi kvaliteedile kaasa.

228 Kõikide nende asjaolude põhjal ja pärast asjaomaste huvide kaalumist tuleb järeldada, et rikkumised, mis on UPSi sõnul komisjoni ökonomeetrilise mudeli puhul toime pandud, ei ole piisavalt selged selleks, et tooksid kaasa liidu lepinguvälise vastutuse. Seega tuleb need UPSi argumendid tagasi lükata.

2) Tõhususe kasv

i) Sissejuhatavad märkused

229 UPS väidab, et vaidlusaluses otsuses esitatud tõhususe kasvu analüüsi puhul on toime pandud rikkumine, mis kujutab endast piisavalt selget rikkumist. Ükski tavapäraselt ettevaatlik ja hoolas konkurentsiasutus ei oleks järeldanud, et haldusmenetluse käigus esitatud tõendite laad ja hulk ei võimalda asuda mõistlikult seisukohale, et see tõhususe kasv tõenäoliselt toimub suuniste punkti 86 tähenduses.

230 UPS kinnitab, et kui komisjon oleks nõustunud kas või murdosagagi väidetavast tõhususe kasvust peale 65 miljoni euro koostoimimisest lennutranspordi ja maapealse teeninduse osas Euroopas, ei oleks ta enam saanud tehingut keelata, hoolimata oma sellise analüüsi ekslikkusest ja tavatusest, mis käsitles koondumise mõju hindadele. Kui komisjon oleks hinnanud tehingut UPSi ja TNT vahel samade meetodite abil, mida ta kasutas FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutaval juhtumil, oleks ta pidanud nõustuma väidetava koostoimimise suurema osakaaluga.

231 UPS vaidleb vastu sellele, et tõendamiskoormis tõhususe kasvu osas lasub täielikult poolel, kes koondumisest teatas. Ta leiab, et niisugune tõlgendus võimaldaks komisjonil mitte nõustuda ükskõik missuguse väidetava koostoimimisega, midagi selgitamata.

232 Nagu on märgitud eespool, analüüsides etteheiteid, et ei edastatud tõhususe kasvu hindamise kriteeriume, peab täpsed ja veenvad tõendid, mis võimaldavad võimaluste piires prognoositud tõhususe kasvu mõõta, esitama koondumisest teatanud pool, hoolimata komisjoni kohustusest uurida hoolikalt ja erapooletult kõiki asjakohaseid asjaolusid ning põhjendada oma hinnangut piisavalt. UPSi argument, et on rikutud tõendamiskoormist käsitlevaid õigusnorme, ei ole seega põhjendatud.

ii) Selle tõhususe kasvu hindamine, millele UPS viitab

233 UPS väidab, et kui ta oleks saanud tutvuda kriteeriumidega, mille põhjal eitas komisjon suuremat osa koostoimimisest, mida UPS enda ja TNT vahelisest tehingust lootis, kui kontrollimatut, oleks ta olnud suuteline komisjoni veenma, et see kasv toimub.

234 See argument on siiski juba tagasi lükatud analüüsi tulemusena, milles käsitleti etteheiteid, et ei edastatud tõhususe hindamise kriteeriume.

235 UPS lisab, et see koostoimimine ongi tema TNT omandamise kava põhjus. UPS kinnitab, et kuna nende ettevõtjate võrgud täiendavad üksteist, oleks ta saanud oma kulusid alandada ja oma peamise rivaaliga Euroopa turul, DHLga edukamalt konkureerida. Nende läbirääkimiste ajal kavandasid tema juhatus ja TNT juhatus ekspertanalüüside põhjal ettevaatlikult ja vastavalt kohaldatavatele Madalmaade õigusnormidele koostoimimist 400–550 miljoni euro ulatuses aastas (mediaan on 503 miljonit eurot aastas) – hinnang, mis peegeldub avaliku ostupakkumise hinnas, mis on 9,50 eurot aktsia kohta.

236 UPS väidab, et esitas need prognoosid komisjonile, et viimane võtaks neid oma kavandatavale tehingule antavas hinnangus arvesse vastavalt määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 1 punktile b ja suuniste punktile 76 jj. Komisjon nõustus siiski arvesse võtma ainult koostoimimist, mis on seotud Euroopa lennuvõrgu ja maapealse teenindusega kolmel esimesel aastal pärast tehingu sõlmimist ning mille summa on 65 miljonit eurot aastas.

237 UPS kinnitab, et eitades nii ülejäänud koostoimimist 438 miljoni euro ulatuses aastas ja seda põhjendusel, et seda ei saanud kontrollida, tegi komisjon tõsise hindamisvea.

238 UPS heidab komisjonile ette, et viimane ei võtnud arvesse järgmist koostoimimist, mida on üksikasjalikumalt analüüsitud tagapool:

– lennuvõrk ja maapealne teenindus Euroopas (neljas aasta): 43 miljonit eurot;

– halduskulud: 210 miljonit eurot;

– Atlandi-ülene lennutransport: 25 miljonit eurot;

– lennutransporditeenus kolmandatele isikutele: 33 miljonit eurot;

– maanteetranspordi võrguliinid sõlmlennujaamade ning haruliinide vahel: 22 miljonit eurot;

– paigaldised: 17 miljonit eurot;

– PUD-võrk: 40 miljonit eurot;

– välised teenuseosutajad: 48 miljonit eurot.

239 UPS leiab, et kui ka ainult väikese osaga tõhususe kasvust, mida eitati, oleks nõustutud kui kontrollitavaga, on selge, et ei oleks olnud mingit alust teha keelamisotsust.

– *Lennuvõrk ja maapealne teenindus Euroopas (neljas aasta)*

240 UPS kritiseerib komisjoni selle eest, et ta ei nõustunud vaidlusaluse otsuse põhjenduses 905 koostoimimisega, mis on seotud lennuvõrgu ja maapealse teenindusega, kauem kui kolm aastat pärast tema ja TNT koondumist ning seda sel põhjusel, et niisugune ajaperiood kätkeb endast suuremat ebaselgust ja aeglasemat kasu tarbijatele. See hinnang on ilmselgelt ekslik ja vastuoluline, sest selle otsuse põhjenduses 902 nõustus komisjon, et koostoimimine jääb neljandal aastal samaks, mis peegeldab lõimimise järkjärgulist elluviimist.

241 Sellele argumendile vastamisel tuleb meenutada, et väidetava koostoimimise arvessevõtmine tähendab oma definitsiooni poolest seda, et hinnatakse tulevaste voogude praegust väärtust kasu või säästude vormis – hindamine, mis sõltub tingimata tulevasest ajaperioodist ja selle kasu või nende säästude saamise tõenäosusest. Nii on suuniste punktides 83 ja 87 rõhutatud, et üldiselt mida kaugemas tulevikus tõhususe kasvu oodatakse, seda vähem kaalu saab komisjon sellele omistada või seda vähem tõenäoliseks pidada. Vaidlusaluse otsuse põhjendustes 905 ja 906 otsustas komisjon piirata prognoositava tõhususe kasvu arvessevõtmist põhimõtteliselt kolme esimese aastaga. Seevastu oma üldise hinnangu puhul teatas komisjon, et võtab arvesse prognoose neljanda aasta osas, vähendades samas kaalu, mida neile tuleb anda, arvestades lennuvõrkude ja maapealse teeninduse lõimimise osas valitsevat ebaselgust ja nende lõimimise keerukust.

242 UPSi argument seisneb peamiselt väites, et tema tulevase tõhususe kasvu prognooside usaldusväärsus on suurem, kui komisjon tegelikult tunnistas. Arvestades aga, et see kasv ja ajaperiood, millele UPS viitab, ei ole kindel, ei võimalda ükski tema argument järeldada, et komisjon on pannud toime isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumise, mis võib kaasa tuua liidu lepinguvälise vastutuse.

– *Halduskulud*

243 UPSi sõnul tuleneb halduslik koostoimimine tema ja TNT osas asukohtadest ja kesksetest üldfunktsioonidest Euroopas. Prognoositud tõhususe kasv oleks pidanud ulatuma 210 miljoni euroni neljal aastal tänu kombineeritud töötajaskonna vähendamisele 11% võrra juhtimisfunktsioonide ja 12% võrra haldusfunktsioonide puhul, kusjuures need eesmärgid on väiksemad sellest, mida tema kogemus näitab.

244 Komisjon jättis vaidlusaluse otsuse põhjenduses 891 need säästud kõrvale põhjendusel, et need puudutavad püsikulusid, mida ei saa üle kanda tarbijatele. UPS leiab, et niisugune arutluskäik on ekslik ja vastuoluline. Kui komisjon kasutas tõhususe kasvu keskmistele kogukuludele (muutuv- ja püsikulud) ülekandmise määra 67%, oleks ta pidanud seda määra kohaldama halduskulude suhtes ning asuma seisukohale, et 67% nende arvelt tulenevatest säästudest kantakse üle tarbijatele ja ülejäänu ta võtab enda kanda. Ja vastupidi, kui komisjon kavatses keelduda vastavalt vaidlusaluse otsuse põhjendusele 891 selle määra kohaldamisest püsikulude suhtes, oleks ta ühtluse huvides pidanud kohaldama kõrgemat muutuvkuludele ülekandmise määra. See oleks siis kaasa toonud suurema tõhususe kasvu temale ja nende turgude arvu vähenemise, mida tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus potentsiaalselt mõjutab.

245 Tuleb siiski meenutada, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 891 nõustus komisjon sisuliselt, et raamatupidamislikust seisukohast võib halduskulud ära jaotada erinevate teenuste ja riigisiseste turgude vahel olenevalt käideldavate pakkide mahust. Majanduslikust vaatevinklist ei võimalda see ärajaotamise viis siiski kindlaks teha viisi, kuidas need püsikulud aitavad välja selgitada iga täiendava lepingu hinda. Leides, et vastus küsimusele, mil määral võivad säästud halduskulude arvelt mõjutada asjaomaste toodete hindu, et nende arvessevõtmine oleks õigustatud, on ebaselge, asus komisjon vaidlusaluse otsuse põhjenduses 892 seisukohale, et need säästud niisugusena, nagu UPS neid kirjeldab, ei ole kontrollitavad ning neid ei saa järelikult arvesse võtta. Vaidlusaluse otsuse sellest põhjendusest ilmneb ka, et need kaalutlused halduskuludega seotud säästude tarbijatele ülekandmise kohta olid esitatud ainult teise võimalusena juhuks, kui need säästud peaksid olema kontrollitavad.

246 Oma olemuselt avaldub koostoimimine, mis on seotud halduskulude vähendamisega ühinemise tulemusena, ettevõtja püsikulude vähenemises. Nagu on aga rõhutatud suuniste punktis 80, võib kulutasuvus, millega kaasneb muutuvate kulude või piirkulude vähendamine, olla tõenäoliselt kulude kokkuhoiu hindamise seisukohast olulisem kui püsikulude vähendamine; muutuvate ja piirkulude vähendamine toob tõenäolisemalt tarbijate jaoks kaasa madalamad hinnad. Komisjon ei teinud seega viga, kui jättis kõrvale halduskulude vähenemisega seotud koostoimimise põhjendusel, et see ei ole tõhususe kasvu hindamisel asjakohane. Et UPSi kriitika nende säästude tarbijatele ülekandmise suhtes on suunatud täiendavate hinnangute vastu, ei ole see asjakohane ja tuleb tagasi lükata.

247 Sellest järeldub, et ükski asjaolu, mida UPS mainib halduskulude vähenemisega seotud tõhususe kasvu osas, ei võimalda asuda seisukohale, et komisjon pani toime isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

– *Atlandi-ülene lennutransport*

248 UPS kritiseerib hinnangut, millega komisjon jättis vaidlusaluse otsuse punktides 882 ja 883 kõrvale säästud, mis hinnati 25 miljonile eurole Atlandi-ülest lennutransporti puudutavas osas, ning seda põhjendusel, et niisugust hinnangut ei kontrollitud. UPS meenutab, et ta kavatses kaotada TNT ainsa Atlandi-ülese ühenduse Liège'i (Belgia) ja New Yorgi (Ameerika Ühendriigid) vahel, sest tal oli piisavalt võimsust, et võtta üle 75% selle liini võimsusest. Komisjon jättis kõrvale arvutused, mille tulemuseks oli hinnang 25 miljonit eurot, ja seda põhjendusel, et need arvutused rajanevad eeldusel, et TNT kasutab Boeing 767-t, samas kui tegelikult kasutas ta Boeing 777-t. Et viimase kulud on teise lennuki omadest kõrgemad, oleksid säästud olnud veelgi suuremad.

249 Tuleb siiski märkida, et vaidlusaluse otsuse põhjendustes 881–883 ei eitanud komisjon väidetava tõhususe kasvu esinemist. Ta leidis, et see kasv ei ole kontrollitav, sest UPS lähtus oma arvutustes TNT võrgu olukorrast 2007. aastal, võtmata arvesse asjaolu, et hiljem oli TNT kasutanud suurema võimsusega lennukeid.

250 Niisuguse hinnangu ekslikkuse tõendamiseks põhjendas UPS hagiavaldust mitme arvutusega, mille eesmärk oli näidata selle kasvu ulatust, mida ta lootis koostoimimisest Atlandi-ülese lennutransporditeenuste puhul. Tuleb aga tõdeda, et neid asjaolusid ei esitatud komisjonile haldusmenetluse käigus, hoolimata sellest, et vastuväiteteatise punktis 725 on juhitud UPSi tähelepanu asjaolule, et tema tõhususe kasvu hindamine on raskesti kontrollitav. UPS esitab näiteks mitu lehte arvutusi tema Atlandi-ülese lennutranspordi võimsuse kasutamise kohta 2012. aastal (hagiavalduse lisa A.35), mida – nagu UPS isegi tunnistab – ei esitatud haldusmenetluse käigus. UPS peab siiski tõendama haldusmenetluse jooksul mitte üksnes selle tõhususe kasvu saavutamist, mida ta väidab saavutavat, vaid ka kontrollitavaid asjaolusid, mille abil ta seda mõõtis. UPSi argumendid, mis puudutavad Atlandi-üleseid lennutransporditeenuseid, ei ole põhjendatud ja tuleb tagasi lükata.

– *Transporditeenus*

251 UPS lootis saada sääste, vedades omaenese lennukites pakke, mille TNT lähetab teele ärilendudega, mida opereerivad kolmandad isikud. Komisjon jättis need säästud vaidlusaluse otsuse põhjenduses 889 kõrvale põhjendusel, et UPS ei ole tõendanud, et suudab TNT mahu üle võtta oma lennukitesse. UPS kritiseerib komisjoni selle eest, et viimane ei tõstatanud seda küsimust haldusmenetluses, kuigi tema käsutuses olid asjaolud, et sellele veenvalt vastata.

252 Vastupidi UPSi väitele ei ole komisjon kohustatud paluma esitada tal tõendeid, mis väidetavat tõhususe kasvu tõendavad. UPSi ülesanne on esitada tõendid mitte üksnes selle tõhususe kasvu saavutamise kohta, mida ta väidab saavutavat, vaid ka kontrollitavad asjaolud, mille abil ta seda mõõtis. UPSi argument ei ole põhjendatud ja tuleb seega tagasi lükata.

– *Maanteevedu võrguliinidel*

253 UPSi sõnul oleks kavandatud omandamine võimaldanud tal muuta oma maanteeveoliinide võrgu EMPs tõhusamaks TNT võrguga kombineerimise abil ning seda tänu tema logistilisele mudelile *hub feeder network optimisation model* (järeletulemisvõrgu optimeerimise mudel, edaspidi „HFNO mudel“), mida kohaldatakse andmete suhtes kolme turu (Saksamaa, Itaalia ja Ühendkuningriik) kohta, mis kujutavad endast erinevate Euroopa turgude võrkude head valimit. Komisjon jättis vaidlustatud otsuse põhjendustes 866 ja 867 need säästud kõrvale põhjendusel, et esitatud õigustused olid osalised ja ebausaldusväärsed. UPS vaidleb sellele hinnangule vastu. Ta kinnitab, et tema hinnangud tema tulevase ainsa võrgu kohta olid usutavad, ettevaatlikud ja usaldusväärsed. UPS märgib, et suutis arvutada konservatiivsusmarginaaliga koostoimimiskulu, mille suurus on 15%. Ehkki ta pidi seda TNT esitatud andmete põhjal muutma, leiab UPS siiski, et täheldatud erinevused ei ole märkimisväärsed ja on seletatavad metodoloogiliste lahknevustega tema ja TNT vahel.

254 Komisjon vaidleb nendele väidetele vastu. Ta väidab konkreetselt, et UPS kinnitab, kuid ei tõenda, et Saksamaa, Itaalia ja Ühendkuningriigi turud kujutavad endast „head valimit“, aga ei ole ühtegi asjaolu, mis võimaldaks selle väite tõelevastavust kontrollida.

255 Selles küsimuses tuleb tuvastada, et vaidlusaluse otsuse põhjenduste 865 ja 866 kohaselt arvutas UPS väidetava tõhususe kasvu oma HFNO mudeli abil, võttes aluseks andmed nende kolme riigisisese turu kohta. UPS leidis, et neid tulemusi võib laiendada kõikidele muudele turgudele, mainimata selle põhjust. Komisjon tugines seega sisuliselt tõendite puudumisele selle kohta, et UPSi kasutatud valim on tüüpiline.

256 Ilmneb siiski, et oma vastuses vastuväiteteatisele esitas UPS dokumendi (vastuväiteteatise lisa 4.8), mis selgitab põhjuseid, mille tõttu valiti need kolm riigisisest turgu, mis valimi moodustavad. Sellest dokumendist ilmneb, et nimetatud turud illustreerivad kolme juhtumit, mis iseloomustavad suhteid UPSi ja TNT mahtude vahel, st suuremaid mahtusid (Saksamaa), väiksemaid mahtusid (Itaalia) ja võrdseid mahtusid (Ühendkuningriik). Siis modelleeriti need kolm turgu ühtse võrguna. Selles olukorras ei saa komisjon väita, et UPS jättis haldusmenetluse käigus esitamata selgitused meetodite kohta, mida kasutati, et valida nendest kolmest turust koosnev valim, mida ta pidas tüüpilisteks.

257 Kui see viga välja arvata, tuleb märkida, et vaidlusaluse otsuse põhjenduse 867 kohaselt palus komisjon UPSil täpsustada oma sellel valimil põhinevaid arvutusi, võttes arvesse TNT andmeid. Selle tulemusena ilmnes, et mõne riigisisese turu puhul oli nii saadud tulemustes suuri erinevusi võrreldes UPSi esialgsete hinnangutega. Nende erinevuste tõttu leidis komisjon, et prognoositud tõhususe kasvu mõõtmise tulemus on vähe usaldusväärne.

258 Tuleb tuvastada, et nende erinevuste olemasolu, mis kvalifitseeriti „suureks“, tekitab kahtlust, kas väidetava tõhususe kasvu hinnang, mille UPS tegi oma HFNO mudeli põhjal, on õige. Kuigi UPS vaidleb vastu sellele, et need erinevused on suured, ei ole ta siiski esitanud konkreetseid argumente selle kohta ega arvandmeid, mis seaksid vaidlusaluse otsuse põhjenduses 867

tuvastatu põhjendatuse kahtluse alla. UPS nõustub küll nende erinevuste olemasoluga, kuid väitis, et need ei ole tingitud sisulistest erinevustest hinnanguliste andmete ja tegelike andmete vahel, vaid pigem sellest, et TNT jaotas oma kulud teistsugusel alusel.

259 Nende asjaolude põhjal tuleb asuda seisukohale, et UPS ei ole suutnud tõendada, et komisjon on pannud toime isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse, kui ta otsustas, et tõhususe kasvu hinnang, mis puudutab maanteeliinide võrku, on liiga ebausaldusväärne, et seda saaks pidada kontrollituks. UPS argumendid tuleb seega tagasi lükata.

– *Paigaldised*

260 UPS heidab komisjonile ette, et viimane jättis vaidlusaluse otsuse põhjenduses 863 kontrollimatutena kõrvale säästud, mida prognoositi seoses kavandatava koondumise tulemusena liigseks muutuvate paigaldiste ratsionaliseerimisega, ning seda põhjendusel, et esitatud andmed hõlmasid ainult mõnda riiki. UPS väidab, et niisugune hinnang on väär: ta kinnitab, et edastas komisjonile üksikasjalikud arvutused 112 paigaldise kohta 118 paigaldisest, mille ta kavatseb sulgeda.

261 Tuleb märkida, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 862 tähendas komisjon, et UPS arvutas oma paigaldiste ratsionaliseerimisest prognoositud säästud, hinnates aastakulu paigaldise kohta, mille ta korrutas suletavate paigaldiste koguarvuga. Saadud arv korrutati seejärel ühe paigaldise käitamise kulude aastase keskmise väärtusega, mis hinnati 330 000 eurole. Selle tehte tulemust (18 miljonit eurot) kohandati seejärel ja seda vähendati 17 miljonile eurole.

262 Komisjon leidis vaidlusaluse otsuse põhjendustes 863 ja 864, et see meetod on ebaselge kahes aspektis. Esiteks põhines see andmetel väikese arvu riikide või riikide rühma kohta, hoolimata sellest, et prognoositud säästud olid riigipõhised. Teiseks rajanes see meetod eeldusel, et kõik suletava kohaga seotud kulud kujutavad endast säästu. Et nendes paigaldistes käideldavad mahud pidi aga üle viidama teistesse paigaldistesse, oleks tulnud arvutada puhassääst, võrreldes käitlemiskulusid enne ühinemist täiendavate kuludega pärast ühinemist.

263 Komisjoni selle teise vastuväitega heidetakse UPSile sisuliselt ette, et viimane ei teinud oma prognoositavate säästude hindamisel piisavalt vahet püsikulusid puudutavate säästude ja muutuvkulusid puudutavate säästude vahel. Nagu aga eespool seoses koostoimimise halduskulusid puudutava tõhususe kasvuga märgitud, võib kulutasuvus, millega kaasneb muutuvate kulude või piirkulude vähendamine, olla tõenäoliselt kulude kokkuhoiu hindamise seisukohast olulisem kui püsikulude vähendamine.

264 Tuleb siiski tõdeda, et UPSi argumendi puhul on sellest küsimusest mööda mindud ja keskendutud ainult esimesele probleemile, mille komisjon tõstatas. Seda arvestades ei võimalda niisugune argument asuda seisukohale, et komisjon on pannud toime isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse, kui ta leidis, et liigsete paigaldiste sulgemisest saadavate säästude hinnangut ei saa selle ebausaldusväärsuse tõttu arvesse võtta.

– *PUD-võrk*

265 UPS heidab komisjonile ette, et komisjon jättis vaidlusaluse otsuse põhjendustes 853 ja 854 kõrvale PUD-võrgu ratsionaliseerimisest prognoositud koostoimimise mõõtmise tulemuse põhjendusel, et tema arvutusi ei saa kontrollida.

266 UPS väidab esiteks, et komisjon ei seadnud kahtluse alla mitte selle koostoimimise olemasolu, vaid ainult sellega seotud hindamist. Komisjon jättis esitamata kriteeriumi, mille põhjal ta on valmis niisuguseid arvutusi aktsepteerima ja talle küsimusi esitama.

267 Komisjon ei olnud siiski kohustatud paluma UPSi esitada tõendeid, mis väidetavat tõhususe kasvu kinnitavad. UPSi ülesanne oli esitada tõendid mitte üksnes selle tõhususe kasvu saavutamise kohta, mida ta väidab saavutavat, vaid ka kontrollitavad asjaolud, mille abil ta seda mõõtis. UPSi argumendid ei ole põhjendatud ja tuleb seega tagasi lükata.

268 Teiseks, UPSi argumendi kohta, et komisjoni põhjendusi, miks ta selle tõhususe kasvu kõrvale jättis, ei edastatud talle haldusmenetluse ühelgi hetkel, tuleb meenutada, et see argument lükati tagasi juba selle analüüsi tulemusena, milles käsitleti tõhususe kasvu hindamise kriteeriumide edastamata jätmist.

269 Kolmandaks väidab UPS, et põhjendused, millega komisjon välistas PUD-võrguga seotud tõhususe kasvu arvesse võtmise, on ilmselgelt väärad.

270 Tuleb meenutada, et vaidlusaluse otsuse põhjendustes 851 ja 852 nõustus komisjon PUD-võrkude kombineerimise tulemusena tekkinud koostoimimisest saadava tõhususe kasvu olemasoluga. Sama otsuse põhjendustes 853 ja 854 lükkas ta siiski selle kasvu summa hinnangu, mille UPS oli esitanud, selle ebausaldusväärsuse tõttu tagasi. Konkreetsemalt rõhutas komisjon, et UPSi esitatud andmed on ebatüüpilised ja vanad.

271 Nende andmete tüüpilisuse küsimuses ilmneb vaidlusaluse otsuse põhjendusest 824, et UPS on võtnud aluseks igal riigisisesel turul saadud autojuhtidega seotud säästude hinnangu (45 miljonit eurot), mida vähendati ja saadi hinnang 40 miljonit eurot. Komisjon märkis siiski, et see arvutus põhineb üksikasjalikel andmetel ainult Saksamaa, Prantsusmaa ja Beneluxi (Belgia, Luksemburg ja Madalmaad) ning Iirimaa ja Ühendkuningriigi turgude puhul. Ülejäänud turg on jagatud kahte rühma: „Ida-Euroopa“ ja „ülejäänud Euroopa“, mille puhul UPS arvutas autojuhtide keskmise vähenemise, ilma et oleks selle kohta selgitusi esitanud. Et PUD-võrguga seotud säästud on tihedalt seotud iga turu tingimustega, leidis komisjon vaidlusaluse otsuse põhjenduses 853, et UPS oleks pidanud aluseks võtma pigem iga turu andmed, mitte kohaldama hinnangut teatava riikide rühma suhtes. Komisjon järeldas, et PUD-võrguga seotud koostoimimise hindamine ei ole nende kahe rühma puhul usaldusväärne.

272 Selles küsimuses märgib UPS, et kategooriatesse „Ida-Euroopa“ ja „ülejäänud Euroopa“ kuuluvad riigid moodustavad ainult 9 miljonit prognoositavate säästude 40 miljonist, kusjuures teised riigid jagunevad nelja rühma nende võrkude omaduste põhjal (milleks on autojuhtide arv ja peatuste arv miili kohta).

273 Tuleb siiski märkida, et UPS ei vaidle vastu komisjoni põhivastuväitele, milleks on iga turgu puudutavate andmete arvesse võtmata jätmine hoolimata kulude erinevustest nende turgude vahel. Väidetava tõhususe kasvu hindamise eesmärk on aga kontrollida turgudel, kus esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, kas see kasv võib tasakaalustada konkurentsivastase

mõju, mida koondumine võib avaldada. Kui see konkurentsivastane mõju avaldub – nagu käsitletaval juhul – teatavate liikmesriikide territooriumil, peab saama igal riigisisesel turul kontrollida, kas väidetav tõhususe kasv toob tarbijate jaoks kaasa puhaskasu.

274 Et UPS ei ole esitanud ühtegi vastupidist asjaolu, tuleb seega nõustuda, et UPSi lähenemine, mille puhul eelistatakse kohaldada kõikide riikide suhtes ühtset määra, mis on tuletatud nelja riigisiseste turgude rühma põhjal moodustatud mudelist, on ebatäpsem ja ebausaldusväärsem kui lähenemine, mille puhul lähtutakse iga turgu puudutavatest andmetest ja keskmisest hinnangulisest suurusest, mis on kohaldatav kõigi nende turgude suhtes.

275 Tuleb ka märkida, et 15 riigisisesest turust, kus esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, ei kuulu ainult Madalmaad ei kategooriasse „Ida-Euroopa“ ega kategooriasse „ülejäänud Euroopa“. Nagu UPS isegi möönis, on PUD-võrguga seotud tõhususe kasvu koguväärtus nende kahe riigisiseste turgude kategooria puhul ainult 9 miljonit eurot. On seega väga vähe tõenäoline, et Madalmaade turg võiks üksi kujutada endast sääste, mis õigustavad seda, et koostoimimine hinnatakse 40 miljonile eurole, mille UPS väidab olevat selle summa. Sellest järeldub, et tõhususe kasv, mis on asjakohane nende riigisiseste turgude olukorra hindamisel, mille puhul leidis komisjon, et esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus, jääb tõenäoliselt tunduvalt alla 40 miljoni, mis väidetakse olevat tõhususe kasvu summa. UPSi argument ei võimalda vaidlusaluse otsuse põhjenduses 855 esitatud hinnangut, et muid turge peale Saksamaa, Prantsusmaa, Iirimaa ja Ühendkuningriigi puudutavad andmed ei näita, et teiste turgude puhul prognoositav tõhususe kasv on kontrollitav, vääraks pidada.

276 Mis puudutab seda, et andmed on vanad, siis vaidlusaluse otsuse põhjendusest 854 ilmneb, et komisjon märkis, et UPS lähtus mudelist, mis töötati välja 2007. aastal 2002. aasta andmete põhjal, et hinnata PUD-võrgu optimeerimisest tulenevat tõhususe kasvu, arutelude raames, mis puudutasid juba TNT võimalikku omandamist.

277 Nende tulemuste ajakohastamiseks vastavalt 2011. aasta olukorrale vähendas UPS neid hinnanguid erinevate turgude puhul erinevates proportsioonides, selgitamata kohaldatud meetodit teisiti kui nimetades seda „konservatiivseks“.

278 UPS kinnitab, et need arvutused olid üksikasjalikud, usaldusväärsed ja nendes võeti arvesse tema kasvumääri aastatel 2007–2011 ning muutusi PUD-võrgu tiheduses.

279 Need kaks dokumenti, millega UPS oma väiteid põhjendab (hagiavalduse lisad A.38.1 ja A.38.2), kinnitavad siiski vaidlusaluse otsuse põhjenduses 854 esitatud metodoloogia kirjeldust. Need dokumendid ei sisalda täpseid andmeid selle kohta, kuidas 2007. aastal tehtud uuringu tulemusi 2011. aastal ajakohastati. Need näitavad ainult, et selle analüüsi alused on õiged, UPS tegi otsuse oma kulusäästude esialgseid hinnanguid lihtsalt tunduvalt vähendada, et need peegeldaksid turutingimuste muutusest tingitud teadmatust.

280 Seda arvestades tuleb järeldada, et UPS ei ole suutnud tõendada, et komisjon on selles küsimuses toime pannud isikutele õigusi andva õigusnormi piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

– *Välised teenuseosutajad*

281 Vaidlusaluse otsuse põhjendustes 857–861 märkis komisjon, et UPSi hinnang tõhususe kasvu osas, mis on seotud allhanke PUD kulude ratsionaliseerimisega, on veel vähem teada kui tõhususe kasv tema oma PUD-võrgust, sest see hinnang põhineb pigem äärmiselt lihtsustatud eeldustel kui iga riigisisest turgu puudutavatel andmetel. Komisjon märkis, et UPS ei esitanud mingi selgitust, mis põhjendaks väidetavat vähenemist 6% võrra, vaid kinnitas ainult, et see määr peegeldab suuremaid kombineeritud mahtusid ja kasu, mis sellest saadakse sorteerimise osas. Lisaks näitasid UPSi värvatud konsultandid, et TNT mahtude andmed erinevad andmetest, mida tõhususe kasvu arvutamisel kasutati, ilma et UPS oleks siiski püüdnud kasutada neid andmeid, et leida tõhususe kasvu realistlikum määr. Komisjon järeldas sellest, et ta ei ole suuteline kontrollima väliste teenuseosutajatega seotud tõhususe kasvu suurusjärku, ning jättis tõhususe kasvu, mida UPS nimetab, kontrollimatuna kõrvale.

282 UPS heidab komisjonile ette, et viimane leidis, et need prognoosid ei rajane üksikasjalikul analüüsil riikide kaupa, vaid 6protsendilisel keskmisel määral ning näivad vähe usaldusväärsed. Ta leiab, et see analüüs on ilmselgelt ekslik.

283 UPS väidab esiteks, et kõikide riikide puhul keskmise määra kasutamine on kooskõlas lähenemisega, mida on kirjeldatud eespool seoses PUD-võrguga kategooriasse „ülejäänud Euroopa“ kuuluvate riikide puhul.

284 Tuleb meenutada, et vastavalt tõhususe kasvu tõendamise koormist reguleerivatele põhimõtetele oli UPSi ülesanne põhjendada 6protsendilise määra kohaldamist kõikide riigisiseste turgude suhtes, eelkõige kuluerinevuste tõttu nende turgude vahel. Tuleb asuda – nagu on märgitud eespool PUD-võrgu puhul – seisukohale, et see, kui kasutatakse keskmist säästude määra, mida kohaldatakse kõikide riikide suhtes ilma konkreetse põhjenduseta, tundub ebatäpsem ja ebausaldusväärsem kui see, kui iga turu andmete põhjal arvutatakse keskmine hinnanguline suurus, mis on kohaldatav kõikide turgude suhtes. Sellest järeldub, et UPSi argument ei ole ilmsiks toonud midagi, mis võimaldaks asuda seisukohale, et põhjendused, mille komisjon on esitanud vaidlusaluse otsuse punktis 858, on ekslikud.

285 Teiseks kritiseerib UPS metodoloogilist ebaühtlust. Komisjon nõustus sellega, et sama riikide rühma puhul kasutatakse keskmisi määri, mis puudutab lennuvõrku ja maapealset teenindust Euroopas (neljas aasta), kuid ei nõustunud sellega osas, mis puudutab järeletulemist ja kättetoimetamist väliste teenuseosutajate poolt.

286 Nagu aga eespool märgitud PUD kuludega seotud tõhususe kasvu kohta, tuleneb vaidlusaluse otsuse põhjendustest 824, 853 ja 858, et need kulud on tihedalt seotud kohalike tingimustega, mis igal riigisisesel turul valitsevad. Komisjon märgib, et see olukord ei ole võrreldav Euroopa lennuvõrgu olukorra ega maapealse teenindamise teenuste olukorraga, ilma et UPS oleks selles küsimuses esitanud ümberlükkavaid argumente. Nende põhjenduste põhjal tuleb nõustuda, et nimetatud erinevuste tõttu ei võimalda UPSi argumendid paljastada metodoloogilist ebaühtlust, mis võiks kujutada endast ilmset ja tõsist hindamisviga.

287 Kolmandaks selgitab UPS põhjuseid, miks ei muutunud tema mudeli kasutamisel saadud tulemused pärast TNT andmete kasutamist märkimisväärselt. Peamine tehtud muudatus puudutas koostoimimise jaotumise kriteeriumi, ilma et koguhinnangut sellele summale oleks muudetud.

288 See argument ei võimalda siiski seada kahtluse alla asjaolusid, mis on esitatud vaidlusaluse otsuse põhjendustes 859 ja 860 ja millest ilmneb, et hoolimata andmetest TNT praeguste mahtude kohta, mis on väga erinevad sellest, missugusena hindas neid esialgu UPS, ja seega esialgu prognoositud säästude märkimisväärsest muutmisest, eelkõige Saksamaa ning Iirimaa ja Ühendkuningriigi turgude osas, ei püüdnud UPS prognoositud tõhususe kasvu asjakohaste riigisiseste turgude puhul hinnata täpsemalt.

289 Kõige eelneva põhjal tuleb järeldada, et UPS ei ole suutnud tõendada, et väidetava tõhususe kasvu kontrollitavuse hindamisel on tehtud vigu, mis võivad tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

3) Erinev käsitamine võrreldes FedExi ja TNT vahelise tehinguga

290 UPS kurdab erineva käsitamise üle, mis puudutab tema ja TNT vahelist koondumist ning FedExi ja TNT vahelist koondumist. Ehkki ta teatas range hindamistöö tulemusena avalikult, et ta loodab saavutada TNT omandamise tulemusena 503 miljonit euro ulatuses koostoimimist juba esimesel aastal, ei esitanud ta avalikkusele mingit omapoolset hinnangut. Komisjon nõustus ometi FedExi esitatud koostoimimisega, olles esitanud talle küsimusi, ning seda selle koondumise kontrollimise menetluseks värvatud konsultantide tööde põhjal, mida kunagi ei avalikustatud – mis on börsil noteeritud ettevõtja puhul seletamatu.

291 UPS heidab komisjonile ette, et viimane hindas koostoimimist palju rangema kriteeriumi põhjal kui kriteerium, mida ta kasutas FedExi ja TNT vahelise koondumise puhul. Kui komisjon oleks kohelnud UPSi samamoodi nagu FedExi, oleks ta pidanud nõustuma kogu väidetava tõhususe kasvuga. FedExi ja TNT vahelise tehingu raames nõustus komisjon suure hulga koostoimimisega, mida ei tõendatud siiski sama veenvate asjaoludega nagu need, millele tugineb tema. FedEx keeldus avaldamast kogu potentsiaalse koostoimimise hulka kohe oma ostupakkumise tegemisel ega esitanud kunagi vastavaid sisedokumente.

292 Komisjon nõustus FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutavas otsuses koostoimimisega Atlandi-ülese lennutranspordi osas ostja transpordivõimsustest, nõudmata üksikasjalikke arvutusi. Et FedExi ja TNT vahelist tehingut käsitleva otsuse avalikus versioonis puudub põhjalikum teave, teeb UPS Üldkohtule ettepaneku saada see teave menetlustoiminguga.

293 PUD-võrgu kohta märgib UPS, et FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutaval juhtumil nõustus komisjon seda liiki koostoimimist arvesse võtma hoolimata asjaolust, et esitati vähem üksikasjalikud tõendid, kui esitas tema.

294 Tuleb meenutada, et komisjon peab analüüsima iga koondumistehingut, lähtudes selle ja asjaomase turu omadustest. Iga koondumist tuleb hinnata individuaalselt ning lähtudes faktilistest ja kohaldatavatest õiguslikest asjaoludest (vt selle kohta 16. mai 2018. aasta kohtuotsus Deutsche Lufthansa *vs.* komisjon, T-712/16, EU:T:2018:269, punkt 131). Kui komisjon otsustab koondumise siseturuga kokkusobivuse üle vastava tehingu teate ja toimiku alusel, puudub hagejal õigus vaielda komisjoni järeldustele vastu põhjusel, et need erinevad teises asjas varem teistsuguse teate ja teistsuguse toimiku alusel tehtud järeldustest, isegi kui oletada, et asjaomased turud kahes asjas on sarnased või identsed (vt selle kohta 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsus General Electric *vs.* komisjon, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 118, ning 13. mai 2015. aasta kohtuotsus Niki Luftfahrt *vs.* komisjon, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 142).

295 Käsitletaval juhul on nii, et kuigi UPSi ja TNT vaheline tehing ning FedExi ja TNT vaheline tehing, millest teatati umbes kolmeaastase vahega, puudutavad sama turgu, ei hõlma need tingimata samu pooli. Oma olemuselt on tõhususe kasv otseselt seotud koondumise poolte individuaalsete omadustega.

296 Eelkõige FedExi omaduste ning UPSi ja TNT konkurentsialase läheduse tõttu järeldas komisjon, et FedExi ja TNT vaheline tehing ei tekita tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistust. Selle ühinemise tulemusena tekkival üksusel on kaks võimsat rivaali, DHL ja UPS (FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutava otsuse põhjendused 444–446 ja 630–689), samas kui FedEx ja TNT pakuvad – ehkki nad on konkurendid – teataval määral täiendavaid teenuseid ega ole vahetud konkurendid. FedEx on spetsialiseerunud ühendustele EMP ja ülejäänud maailma vahel, samas kui TNT pakkumine on keskendatud rahvusvahelistele ühendustele EMP sees (FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutava otsuse põhjendused 590, 591 ja 687–689), ilma et TNTd saaks lisaks pidada konkurendiks, kellel võib olla eriline „üksiküritaja“ konkurentsiseisund või oluline laienemisallikas turul (FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutava otsuse põhjendused 650 ja 692–714). Selle mõju analüüs, mida koondumine hindadele avaldab, ei näidanud statistiliselt märkimisväärset mõju hindadele ning igal juhul märgib komisjon, et prognoositud tõhususe kasv korvab selle mõju (FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutava otsuse põhjendused 468–497, 515–588 ja 771–805).

297 Tuleb nentida seega, et UPSi ja TNT vaheline koondumine ning FedExi ja TNT vaheline koondumine erinevad märkimisväärselt mitmes aspektis, eelkõige selle poolest, et FedEx ja TNT ei olnud vahetud konkurendid – asjakohane aspekt ettevõtjate kombinatsiooni koostoimimise hindamisel –, millele UPS vastu ei vaidle.

298 Lisaks ei põhjenda hageja oma argumenti, et tõendeid, mis ta prognoositud koostoimimise kohta komisjonile esitas, hinnati teistsugusest tõendamisstandardist lähtudes kui standard, mida kohaldati FedExi ja TNT vahelise koondumise raames. Ta ei tõenda konkreetselt, et tõendid, mille ta esitas Atlandi-ülese lennutranspordi kohta ja PUD-võrgu kohta, olid sama veenvad ja asjakohased kui tõendid, mida aktsepteeriti selle koondumise raames, ning seega käsitas komisjon samasuguseid või samalaadseid tõendeid erinevalt.

299 Et ei ole midagi, mis võiks näidata erinevat kohtlemist, ega ühtegi väidet ega tõendit, mis käiks mõne muu õigusvastasuse väite kohta, ei võimalda asjaolu, et tõhususe kasvu on FedExi ja TNT vahelist tehingut puudutavas otsuses ning vaidlusaluses otsuses hinnatud erinevalt, järeldada, et esineb ebavõrdne kohtlemine, mis UPSi väitel talle osaks sai. UPSi argumendid selles küsimuses tuleb seega tagasi lükata, ilma et oleks vaja rahuldada UPSi menetlustoimingu määramise taotlusi.

4) FedExi olukord

i) FedExi ja UPSi vaheline vahetu konkurents

300 UPS väidab, et kui komisjon järeldas vaidlusaluses otsuses, et vastupidi FedExile on UPS, TNT ja DHL vahetud konkurendid, pani ta toime liidu õiguse piisavalt selge rikkumise. See järeldus põhines eeldusel, et DHL kohaneb hinnatõusudega, mis tulenevad UPSi ja TNT koondumisest, kuid FedEx ei suuda nendega toime tulla. Komisjonil ei ole UPSi arvates aga mingisugust alust järeldada, et UPSi ja TNT koondumine toob kaasa hinnatõusu. Vastupidi, selle mõju analüüsimine, mida koondumine avaldab hindadele, ja tõhususe kasvu analüüs näitasid, et tehing on konkurentsile soodne.

301 UPS meenutab, et väitis seda oma kohtuasjas T-194/13 esitatud hagi kolmanda väite raames ning tõendas, kui vähese rangusega analüüsis komisjon vastuseid turuküsimustikule, eelkõige mis puudutab Tšehhi, Bulgaaria, Taani ja Malta turge. Komisjoni keeldumine selgitada, mille poolest õigustavad vastused küsimustikule nende liikmesriikide osas tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistuse tuvastamist, ei võimalda mõista, millist tõendamistaset nõutakse, et selle takistuse saaks tuvastada. UPS esitab repliigi etapis aruande suurte ja väikeste klientide vastuste kohta II etapi turu-uuringule Bulgaaria, Tšehhi, Taani ja Malta turu osas, mis kinnitavad, et ei olnud mõistlik järeldada, et FedEx ei ole UPSi vahetu konkurent.

302 UPS heidab komisjonile ette, et viimane leidis, et TNT on UPSi vahetu konkurent, aga FedEx mitte. Isegi Tšehhi turul, mille puhul pidas komisjon oma analüüsi eriti tugevaks, näitavad vastused küsimustikule üheselt mõistetavalt, et ei ole mingit tõendit, et tema ja TNT on omavahel tihedas konkurentsisuhtes. Vastupidi, vastused näitavad, et ettevõtjate meelest on ta – samamoodi nagu TNT, FedEx ja DHL – täiesti asendatav pakutavate teenuste teatavate omaduste tõttu või et tema või TNT lähimad konkurendid ei paku samade omadustega teenuseid. Samamoodi on Bulgaaria, Taani ja Malta turgudega.

303 Tuleb meenutada, et pärast seda, kui komisjon jõudis vaidlusaluses otsuses järeldusele, et EMP-sisesel väikepakkide kiirkullerteenuste turul domineerivad neli kullerit, kelleks on DHL, UPS, TNT ja FedEx (vaidlusaluse otsuse põhjendus 510), leidis ta, et FedEx on nende ettevõtjate hulgas UPSi, TNT ja DHLi palju nõrgem ja kaugem konkurent. Komisjon lähtus FedExi käibest EMP-sisesel turul (vaidlusaluse otsuse põhjendused 513–517), EMP väikepakkide kiirkullerteenuste turu temapoolsest katmisest (vaidlusaluse otsuse põhjendused 518–527) ning tema nõrkusest EMPs võrreldes kolme ülejäänu kulleri võrkudega (vaidlusaluse otsuse põhjendused 528–533). Lisaks märkis komisjon, et kuna FedEx tegutseb piiratumal tasemel, olid tema järeletulemis- ja kättetoimetamiskulud selgelt palju kõrgemad kui tema konkurentidel, piirates tema võimet avaldada turul konkurentsisurvet, ning seda hoolimata asjaolust, et 2011. aastal võeti vastu orgaanilise laienemise kava kuni 2017. aastani (vaidlusaluse otsuse põhjendused 534–546 ja 599–625).

304 Komisjon rõhutas lisaks, et FedEx on nõrgalt esindatud siseturgudel ning ajatatud kättetoimetamise alal (vaidlusaluse otsuse põhjendused 547–552), ta on selgelt enam esindatud nende teenuste segmendis, mille puhul on asub adressaat väljaspool EMP riike (vaidlusaluse otsuse põhjendused 553–564). Neid asjaolusid kinnitasid turu-uuring, mis näitab, et kliendid tajuvad FedExi nõrgemana kui teisi kullereid kiirkullerteenuste turul EMPs (vaidlusaluse otsuse põhjendused 565–576 ja 590–598), ning tema konkurentide avaldused (vaidlusaluse otsuse põhjendused 578–589).

305 Erinevalt FedExi olukorrast näitab vaidlusalune otsus, et UPS ja TNT on vahetud konkurendid (vaidlusaluse otsuse põhjendused 631–702). Selle seisukoha põhjendamiseks tugines komisjon vastustele, mille kliendid turu-uuringule andsid (vaidlusaluse otsuse põhjendused 636–652), ning DHLi, UPSi ja TNT sarnasusele teenuste pakkumiste ja turu katmise seisukohast (vaidlusaluse otsuse põhjendused 653–659). Viimase kriteeriumi põhjal on FedEx nendest neljast ettevõtjast nõrgim 21 EMP turul ning 17 turul nendest on vahe FedExi ja tema lähima konkurendi vahel vähemalt 20 protsendipunkti (vaidlusaluse otsuse põhjendus 654).

306 Komisjon rõhutas ka sarnasusi UPSi ja TNT vahel hommikuse kättetoimetamise teenuste pakkumise poolest (vaidlusaluse otsuse põhjendused 660–665) ja pakutavate teenuste kvalitatiivsete omaduste osas (vaidlusaluse otsuse põhjendus 666). Turumenetluste osas rõhutas komisjon, et DHL, UPS ja TNT on vahetud konkurendid, samas kui FedExi olukord oli kaugem (vaidlusaluse otsuse põhjendused 667–684).

307 Komisjon ei nõustunud järeldustega, mis olid tehtud TNT analüüsist, mille käigus viimane käsitles oma endiste klientide antud teavet küsimuses, missugused ettevõtjad pakuvad konkureerivaid teenuseid, leides, et see arvamusküsitlus on kasutatud meetoditest tingitud piirangute tõttu vähe huvipakkuv (vaidlusaluse otsuse põhjendused 685–701).

308 Vaidlusaluse otsuse põhjendustes 705–707 lükkas komisjon tagasi seisukohad, mis olid esitatud vastusena vastuväiteteatisele ja milles UPS väitis, et vahetu konkurentsi analüüsis ei võetud piisavalt arvesse teenuste diferentseerituse mõju sellele, kui tüüpilised on turuosad vahetu konkurentsi näitajana, aga ka konkurentide kõrvalekalde suhtarvusid ja asjaolu, et ei ole teada klientide arvu, kelle puhul ei ole DHL elujõuline asenduslahendus tema ja TNT kahjuks.

309 Vaidlusaluse otsuse põhjendustes 708–711 lükkas komisjon lõpuks tagasi mõned täiendavad argumendid, mille UPS oli esitanud vastusena vastuväiteteatisele ja mis puudutasid vahetu konkurentsi analüüsi. UPS väitis, et ta ei ole TNT vahetu konkurent, sest nende kahe ettevõtja profiilid on radikaalselt erinevad. Ta heitis komisjonile ette, et viimane järgis binaarset lähenemist (*in* või *out*) ja keskendus ainult turu pikamaateenuste segmendile.

310 UPS kritiseerib seda, kuidas komisjon hindas vastuseid Bulgaaria, Tšehhi, Taani ja Malta turge puudutavatele küsimustikele. Isegi kui need vead oleksid tõendatud, piisab sellest, kui tõdeda vaidlusaluse otsuse kõikide äsja meenutatud elementide põhjal, et turuküsimustikud on ainult üks nendest asjaoludest, millest komisjon lähtus. Kuigi seda liiki uuringud võimaldavad aru saada, kuidas tarbijad või tootjad oma vastavaid seisundeid tajusid, ning koguda selle kohta andmeid, seisneb nende kasulikkus selles, et need võimaldavad täiendada ja parandada niisuguste objektiivsete asjaolude mõistmist nagu turuosad, võrkude tihedus või pakkumise struktuur, asendamata seda teavet siiski. Seda arvestades tuleb tõdeda isegi eeldusel, et neid nelja turgu puudutavatele küsimustikele antud vastuste analüüsis võib tuvastada hindamisvea, et niisugune viga ei sea igatahes kahtluse alla muid asjaolusid, mille põhjal komisjon leidis, et FedEx ei ole UPSi, TNT ja DHLi vahetu konkurent – asjaolud, millele UPS ei ole muide vastu vaielnud.

311 Ükski argument, millele UPS on käesoleva hagi raames tuginenud, ei võimalda seega FedExi vahetule konkurentsile antud hinnangu õigsust ümber lükata.

ii) FedExi laienemiskavad

312 UPS vaidleb vastu põhjustele, miks komisjon leidis, et on vähe tõenäoline, et FedEx areneb Euroopas määral, mis tasakaalustab tema ja TNT vahelise koondumise mõju, mis kipub tekitama tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistuse 15 liikmesriigis. UPS esitab üksikasjalikumalt oma argumendid FedExi rolli kohta kuues tagapool esitatud punktis.

– *FedExi laienemine Euroopas*

313 UPSi arvates eksis komisjon, kui kinnitas vaidlusaluse otsuse põhjenduses 611, et FedExi Euroopas laienemise kavad on taandumas. Sellele hinnangule kõnelevad otseselt vastu FedExi juhtide 19. juuni 2012. aasta ning 9. ja 10. oktoobri 2012. aasta avaldused, mille kohaselt lootis FedEx

juba alates 2015. aasta lõpust saada ligi 75% 350 miljoni Ameerika Ühendriikide dollari suurusest täiendavast kasumist oma rahvusvahelisest tegevusest. UPS rõhutab, et niisuguseid avalikke avaldusi tuleb pidada eriti tähtsaks Ameerika Ühendriikide väärtpaberiregulatsiooni tõttu.

314 Ettevõtjate juhtide investoritele tehtud avaldused võivad tõesti olla koondumiskava mõju hindamisel asjakohased. Asjaolu, et need avaldused kuuluvad väärtpaberiregulatsiooni kohaldamisalasse – regulatsioon, mille eesmärk on eelkõige tagada nende õigsus, vajaduse korral sanktsioonide ähvardusel –, ei tähenda siiski, et komisjon oleks selle regulatsiooni tõttu kohustatud eeldama nende avalduste õigsust või usutavust. Nagu iga teisegi asjakohase asjaolu puhul peab komisjon tegutsema kogu nõutava hoolsusega, et analüüsida niisuguste avalduste asjakohasust, aga ka usutavust ja kontrollitavust kontrollimenetluse otstarbel.

315 Käsitletaval juhul ilmneb aga kohtuasja materjalidest, et komisjon on FedExi juhtide öelduga tutvunud; nad olid investorite poole pöördudes kirjeldanud laienemiskavade edenemist ja vastavaid prognoose optimistlikumas toonis, kui oli siiani UPSi ja TNT vahelise ühinemise menetluses kasutatud. Arvestades seda lahknevust, millele UPS viitab, küsis komisjon FedExilt täiendavat teavet, eelkõige 2012. aasta oktoobrikuiste avalduste kohta (dokumendid viitenumbritega ID 7399 ja 7400) – päring, millele viimane vastas (dokument viitenumbriga ID 7418). Komisjon võimaldas UPSil selle konfidentsiaalse vastusega tutvuda piiratud ulatuses eriruumi menetluse ajal, mis leidis aset 26. ja 29. oktoobril 2012.

316 Komisjon jätkas oma uurimisi, küsides 16. novembril 2012 FedExilt täiendavat teavet (päring viitenumbriga Q30) laienemiskavades tehtud muudatuste kohta ning viimast aruannet nende juhtimisorganile esitatud kavade edenemise kohta. FedEx kinnitas oma 19. novembri 2012. aasta vastuses, et neid esialgseid eesmärke ei saavutata esiteks sellepärast, et need põhinevad eeldustel, mis osutusid ülemäära optimistlikeks, ning teiseks tema tulemuste ja majandustingimuste halvenemise tõttu.

317 Tuleb nentida, et sellest vastusest ilmneb, et FedEx vähendas oma turuosade ja käibe alaseid eesmärke EMP-siseste teenuste turu puhul. Sellest järeldub, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 611 FedExile omistatud sõnad vastavad täpselt sõnastusele FedExi 19. novembri 2012. aasta vastuses, millega UPS sai tutvuda mittekonfidentsiaalses versioonis faktiliste asjaolude kirjelduse etapis.

318 Tuleb ka märkida, et FedExi juhtide avaldused, millele UPS tugineb, ei puudutanud mitte asjaomast turgu, vaid FedExi kogu tegevust, v.a Ameerika Ühendriigid. Vastupidi UPSi väitele ei kõnele need avaldused, mille FedExi juhid tegid oma perioodilistel kohtumistel investoritega, ei nende asjaolude tõendava väärtuse vastu, mille komisjon kogus ja mis kalduvad tõendama FedExi raskusi oma orgaanilise laienemiskava elluviimisel, ega lükka seda ümber.

319 UPSi argument ei ole seega põhjendatud ja tuleb tagasi lükata.

– *FedExi ja tema konkurentide kulude erinevus*

320 UPS heidab komisjonile ette, et viimane leidis vaidlusaluse otsuse põhjenduses 545, et FedExi järeletulemis- ja kättetoimetamiskulud takistavad viimasel keskmises perspektiivis olla tema suhtes konkurentsivõimeline. Ta väidab, et:

– komisjon läks lihtsalt FedExi kinnitustega kaasa, analüüsimata tõendeid, mis on nende aluseks;

– järeletulemis- ja kättetoimetamiskulud moodustavad ainult murdosa asjakohastest kuludest EMPs, ei olnud mingit loogilist põhjust analüüsida neid eraldi, kuigi FedExi lennutranspordikulud näiteks on tõenäoliselt tema omadele sarnasemad;

– kuluerinevusele, mida komisjon nimetab, kõneleb vastu see, et on 14 riigisisest turgu, millel tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistust ei esine.

321 Tuleb siiski meenutada, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 545 tuvastas komisjon, et FedEx hakkas oma 2011. aasta orgaanilise laienemiskava raames investeerima niisugustesse uutesse taristutesse nagu sorteerimiskeskused, et suurendada oma koguvõimsust ning saavutada geograafiline kaetus ja võrgu tihedus, mis võimaldavad tal oma kulusid alandada. Hoolimata nendest investeeringutest ilmneb FedExi 19. novembri 2012. aasta vastusest, et viimane prognoosis, et tema järeletulemis- ja kättetoimetamiskulud jäävad kaugelt kõrgemaks kui tema konkurentidel.

322 Vastupidi UPSi väitele ilmneb vaidlusalusest otsusest, et komisjoni analüüs rajaneb tervel hulgal asjaoludel, mis kinnitavad ühiku käitlemise kulude erinevust FedExi ja tema konkurentide vahel, mis võib loomulikult olla tingitud nõrkusest territooriumi kaetuse ja võrgu tiheduse osas. Komisjon tugines FedExi sisedokumentidele, mis on esitatud tema 19. novembri 2012. aasta vastuse lisana. Nagu ilmneb vaidlusaluse otsuse põhjendustest 535 ja 536, võttis komisjon aluseks ka ettevõtjasisesed andmebaasid, mis puudutasid FedExi tehtud äripakkumisi, ning pakkumiskutsed, millele ta vastas, sest need andmebaasid võimaldavad hinnata FedExi hindade konkurentsivõimet võrreldes tema konkurentide hindadega.

323 Arvestades objektiivseid erinevusi neid kaht liiki võrkude laadis ja otstarbes, ei tundu ebaloogiline, et komisjon keskendus pigem PUD-võrgule kui lennuvõrgule, et tuua välja konkurentsierinevused FedExi ja tema konkurentide vahel. Asjaolu, et UPS rõhutab, et tema lennutranspordikulud on tõenäoliselt lähedased FedExi omadele, kaldub muide seda analüüsi kinnitama.

324 Lõpuks tuleb tõdeda, et FedExi ja tema konkurentide kulude erinevuse küsimus on ainult üks nendest teguritest, mis võimaldavad hinnata selle ettevõtja võimet ja soovi reageerida hinna tõstmisele üksuse poolt, mis UPSi ja TNT ühinemisel tekib. See erinevus ei ole otseselt põhjus tuvastada märkimisväärne takistus, vaid märk, mis võimaldab hinnata, miks oli vähe tõenäoline, et FedEx areneb Euroopas nii, et tasakaalustab UPSi ja TNT koondumise mõju lühikese aja jooksul. UPSi argument, et FedExi järeletulemis- ja kättetoimetamiskulude analüüsile kõneleb vastu asjaolu, et on 14 riigisisest turgu, kus ei esine tõhusa konkurentsi märkimisväärset piirangut, rajaneb niisiis ekslikul eeldusel.

325 Seega tuleb UPSi argument tagasi lükata.

– *FedExi mahu prognoositav kasv*

326 UPS heidab komisjonile ette, et viimane piirdus vaidlusaluse otsus põhjenduses 614 sellega, et jättis FedExi kasvuprognoosid kõrvale põhjendusel, et raske on kindlalt ette näha, kas tema arengustrateegia on edukas, analüüsimata põhjalikult selle strateegia eduvõimalusi.

327 UPSi niisugune argument rajaneb siiski vaidlusaluse otsuse vääral tõlgendusel. Nagu on eespool märgitud seoses FedExi laienemisega Euroopas ning FedExi ja tema konkurentide kulude erinevusega, analüüsis komisjon põhjalikult võimalikke tagajärgi, mille toovad kaasa FedExi laienemiskava elluviimine, ning FedExi motivatsiooni oma laienemiskavasid jätkama ja isegi

kiirendama UPSi ja TNT vahelise koondumise tulemusena, FedExi dokumentide põhjal, millega UPS oleks võinud tutvuda või tegelikult tutvus haldusmenetluse käigus, kas või siis ainult piiratud ulatuses.

328 See argument tuleb niisiis tagasi lükata.

– *Riigid, mida FedEx oma laienemiskavade esimeses etapis sihikule ei võtnud*

329 UPS kritiseerib komisjoni selle eest, et viimane tuvastas vaidlusaluse otsuse põhjenduses 613, et FedEx oli otsustanud jätta mõned riigid (näiteks Bulgaaria) oma laienemise esimesest etapist välja piisavalt arenenud taristute puudumise tõttu. Et puuduvad igasugused kontrollitavad tõendid ja UPSil ei lastud haldusmenetluse jooksul selle „esimese etapi“ kohta seisukohta võtta, ei oleks seda analüüsi pidanud vaidlusalusesse otsusesse lisama.

330 Niisuguse argumendiga kritiseerib UPS ainult vaidlusaluse otsuse põhjenduses 613 nimetatud faktilisi asjaolusid põhjendusel, et see otsus rajaneb tõenditel, millega ta ei saanud väidetavalt täies ulatuses tutvuda. Need tõendid, mis puudutavad FedExi laienemiskava erinevaid etappe, edastati UPSile siiski faktiliste asjaolude kirjelduses ja sellele lisatud tabelite kujul. Enamik arvandmeid kustutati tõesti nende konfidentsiaalsuse tõttu. Mõned nendest asendati siiski näitajatega väärtuste vahemiku kujul, mis võimaldab seega saada ettekujutuse suurusjärgust. Faktiliste asjaolude kirjelduses märgiti samuti, et FedExil ei ole mingit kavatsust avada uusi sorteerimiskeskusi Bulgaarias kahel järgmisel aastal ega suurendada oma käitlemisvõimsust.

331 Komisjon lisas, et FedExi kavad olid nüüd vähendatud kavad võrreldes esialgsetega, ning esitas selle kohta arvandmed. Ehkki esitatud vahemike kujul, on need andmed piisavalt täpsed, et UPS võiks mõista nende ulatust. Ülejäänud osas ei ole UPSi argument tõendatud ühegi õigusliku või faktilise asjaoluga, mis võimaldaks asuda seisukohale, et komisjon on pannud toime piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse. Seda arvestades tuleb UPSi argument tagasi lükata.

– *Sihtkohad, mida FedEx katab*

332 UPS vaidleb vastu hinnangule, milles komisjon leidis vaidlusaluse otsuse põhjenduses 1008, et kuna FedEx katab väikest arvu sihtkohti, ei ole ta suuteline avaldama märkimisväärset konkurentsisurvet üksusele, mis UPSi ja TNT vahelise koondumise tulemusena tekib. Niisugune hinnang on ekslik. Komisjon jättis arvesse võtmata FedExi kavad, mille kohaselt kavatses ta juba 2015. aastal katta EMPs enam äriaadresse kui tema.

333 Tuleb siiski tõdeda, et UPS väidab oma argumendiga ainult, et on tehtud hindamisviga, „eelkõige“ vaidlusaluse otsuse põhjenduses 1008, näitamata siiski ära, missuguseid teisi põhjendusi see viga puudutab. Kui see ebatäpsus kõrvale jätta, ei esita UPS ühtegi faktilist või õiguslikku asjaolu, mille eesmärk oleks tõendada, et vaidlusaluse otsuse põhjenduses 1008 on tehtud viga, mis võimaldab asuda seisukohale, et komisjon on pannud toime piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu vastutuse. See argument tuleb niisiis tagasi lükata.

– *Analüüs riikide kaupa*

334 UPS leiab, et komisjoni analüüs riikide kaupa vaidlusaluse otsuse jaos 7.11 ei võimalda järeldada, et FedEx ei avalda konkreetses riigis tõhusat konkurentsisurvet. Komisjon piirdus paari märkusega, mis nende ebamäärasust ja pealiskaudsust arvestades on ebapiisavalt põhjendatud ning igal juhul väärad. Näitena viitab UPS Rootsit käsitlevale analüüsile: vaidlusaluses otsuses esitatud hinnangule kõneleb vastu asjaolu, et kõikide tookordsete prognooside kohaselt lootis FedEx saavutada 2015. aastaks kaetuse määra ja turuosa, mis on suurem või võrdne TNT omaga.

335 Tuleb siiski tõdeda, et vastupidi UPSi väitele sisaldab vaidlusaluse otsuse jagu 7.11 kõikide nende asjakohaste asjaolude üksikasjalikku ja põhjalikku analüüsi, mille põhjal võis komisjon järeldada, et esineb tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistus. FedExi Rootsi turgu puudutavate prognooside näide, millele UPS tugineb, ei saa igal juhul ümber lükata komisjoni seisukohta, et on mitu riigisisest turgu, kus FedExi konkurentsisurve võrreldes DHLi ning UPSist ja TNTst moodustatava üksusega on nõrk. UPSi argumendi puhul on seda analüüsi kritiseeritud ainult ebamääraselt ja üldiselt. Et ei ole ühtegi faktilist või õiguslikku asjaolu, mis võimaldaks asuda seisukohale, et selles analüüsis on tehtud viga, mis võimaldab võtta seisukoha, et komisjon on pannud toime piisavalt selge rikkumise, mis võib tuua kaasa liidu vastutuse, tuleb see argument tagasi lükata.

d) Järeldused väidetavate rikkumiste küsimuses

336 Eelnevast tuleneb, et kõikide väidetavate rikkumiste hulgast kujutab üksnes ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmine endast piisavalt selget rikkumist, mis võib tuua kaasa liidu lepinguvälise vastutuse.

3. Põhjuslik seos

337 UPS väidab sisuliselt, et komisjon ei oleks tohtinud kavandatavat tehingut keelata. UPS väidab, et pärast TNT ostmist FedExi poolt ei saanud ta enam sellest tehingust teatada. Seoses käesoleva hagiga peab ta tõendama, et haldustoimik ei võimaldanud komisjonil tunnistada tema ja TNT vahelist tehingut siseturuga kokkusobimatuks. Nõuda, et ta tõendaks, et komisjon oleks teinud kokkusobivuse otsuse, tähendaks panna talle võimatu tõendamiskoormis.

338 UPS leiab, et tal on õigus kogu selle kahju hüvitamisele, mida ta vaidlusaluse otsuse tegemise tõttu kandis. See hüvitis kataks kulud, mida ta ei oleks kandnud, kui seda otsust ei oleks tehtud, samuti saamata jäänud tulu, mis sellest tuleneb ja mille summa ta hindab pärast maksude mahaarvamist 1638 miljonile eurole, mis vastab kavandatava tehingu tulemusena tekkiva koostoimimise puhasväärtusele.

339 UPS kinnitab, et ta oli lepingu järgi kohustatud maksma TNT-le hüvitist lepingu lõpetamise tingimuse kohaselt, mis on ärimaailmas levinud. UPS meenutab, et tema ostupakkumist ei saadud ellu viia, sest edasilükkav tingimus, mis oli seotud komisjonilt koondumiseks loa saamisega, ei olnud täidetud. Järelikult pidi ta maksma TNT-le lepingu lõpetamise hüvitist summas 200 miljonit eurot, mis pärast maksude mahaarvamist andis puhassummaks 131 miljonit eurot. Lisaks tuleb väidetava kahju väärtusest maha arvata välditud tehingukulude summa 29 miljonit eurot.

340 UPS väidab, et kandis 3 708 813,61 eurot õigusabikulusid seoses tema astumisega FedExi ja TNT vahelise koondumise kontrollimise menetlusse, mis teeb pärast maksude mahaarvamist 2,4 miljoni euro ulatuses kulusid.

341 Tuleb meenutada, et ELTL artikli 340 teises lõigus ette nähtud põhjusliku seose tingimus puudutab seda, kas liidu institutsiooni tegevuse ja kahju vahel esineb piisavalt otsene põhjuslik seos – mida hageja peab tõendama –, nii et etteheidetav tegevus on kahju peamine põhjustaja (13. detsembri 2018. aasta kohtuotsus Euroopa Liit *vs.* Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punkt 52).

342 Käsitletaval juhul nimetab UPS kolme eraldi kahju, mille hüvitamist ta nõuab seetõttu, et ei saanud kavandatavat tehingut ellu viia: esiteks kulud seoses tema osalemisega FedExi ja TNT vahelise tehingu kontrollimise menetluses, teiseks lepingujärgse lepingu lõpetamise hüvitise maksmine TNT-le ja saamata jäänud tulu. UPS väidab sisuliselt, et rikkumised, mis tema väitel esinesid, kujutavad endast nende kolme kahju otsest põhjust.

343 Mis puudutab kõigepealt UPSi osalemist FedExi ja TNT koondumise kontrolli menetluses, siis see oli ilmselgelt tema vaba valik. Tegemist ei ole vaidlusaluse otsuse otsese tagajärje ega ammugi tema menetluslike õiguste rikkumisega. Seega ei saa ei tema menetluslike õiguste rikkumist ega muid rikkumisi, millele ta viitab, pidada määravaks põhjuseks, mis tekitas kahju, mis seisneb kuludes, mida ta kandis oma osalemise tõttu FedExi ja TNT vahelise tehingu kontrollimise menetluses. Selle kahju hüvitamise nõue tuleb seega jätta rahuldamata.

344 Mis puudutab seejärel lepingu lõpetamise hüvitist, siis on selge, et seda hüvitist tuleb maksta lepingulise kohustuse tõttu, mis tuleneb UPSi ja TNT vahel 19. märtsil 2012 sõlmitud ühinemislepingust (repliigi lisa C.3).

345 Ilmneb nimelt, et selles lepingus oli nähtud ette (lepingu punktis 4.3.b sisalduv tingimus), et UPSi avalik ostupakkumine TNT väärtpaberitele sõlmiti edasilükkava tingimusega, et komisjon peab tegema selle kohta positiivse otsuse. Kui see tingimus täidetud ei olnud, pidi UPS sellest teada andma. Kui see edasilükkav tingimus ei täitu, kujutab see endast samuti ühinemislepingu lõpetamise põhjust (lepingu punktis 15.1.c sisalduv tingimus), mis võimaldab TNT-l saada esimesel nõudmisel UPSilt lepingu lõpetamise eest hüvitist summas 200 miljonit eurot (lepingu punktis 16 sisalduv tingimus), kui ta on viimasele selle lepingu lõpetamisest teatanud.

346 Niisugune lepinguline kohustus tuleneb lepinguosaliste soovist jagada ainult omaenda vabal tahtel omavahel ära risk, et kavandatavaks tehinguks ei saada komisjoni eelnevat heakskiitu – risk, mille kohta Euroopa Kohus on meenutanud, et see on omane igasugusele koondumiste kontrolli menetlusele (vt selle kohta 16. juuli 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 203).

347 On aga juba otsustatud, et kahjulikud tagajärjed, mille toovad kaasa lepingulised kohustused, mille komisjoni otsuse adressaat on vabalt võtnud, ei saa kujutada endast selle otsuse puhul tehtud rikkumiste tõttu kantud kahju määravat põhjust (vt selle kohta 16. juuli 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 205).

348 Ka tuleb märkida, et kui trahvi määramise otsuses nähakse ette võimalus anda tagatis, mille eesmärk on tagada nimetatud trahvi ja viivise tasumine kuni lahendini trahvi määramise otsuse vaidlustamise kohtuasjas, ei tulene tagatisele tehtud kulutustes seisnev kahju mitte sellest otsusest, vaid huvitatud isiku enda valikust anda tagatis, selle asemel et täita tagasimaksmise

kohustus kohe. Neil asjaoludel otsustas Euroopa Kohus, et komisjonile etteheidetava tegevuse ja väidetava kahju vahel puudub mis tahes otsene põhjuslik seos (vt selle kohta 28. veebruari 2013. aasta kohtuotsus Inalca ja Cremonini *vs.* komisjon, C-460/09 P, EU:C:2013:111, punktid 118 ja 120; 21. aprilli 2005. aasta kohtuotsus Holcim (Deutschland) *vs.* komisjon, T-28/03, EU:T:2005:139, punkt 123, ning 12. detsembri 2007. aasta kohtumäärus Atlantic Container Line jt *vs.* komisjon, T-113/04, ei avaldata, EU:T:2007:377, punkt 38).

349 See lahendus on kohaldatav, kui samalaadsetel asjaoludel ei tulene väidetav kahju mitte pangagarantii seadmisest, vaid selle säilitamisest, sest niisugune kahju on tingitud ettevõtja oma valikust mitte seda garantiid lõpetada, hoolimata rahanduslikest tagajärgedest, mille see kaasa toob (vt selle kohta 13. detsembri 2018. aasta kohtuotsus Euroopa Liit *vs.* Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punkt 59).

350 Kuna see, et UPS peab maksma TNT-le 200 miljoni euro suuruse lepingu lõpetamise hüvitise, tuleneb nende kahe ettevõtja lepingust, ei ole tõendatud, et UPSi menetluslike õiguste rikkumine või muud rikkumised, mille ta väidab olevat toime pandud, on selle hüvitise maksmise kohustuse määrav põhjus. Seega tuleb selle kahju hüvitamise nõue jätta rahuldamata.

351 Lõpuks, kahju kohta, mis tuleneb kavandatava tehingu elluviimise võimatuse tõttu saamata jäänud tulust, täpsustab UPS vastuseks Üldkohtu kirjalikele ja suulistele küsimustele, et see kahju vastab selle koostoimimise puhasväärtusele, mille ta lootis kõnesoleva tehingu tulemusena ellu viia, või vähemalt niisuguse koostoimimise elluviimise võimaluse kaotusele.

352 Komisjon vaidleb vastu sellele, et võimaluse kaotamise argument on vastuvõetav, ning väidab, et hagiavaldus ei põhinenud niisugusel väitel, vaid kindlal teadmisel, et tulust, mis peaks kaasnema prognoositud koostoimimisega, on ilma jäädud.

353 Nagu ilmneb hagiavaldusest, väidab hageja, et ühe või mitme väidetava rikkumise puudumise korral oleks ta omandanud TNT ja oleks realiseerinud tehingust tulenevad eelised. Ta viitab niisiis kahjule summas „1638 miljonit eurot, mis peegeldab kuludealase kaotatud koostoimimise puhasväärtust pärast maksude mahaarvamist“. Hageja kahju hüvitamise nõue põhineb seega veendumusel, et rikkumised, mis vaidlustatud otsuse puhul tehti, takistasid tal kõnesoleva koondamise raames TNTd omandamast. Sellist nõuet tuleb tõlgendada nii, et selle ese ei ole mitte hüvitis tehingu sõlmimise võimaluse kaotamise eest, vaid hüvitis kuludealase koostoimimise kindla kaotamise eest. Seda ei sea kahtluse alla asjaolu, et vastuseks Üldkohtu küsimustele märkis hageja, et kahju hüvitamise nõue hõlmab teataval viisil võimaluse kaotust. See uus kahjunõue esitati hilinemisega ja on seega vastuvõetamatu (vt selle kohta 20. septembri 2011. aasta kohtuotsus Evropaïki Dynamiki *vs.* EIP, T-461/08, EU:T:2011:494, punkt 210).

354 Mis puudutab saamata jäänud tuluga seotud varalist kahju, mille UPS palub hüvitada, siis otsustava tähtsusega on küsimus, kas UPSi menetluslike õiguste rikkumine kujutab endast selle kahju põhjust.

355 Ei saa aga eeldada, et UPSi menetluslike õiguste rikkumise puudumise korral oleks koondumine tunnistatud siseturuga kokkusobivaks. Põhjusliku seose analüüsil ei saa võtta aluseks ebakorrektset eeldust, et ebaseadusliku akti puudumisel oleks institutsioon hoidunud tegutsemast või võtnud vastu vastupidise akti, mis oleks samuti võinud omakorda olla ebaseaduslik käitumine, vaid analüüsis tuleb võrrelda olukorda, milles kolmas isik asub

õigusvastase tegevuse tõttu, olukorraga, milles ta oleks olnud siis, kui institutsioon oleks tegutsenud õigusnormi järgides (11. juuli 2007. aasta kohtuotsus Schneider Electric *vs.* komisjon, T-351/03, EU:T:2007:212, punkt 264).

356 Seega ei tähenda asjaolu, et ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmine tõi kaasa vaidlusaluse otsuse tühistamise, et ilma selle rikkumiseta oleks komisjon olnud kohustatud tunnistama UPSi ja TNT vahelise tehingu siseturuga kokkusobivaks.

357 Kui on rikutud kaitseõigusi seoses otsusega, millega tunnistatakse ettevõtjate ühinemine siseturuga kokkusobimatuks, ei saa eeldada, et ilma selle rikkumiseta oleks teatatud koondumine otseselt või kaudselt tunnistatud kokkusobivaks, vaid pigem hinnata mõju, mis tuvastatud rikkumisel võis tehtavale otsusele olla. Järelikult on vaja tuvastatud rikkumise ja väidetava kahju vahel piisava põhjusliku seose kohta otsuse tegemiseks hinnata kaitseõiguste rikkumise mõju koondumise kontrolli menetluse käigule (vt selle kohta 11. juuli 2007. aasta kohtuotsus Schneider Electric *vs.* komisjon, T-351/03, EU:T:2007:212, punktid 266 ja 268).

358 Käsitletaval juhul on nii, et kuigi väljatöötamisvead, millele valitud ökonomeetrilise mudeli puhul viidati, võisid aidata kaasa selle tõendava väärtuse vähendamisele, ei ole hageja ei tõendanud ega esitanud asjaolusid, mis võimaldaksid Üldkohtul nõutava kindlusega järeldada, et nendest vigadest piisab, et muuta vääraks kogu UPSi ja TNT vahelise tehingu majanduslik analüüs ja tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise tuvastus. Lisaks, nagu ilmneb eespool punktidest 216–226, rajaneb komisjoni otsus mitte anda kavandatud koondumiseks luba mitme teguri majanduslikul analüüsil, mitte ainult kasutatud ökonomeetrilise mudeli alusel tehtud analüüsil. Ei saa seega järeldada, et see kaitseõiguste rikkumine avaldas otsustavat mõju kavandatava tehingu kontrollimise menetluse tulemusele.

359 Lisaks eelnevatele kaalutlustele tuleb meenutada, et siseturuga kokkusobimatuse otsus allub igal juhul liidu kohtu kontrollile (vt selle kohta 16. juuli 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 203).

360 Määruse nr 139/2004 artikli 10 lõikes 5 on nähtud ette, et kui Euroopa Kohus teeb otsuse, millega osaliselt või täielikult tühistatakse komisjoni otsus, vaatab komisjon koondumise uuesti läbi, et teha selle määruse artikli 6 lõike 1 kohane otsus. See süsteem tagab niisiis koondumisest teatanud ettevõtjale selle, et ta saavutab kohtuotsuse täitmise tulemusena teatatud koondumise uue hindamise, kusjuures seda tehingut ei saa igal juhul ellu viia ilma komisjoni eelneva kontrollita.

361 Kui koondumisest teatanud ettevõtja loobub koondumisest, ootamata komisjoni uut otsust uuesti alustatud menetluse tulemusena, on see loobumine tehingust loobumise ja selle võimalike materiaalsete tagajärgede otsene põhjus. Niisugune oli olukord, mis viis 16. juuli 2009. aasta kohtuotsuseni komisjon *vs.* Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). Selles kohtuasjas eelistas koondumisest teatanud ettevõtja pärast seda, kui Üldkohus tühistas siseturuga kokkusobimatuse otsuse, kavandatud koondumisest loobuda enne, kui uuesti alustatud menetlus lõpule viidi. Otsustati seega, et selle väidetava kahju otsene põhjus, mis tulenes pärast negatiivse otsuse ja eraldamisotsuse tühistamist kantud võõrandamiskahjumist, oli koondumisest teatanud ettevõtja otsus lasta kõnesolev võõrandamine jõustuda hirmust, et uuesti alustatud menetluse korral ei saavutata otsust, millega koondumine tunnistatakse siseturuga kokkusobivaks (vt selle kohta 16. juuli 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punktid 202–205).

362 Käsitletaval juhul oleks komisjon pärast vaidlusaluse otsuse tühistamist pidanud määruse nr 139/2004 artikli 10 lõike 5 alusel UPSi ja TNT vahelise tehingu kontrollimise menetluse uuesti alustama ja 7. märtsi 2017. aasta kohtuotsuse United Parcel Service *vs.* komisjon (T-194/13, EU:T:2017:144) täitmiseks edastama UPSile ökonomeetrilise mudeli, mida ta kavatses kasutada, et mõõta prognoositavat mõju, mida koondumine hindadele avaldab. Veel pidi komisjon olema endiselt pädev teatatud tehingut kontrollima. Nimelt ei ole tal koondumistehingu puudumise korral pädevust teha määruse nr 139/2004 alusel otsus (vt selle kohta 28. septembri 2004. aasta kohtuotsus MCI *vs.* komisjon, T-310/00, EU:T:2004:275, punkt 96).

363 Ühinemisleping ei kohustanud aga UPSi mitte üksnes teatama komisjoni negatiivsest otsusest, mis takistab selle edasilükkava tingimuse realiseerumist, millest sõltub ostupakkumine, vaid see leping (lepingu punktis 2.10.b sisalduv tingimus) nägi niisuguseks puhuks ka ette, et UPS võis ainult oma suva järgi ja tingimusel, et saab Madalmaade finantsturgude ameti nõusoleku, laiendada oma esialgset pakkumist ühel või mitmel perioodil, mille kestus on niisugune, nagu pooled peavad mõistlikult vajalikuks, et edasilükkav tingimus, mille kohaselt peab komisjon tunnistama tehingu siseturuga kokkusobivaks, täituks. Ühinemisleping andis seega UPSile võimaluse pikendada oma pakkumist TNT-le juhuks, kui tehing kuulutatakse siseturuga kokkusobimatuks, ning seda ainult oma suva järgi.

364 UPS teatas 14. jaanuari 2013. aasta pressiteatega, et komisjon informeeris teda kavatsusest kavandatav tehing keelata. Oma pressiteates tõi UPS ära oma peamise juhi öeldu, mis näitas üheselt mõistetavalt, et ta on teinud otsuse kavandatavast tehingust loobuda. Pärast vaidlusaluse otsuse tegemist teatas UPS teise, 30. jaanuari 2013. aasta pressiteatega esiteks, et võtab oma pakkumise TNT-le tagasi, ja teiseks, et need kaks ettevõtjat olid otsustanud omavahelise ühinemislepingu lõpetada.

365 Selles olukorras tuleb tõdeda, et UPS loobus TNT ostmisest juba 14. jaanuaril 2013, s.o enam kui kaks aastat enne, kui FedEx teatas oma ostupakkumisest TNT-le. Faktilised asjaolud näitavad ka, et UPS ei võtnud seda loobumist enam kunagi jutuks. UPS ei teinud pärast vaidlusaluse otsuse tegemist uut pakkumist TNT-le ega reageerinud FedExi pakkumisele konkureeriva pakkumise tegemisega. Seega, isegi eeldusel, et rikkumine, mille komisjon vaidlusaluse otsuse puhul tegi, võis tekitada UPSile saamata jäänud tulu, tõi asjaolu, et see ettevõtja loobus kavandatud tehingust niipea, kui vaidlusalune otsus teatavaks tehti, kaasa selle, et katkes igasugune otsene põhjuslik seos selle rikkumise ja väidetava kahju vahel.

366 UPS väidab siiski, et kui Üldkohus tühistas vaidlusaluse otsuse, oli liiga hilja teha uut pakkumist, sest FedEx ostis TNT vahepeal ära. Ta leiab, et kohtumenetlus ei ole sobiv koondumiste kontrolli vallas tehtavate otsuste läbivaatamiseks.

367 Asjaolu, et vaidlusaluse otsuse tühistamine toimus pärast seda, kui FedEx TNT ära ostis, ei mõjuta siiski kuidagi väidetavat põhjuslikku seost tuvastatud menetlusnormide rikkumise ja väidetava kahju vahel. Peale selle, et UPS loobus oma TNT omandamise kavast enam kui kaks aastat enne seda, kui FedEx teatas oma pakkumisest TNT-le, ega esitanud ühelgi hetkel konkureerivat pakkumist, tuleb rõhutada, et kuna kahju hüvitamise nõue on eraldiseisev nõue, ei olnud UPS sugugi kohustatud esitama enne tühistamishagi.

368 Lisaks väitis UPS kohtuistungil, et pärast komisjoni keeldumist oli tal võimatu TNTga koondumist jätkata, võttes arvesse Madalmaade avalike ostupakkumiste regulatsiooni. Tuleb siiski märkida, et UPSi argumente selles küsimuses ei ole põhjendatud, sest UPS ei esitanud ühtegi oma riigi õigusakti, mis seda kinnitaks, ning need ei võimalda seega järeldada, et ta oli vastu oma tahtmist sunnitud TNTga koondumisest loobuma.

369 Mis puudutab UPSi kriitikat liidu kohtusüsteemi suhtes üldiselt ja konkreetselt koondumiste kontrolli valdkonnas olemasolevate õiguskaitsevahendite tõhususe suhtes, siis see ei rajane ühelgi õiguslikul argumendil. Kui seda kriitikat mõista nii, et sellega vaidlustatakse EL toimimise lepinguga korraldatud õiguskaitsevahendite süsteemi õiguspärasus põhjendusel, et see ei taga talle tõhusat kohtulikku kaitset harta artikli 47 tähenduses, siis piisab, kui meenutada, et asjaolu, et hageja ei suuda tõendada õigusvastase tegevuse esinemist liidu institutsioonide poolt, väidetavat kahju ning põhjuslikku seost niisuguse tegevuse ja selle kahju vahel, ei tähenda, et ta oleks tõhusast kohtulikust kaitsest ilma jäetud (vt selle kohta 12. septembri 2006. aasta kohtuotsus Reynolds Tobacco jt *vs.* komisjon, C-131/03 P, EU:C:2006:541, punkt 84).

370 Pealegi on aluslepinguga loodud õiguskaitsevahendite süsteemi reformimine üksnes liikmesriikide ülesanne, sest niisugune volitus ületab volitusi, mis on aluslepingutega antud liidu kohtutele (vt selle kohta 25. juuli 2002. aasta kohtuotsus Unión de Pequeños Agricultores *vs.* nõukogu, C-50/00 P, EU:C:2002:462, punktid 44 ja 45, ning 24. novembri 2016. aasta kohtumäärus Petraitis *vs.* komisjon, C-137/16 P, ei avaldata, EU:C:2016:904, punkt 24).

371 Nendest asjaoludest tuleneb, et ei ole tõendatud, et UPSi menetluslike õiguste rikkumine või muud rikkumised, mille ta väidab olevat toime pandud, oleksid tema väidetava saamata jäänud tulu määrav põhjus. Selle kahju hüvitamise nõue tuleb seega rahuldamata jätta.

372 Kõikide eelnevate kaalutluste põhjal tuleb hagi jätta tervikuna rahuldamata.

IV. Kohtukulud

373 Kodukorra artikli 134 lõike 1 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kodukorra artikli 135 lõike 2 kohaselt võib Üldkohus lisaks mõista kohtukulud osaliselt või tervikuna välja ka võitnud poolelt, kui see on õigustatud võitnud poole käitumise tõttu, sealhulgas käitumise tõttu enne kohtumenetlust, eriti juhul, kui ta on Üldkohtu hinnangul tekitanud teisele poolele kulusid põhjendamatult või pahatahtlikult.

374 Kohtupraktika kohaselt tuleb kodukorra artikli 135 lõiget 2 kohaldada siis, kui liidu institutsioon või asutus on oma tegevusega vaidluse teket soodustanud (8. juuli 2015. aasta kohtuotsus European Dynamics Luxembourg jt *vs.* komisjon, T-536/11, EU:T:2015:476, punkt 391 (ei avaldata), ning 23. aprilli 2018. aasta kohtuotsus CRM *vs.* komisjon, T-43/15, ei avaldata, EU:T:2018:208, punkt 105). Käsitletaval juhul on nii, et jättes edastamata ökonomeetrilise mudeli lõppversiooni, mis vaidlusaluse otsuse tegemisel valiti, asetas komisjon UPSi olukorda, mis ei võimaldanud tal mõista meetodeid, millest komisjon lähtus, kui mõõtis prognoositavat mõju, mida kavandatav koondumine avaldab hinnatasemele. Pärast vaidlusaluse otsuse tühistamist esitas UPS käesoleva hagi nõudega hüvitada kahju, mida ta arvab olevat kandnud. Kuigi UPS on kohtuvaidluse kaotanud, on ta siiski suutnud tõendada, et komisjon on pannud toime tema

menetluslike õiguste piisavalt selge rikkumise. Nendel asjaoludel tuleb kodukorra artikli 135 lõike 2 alusel jätta komisjoni kohtukulud tema enda kanda ja mõista temalt välja üks kolmandik UPSi kohtukuludest ning jätta kaks kolmandikku UPSi kohtukuludest tema enda kanda.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (seitsmes koda laiendatud koosseisus)

otsustab:

1. **Jätta hagi rahuldamata.**

2. **Jätta Euroopa Komisjoni kohtukulud tema enda kanda ja mõista temalt välja üks kolmandik United Parcel Service, Inc-i kohtukuludest.**

3. **Jätta kaks kolmandikku United Parcel Service, Inc-i kohtukuludest tema enda kanda.**

Papasavvas da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 23. veebruaril 2022 Luxembourgis.

Allkirjad

Sisukord

I. Vaidluse taust . . . 1

II. Menetlus ja poolte nõuded . . . 3

III. Õiguslik käsitlus . . . 4

A. Teatavate väidete, argumentide ja tõendite vastuvõetavus . . . 4

1. UPSi argumentide segasus . . . 4

2. Kodukorra artikli 76 punkti d rikkumine . . . 5

a) UPSi menetluslike õiguste rikkumist käsitleva argumendi vastuvõetavus . . . 6

b) UPSi nende argumentide vastuvõetavus, mis käsitlevad viga hindadele koondumise avaldatava mõju hindamisel . . . 6

1) Hagiavalduse punktid 34–37 . . . 6

2) Viide hagiavalduse lisale A.12 . . . 7

3) Viide hagiavalduse lisadele A.8 ja A.9 ning repliigi lisadele C.1 ja C.2 . . . 7

4) Hagiavalduse punkt 84 . . . 8

c) UPSi tõhususe kasvu hindamisel tehtud viga käsitlevate argumentide vastuvõetavus 9

1) Hagiavalduse punkt 46 . . . 9

2) Viide repliigi lisale C.6 . . . 9

3) Viide repliigi lisadele C.7 ja C.37 . . . 10

3. Kodukorra artikli 85 rikkumine . . . 10

a) Repliigi lisade C.6, C.7 ja C.37 vastuvõetavus . . . 11

b) Komisjoni esitatud ökonomeetriaeksperdi aruannete vastuvõetavus . . . 11

B. Sisulised küsimused . . . 12

1. Liidu lepinguvälise vastutuse tekkimise tingimused . . . 12

2. Väidetavad rikkumised . . . 14

a) UPSi menetluslike õiguste rikkumine . . . 14

1) Valitud ökonomeetrilise mudeli edastamata jätmine . . . 14

2) Tõhususe kasvu hindamise kriteeriumide edastamata jätmine 18

3) FedExi teatavate konfidentsiaalsete dokumentide edastamata jätmine 21

i) Võimalus tutvuda FedExi 484 konfidentsiaalse dokumendiga, mis lisati toimikusse 10. augustil 2012 24

ii) Tutvumine dokumentidega, mille FedEx esitas 9. ja 15. novembril 2012 . . . 26

b) Põhjendamiskohustuse rikkumine 27

c) Hindamisvead kavandatava tehingu hindamisel 28

1) Hindadele koondumise avaldatava mõju analüüs 28

i) Teatavate FedExi andmete arvesse võtmata jätmine 28

ii) Vead komisjoni ökonomeetrilise mudeli väljatöötamisel 29

2) Tõhususe kasv 34

i) Sissejuhatavad märkused 34

ii) Selle tõhususe kasvu hindamine, millele UPS viitab 34

– Lennuvõrk ja maapealne teenindus Euroopas (neljas aasta) 35

– Halduskulud 36

– Atlandi-ülene lennutransport 37

– Transporditeenus 37

– Maanteevedu võrguliinidel 38

– Paigaldised 39

– PUD-võrk 40

– Välised teenuseosutajad 42

3) Erinev käsitamine võrreldes FedExi ja TNT vahelise tehinguga 43

4) FedExi olukord 44

i) FedExi ja UPSi vaheline vahetu konkurents 44

ii) FedExi laienemiskavad 46

– FedExi laienemine Euroopas 46

– FedExi ja tema konkurentide kulude erinevus 47

– FedExi mahu prognoositav kasv 48

– Riigid, mida FedEx oma laienemiskavade esimeses etapis sihikule ei võtnud 49

– Sihtkohad, mida FedEx katab 49

– Analüüs riikide kaupa 50

d) Järeldused väidetavate rikkumiste küsimuses 50

3. Põhjuslik seos 50

IV. Kohtukulud 55