ARREST VAN HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

23 februari 2022 *

„Niet-contractuele aansprakelijkheid – Mededinging – Markten van internationale expreslevering van kleine pakketten binnen de EER – Concentratie – Besluit waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt – Nietigverklaring van het besluit bij arrest van het Gerecht – Rechten van de verdediging – Voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die particulieren rechten toekent – Causaal verband”

In zaak T-834/17,

United Parcel Service, Inc., gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie en F. Roscam Abbing, advocaten,

verzoekende partij,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door N. Khan, P. Berghe, M. Farley en R. Leupold Henning als gemachtigden,

verwerende partij,

betreffende een verzoek krachtens artikel 268 VWEU strekkende tot vergoeding van de schade die verzoekster stelt te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatigheid van besluit C(2013) 431 van de Commissie van 30 januari 2013 waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express),

wijst

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

samengesteld als volgt: S. Papasavvas, president, R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot en M. Sampol Pucurull (rapporteur), rechters,

griffier: E. Artemiou, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 28 oktober 2020,

* Procestaal: Engels.

het navolgende

Arrest

I. Voorgeschiedenis van het geding

1 Binnen de Europese Economische Ruimte (EER) zijn verzoekster, United Parcel Service, Inc. (hierna: „UPS" of „verzoekster"), en TNT Express NV (hierna: „TNT") twee vennootschappen die aanwezig zijn op de markten van internationale expreslevering van kleine pakketten.

2 Op 26 juni 2012 heeft de Europese Commissie een aankondiging van voorafgaande aanmelding van een concentratie gepubliceerd (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (PB 2012, C 186, blz. 9) ingevolge artikel 4 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1), zoals uitgevoerd bij verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 21 april 2004 (PB 2004, L 133, blz. 1).

3 Op 11 januari 2013 heeft de Commissie UPS meegedeeld dat zij voornemens was de voorgenomen concentratie tussen haar en TNT te verbieden.

4 Op 14 januari 2013 heeft UPS deze informatie bekendgemaakt in een persbericht.

5 Op 18 januari 2013 heeft het in artikel 19 van verordening nr. 139/2004 bedoelde adviescomité een gunstig advies uitgebracht over het ontwerpbesluit van de Commissie waarbij de concentratie tussen UPS en TNT onverenigbaar werd verklaard met de interne markt.

6 Op 30 januari 2013 heeft de Commissie besluit C(2013) 431 vastgesteld, waarbij een concentratie onverenigbaar met de interne markt en de werking van de EER-Overeenkomst werd verklaard (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (hierna: „bestreden besluit"). De Commissie heeft geoordeeld dat de concentratie tussen UPS en TNT een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou vormen op de markten van de betrokken diensten in 15 lidstaten, te weten Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Estland, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Nederland, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Finland en Zweden.

7 In een persbericht van diezelfde dag heeft UPS meegedeeld dat zij afzag van de voorgenomen concentratie.

8 Op 5 april 2013 heeft UPS bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-194/13, en een verzoek om versnelde behandeling ingediend, dat door het Gerecht is afgewezen.

9 Op 7 april 2015 heeft FedEx Corp. een overnamebod op TNT aangekondigd.

10 Op 4 juli 2015 heeft de Commissie een aankondiging van voorafgaande aanmelding van een concentratie bekendgemaakt (zaak M.7630 – FedEx/TNT Express) (PB 2015, C 220, blz. 15), betreffende de transactie waarbij FedEx TNT zou overnemen.

11 Op 8 januari 2016 heeft de Commissie betreffende de transactie tussen FedEx en TNT een besluit vastgesteld waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt en de werking van de EER-Overeenkomst werd verklaard (zaak M.7630 – FedEx/TNT Express). Hiervan is een samenvatting gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2016, C 450, blz. 12).

12 Bij arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), heeft het Gerecht het bestreden besluit nietig verklaard.

13 Op 16 mei 2017 heeft de Commissie hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), die het Hof bij arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), heeft afgewezen.

II. Procedure en conclusies van partijen

14 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 december 2017, heeft UPS het onderhavige beroep ingesteld.

15 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 januari 2018, heeft de Commissie het Gerecht verzocht om de procedure te schorsen in afwachting van de uitspraak op de hogere voorziening in zaak C-265/17 P of om, subsidiair, een maatregel tot organisatie van de procesgang vast te stellen die ertoe strekt dat het Gerecht vaststelt of, ten eerste, de voorwaarden om de Europese Unie op grond van artikel 340 VWEU aansprakelijk te stellen, buiten het bestaan van schade, zijn vervuld en, bijgevolg of, ten tweede, tot nader order geen inbreng van de partijen over de omvang van de gestelde schade vereist is.

16 Bij beslissing van 6 februari 2018 heeft de kamerpresident de behandeling van de zaak geschorst totdat uitspraak was gedaan in zaak C-265/17 P. Het Gerecht heeft daarentegen geen gevolg gegeven aan het verzoek van de Commissie om maatregelen tot organisatie van de procesgang vast te stellen.

17 Bij memorie, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 januari 2019, heeft de Commissie opnieuw verzocht om vaststelling van een maatregel tot organisatie van de procesgang met als doel het Gerecht vooraf te laten vaststellen of de voorwaarden om de Unie op grond van artikel 340 VWEU aansprakelijk te stellen waren vervuld, met uitsluiting van elke vraag betreffende het bestaan van enige door UPS gestelde schade, en bijgevolg partijen tot nader order vrij te stellen van de verplichting om de vragen over de omvang van de gestelde schade te behandelen.

18 UPS heeft zich bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 februari 2019, tegen dit verzoek verzet en het Gerecht heeft geen gevolg gegeven aan het verzoek van de Commissie om maatregelen tot organisatie van de procesgang.

19 Na wijziging van de samenstelling van het Gerecht heeft de president van het Gerecht, bij beslissing van 17 oktober 2019, de zaak op grond van artikel 27, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht toegewezen aan een nieuwe rechter-rapporteur, die is toegevoegd aan de Zevende kamer.

20 Op voorstel van de Zevende kamer heeft het Gerecht overeenkomstig artikel 28 van het Reglement voor de procesvoering besloten de zaak te verwijzen naar een uitgebreide rechtsprekende formatie.

21 Op voorstel van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Zevende kamer – uitgebreid) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en heeft het in het kader van de in artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang schriftelijke vragen gesteld aan partijen, die binnen de gestelde termijn hebben geantwoord. Het Gerecht heeft partijen ook schriftelijk een vraag gesteld, met het verzoek om deze ter terechtzitting te beantwoorden.

22 UPS verzoekt het Gerecht:

– haar een schadevergoeding toe te kennen ter hoogte van 1,742 miljard EUR, vermeerderd met de toepasselijke rente;

– haar een compensatie toe te kennen voor de belastingen die haar over de verkregen schadevergoeding zullen worden opgelegd, te berekenen volgens het op de dag van de beslissing van het Gerecht toepasselijke belastingtarief;

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

23 De Commissie verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

III. In rechte

A. Ontvankelijkheid van bepaalde middelen, argumenten en bewijzen

24 De Commissie betoogt dat de memories van UPS onduidelijk zijn en noch aan de vereisten van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering, noch aan de vereisten van artikel 85 van dat Reglement voldoen, en dat bepaalde ter ondersteuning daarvan aangevoerde argumenten en bewijzen bijgevolg niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

1. Onduidelijk betoog van UPS

25 De Commissie verwijt UPS dat zij haar betoog op onsamenhangende wijze heeft ontwikkeld, zonder daarbij de omschrijving van de middelen in acht te nemen. Het beroep berust op drie middelen, die betrekking hebben op elk van de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie. Volgens de Commissie heeft UPS evenwel een aantal argumenten ontwikkeld buiten het middel om waarop zij in wezen betrekking hebben. Zo heeft UPS in het stadium van het verzoekschrift, in de onderdelen die aan het causaal verband zijn gewijd, argumenten aangevoerd die verband houden met de onrechtmatigheid. In repliek heeft UPS beide groepen van argumenten gezamenlijk behandeld, maar in het onderdeel betreffende de schade heeft zij argumenten aangevoerd die betrekking hebben op de twee andere voorwaarden

voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie. De Commissie is van mening dat het Gerecht deze argumenten niet mag hergroeperen, aangezien zij formeel niet overeenstemmen met de bewoordingen van het middel in het kader waarvan zij worden aangevoerd.

26 In casu heeft UPS inderdaad een deel van haar betoog inzake de gestelde onrechtmatigheden in het verzoekschrift ontwikkeld in het kader van middelen betreffende de andere voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, in het bijzonder in het middel betreffende het causaal verband. Ofschoon een dergelijk gebrek aan samenhang ertoe kan bijdragen dat het beroep onduidelijk is, kan het evenwel niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van dat beroep, zelfs niet gedeeltelijk, indien de wezenlijke gegevens, feitelijk en rechtens, waarop de conclusies zijn gebaseerd summier, duidelijk en nauwkeurig zijn uiteengezet overeenkomstig artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering, zodat de verwerende partij haar rechten kan beschermen en het Gerecht het geding kan beslechten. Om aan deze vereisten te voldoen, moet een beroep dat zoals in casu strekt tot vergoeding van de schade die door instellingen van de Unie zou zijn veroorzaakt, de gegevens bevatten die het mogelijk maken om te bepalen welke gedraging de verzoeker deze instellingen verwijt, alsook om welke redenen hij meent dat er tussen die gedraging en de gestelde schade een oorzakelijk verband bestaat (zie arrest van 14 december 2005, FIAMM en FIAMM Technologies/Raad en Commissie, T-69/00, EU:T:2005:449, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 Bepaalde door verzoekster aangevoerde juridische en feitelijke argumenten zijn weliswaar onvoldoende nauwkeurig geordend, maar dit neemt niet weg dat het Gerecht en de Commissie in staat zijn om te bepalen op welke gegevens, feitelijk en rechtens, verzoeksters conclusies zijn gebaseerd. De Commissie voert overigens geen enkele specifieke regel aan tot staving van haar stelling dat het Gerecht aangevoerde argumenten die formeel op een onsamenhangende wijze zijn weergegeven, niet naar hun inhoud mag hergroeperen. Hoe dan ook is een dergelijke stelling moeilijk verenigbaar met het feit dat het Gerecht bij het onderzoek van de middelen van het beroep niet verplicht is om zich in zijn redenering te houden aan de volgorde waarin deze middelen zijn aangedragen (arrest van 25 maart 2010, Sviluppo Italia Basilicata/Commissie, C-414/08 P, EU:C:2010:165, punt 57). Het Gerecht kan het betoog op basis van de inhoud ervan opnieuw kwalificeren (zie in die zin arresten van 19 november 1998, Parlement/Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, punt 21, en 28 juli 2011, Mediaset/Commissie, C-403/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:533, punten 92 en 93). Het Gerecht kan dus ook, op basis van de inhoud van het betoog, dit onderzoek in een andere volgorde verrichten dan de volgorde waarin het betoog is weergegeven.

28 Derhalve zou het afwijzen van een deel van verzoeksters betoog op de enkele grond dat de inhoud ervan niet exact overeenkomt met het opschrift van het onderdeel van de memorie waarin dit betoog wordt uiteengezet, blijk geven van een overdreven formalisme, hetgeen een belemmering kan vormen voor de uitoefening van het door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) gewaarborgde recht op een voorziening in rechte.

29 Het door de Commissie aangevoerde argument van niet-ontvankelijkheid, dat is ontleend aan het onduidelijke karakter van het beroep, is ongegrond en moet worden afgewezen.

2. Schending van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering

30 De Commissie betoogt dat de memories van UPS niet in overeenstemming zijn met artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering, zodat bepaalde argumenten en bewijzen niet-ontvankelijk zijn.

31 In dit verband zij eraan herinnerd dat krachtens artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie – dat krachtens artikel 53, eerste alinea, van dat Statuut van toepassing is op het Gerecht – en artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering, elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten.

32 Om de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te garanderen, moet deze summiere uiteenzetting van de middelen van de verzoekende partij zo duidelijk en nauwkeurig zijn dat de verwerende partij haar verweer kan voorbereiden en de bevoegde rechter uitspraak kan doen op het beroep (arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 41).

33 Zo is het voor de ontvankelijkheid van een beroep bij het Gerecht met name noodzakelijk dat de wezenlijke gegevens, feitelijk en rechtens, waarop dit beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken. Deze tekst mag weliswaar op specifieke punten worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, maar een algemene verwijzing naar andere stukken – ook al zijn die als bijlage bij het verzoekschrift gevoegd – kan het ontbreken van de wezenlijke gegevens van het juridische betoog, die volgens bovengenoemde bepalingen in het verzoekschrift moeten worden vermeld, niet goedmaken (arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 40).

34 Het is niet de taak van het Gerecht om in de bijlagen de middelen te zoeken en te ontdekken die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen, aangezien de bijlagen slechts als bewijsmiddel dienen (arresten van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, EU:T:2007:289, punt 94, en 9 maart 2015, Deutsche Börse/Commissie, T-175/12, niet gepubliceerd, EU:T:2015:148, punt 354). Wanneer een argument wordt aangevoerd ter ondersteuning van een voor het Gerecht opgeworpen middel, gelden soortgelijke eisen (arresten van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 41, en 16 september 2020, BP/FRA, C-669/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:713, punt 54).

a) Ontvankelijkheid van het betoog van UPS inzake schending van de procedurele rechten

35 De Commissie stelt dat het betoog van UPS dat haar procedurele rechten zijn geschonden omdat de criteria voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen haar niet vóór de vaststelling van het bestreden besluit zijn meegedeeld, niet-ontvankelijk is. In punt 42 van het verzoekschrift heeft UPS zich volgens de Commissie beperkt tot het uiten van algemene en abstracte kritiek op het bestreden besluit en op bepaalde daaraan voorafgaande handelingen. Aangezien de bestreden passages niet nauwkeurig zijn aangeduid, voldoet dit betoog niet aan de vereisten van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering.

36 Evenwel moet worden opgemerkt dat uit de lezing van punt 42 van het verzoekschrift blijkt dat UPS de Commissie in wezen verwijt dat zij niet serieus heeft onderzocht of de gestelde efficiëntieverbeteringen verifieerbaar waren, en dat zij evenmin vooraf de criteria heeft vermeld

op basis waarvan deze efficiëntieverbeteringen zouden worden beoordeeld. UPS stelt aldus dat de analyse van de Commissie gebrekkig is en dat er geen informatie is verstrekt over het voorwerp en het vereiste niveau van het bewijsmateriaal. Bijgevolg kan UPS niet worden verweten dat zij in het verzoekschrift niet nauwkeurig heeft aangegeven welke gegevens volgens haar ontbreken in de door de Commissie vastgestelde handelingen.

37 Voorts moet worden vastgesteld dat voornoemd punt 42 van het verzoekschrift verwijst naar bepaalde passages uit de mededeling van punten van bezwaar en uit het bestreden besluit. UPS heeft nauwkeurig de gegevens aangeduid die zij relevant acht om ze onderling te vergelijken en om aan te tonen dat de Commissie pas in het stadium van het bestreden besluit haar analyse van de efficiëntieverbeteringen heeft bekendgemaakt.

38 Hieruit volgt dat de door de Commissie aangevoerde middelen van niet-ontvankelijkheid ongegrond zijn en derhalve moeten worden afgewezen.

b) Ontvankelijkheid van het betoog van UPS inzake de onjuiste beoordeling van de invloed van de concentratie op de prijzen

1) Punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift

39 De Commissie stelt dat het in de punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift uiteengezette betoog van UPS met betrekking tot de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen dermate beknopt is dat het niet voldoet aan de vereisten van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering. In het verzoekschrift wordt volgens de Commissie niet uiteengezet waarom UPS van mening is dat het door de Commissie gebruikte econometrische model onjuist is.

40 Er zij evenwel opgemerkt dat UPS in de punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift stelt dat de analyse van de concentratie op het gebied van de prijzen ernstige fouten bevat. Uit deze punten en uit verzoekschrift in zijn geheel bezien blijkt duidelijk dat UPS betoogt dat de Commissie aanzienlijk is afgeweken van de gebruikelijke econometrische praktijk door in het stadium van de schatting een andere concentratievariabele te hanteren dan de concentratievariabele die in het stadium van de prognose wordt gehanteerd, en dat UPS de rapporten van de twee deskundigen aanvoert als bewijs hiervoor (bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift). Hoewel de punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift beknopt zijn geformuleerd, vatten zij in duidelijke en nauwkeurige bewoordingen de kern samen van de kritiek die op technisch vlak is geleverd op de methodologische keuzen van de Commissie. Deze summiere uiteenzetting wordt gestaafd door de verwijzing naar de rapporten van deze deskundigen (bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift), die een gedetailleerde uitleg bevatten van de vermeende technische fouten.

41 Hieruit volgt dat de punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift voldoen aan de vereisten van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering. Bijgevolg dient het door de Commissie aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid ongegrond te worden verklaard.

2) Verwijzing naar bijlage A.12 bij het verzoekschrift

42 De Commissie stelt dat UPS in punt 34 van het verzoekschrift heeft verwezen naar bijlage A.12 bij dat verzoekschrift, die bestaat in een memorie die is ingediend in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), zonder

aan te geven op welke passages zij zich specifiek wilde beroepen. Volgens de Commissie leidt deze schending van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering bijgevolg tot de niet-ontvankelijkheid van dit document.

43 Door in punt 34 van het verzoekschrift in het algemeen te verwijzen naar een document (bijlage A.12 bij het verzoekschrift) dat is ingediend in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), heeft UPS echter niet getracht enige tekortkoming in de uiteenzetting in de punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift te verhelpen. Integendeel, UPS heeft op die manier benadrukt dat haar kritiek op het gekozen econometrische model reeds in het kader van die zaak naar voren was gebracht. Deze bijlage A.12 bevat namelijk opmerkingen van UPS, van 8 juni 2016, over de antwoorden die de Commissie de dato 26 april 2016 heeft gegeven op de vragen van het Gerecht in die zaak. In het kader van deze opmerkingen had UPS namelijk aan de kaak gesteld dat in het stadium van de prognose een ander model was gebruikt dan het model dat in het stadium van de schatting was gebruikt. UPS betoogde dat de Commissie aldus op een onconventionele en willekeurige wijze had gehandeld. Dit betoog dat, zoals blijkt uit de in de onderhavige zaak overgelegde documenten, door UPS eveneens is ontwikkeld in het kader van de procedure in hogere voorziening in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), is in wezen identiek aan het betoog dat in de punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift uiteen is gezet.

44 Uit deze contextuele gegevens blijkt dat UPS de grieven heeft herhaald die waren aangevoerd in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), betreffende de juistheid van het econometrische model dat ter ondersteuning van het bestreden besluit is gebruikt, en dat deze gegevens een voldoende duidelijke en nauwkeurige uiteenzetting van het betoog bevatten. Bijgevolg kan de Commissie niet stellen dat zij niet in staat was de inhoud ervan te begrijpen of haar verweer voor te bereiden. Het door de Commissie aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid moet worden afgewezen.

3) Verwijzing naar de bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift en naar de bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek

45 De Commissie betoogt dat UPS zich ertoe heeft beperkt in het algemeen te verwijzen naar bepaalde bijlagen in plaats van haar betoog duidelijk en nauwkeurig in haar schriftelijke stukken uiteen te zetten. In antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht beweert de Commissie in de eerste plaats dat zij in punt 22 van het verweerschrift de ontvankelijkheid van de bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift heeft betwist. De redenen waarom UPS van mening is dat het gekozen econometrische model onjuist is, overeenkomstig artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering in het verzoekschrift zelf worden vermeld. De in punt 36 van het verzoekschrift gegeven toelichtingen zijn op dit opzicht ontoereikend. Zij is van mening dat een algemene verwijzing naar de bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift deze tekortkoming niet kan verhelpen, omdat zij moet gissen naar de argumenten die UPS wenst aan te voeren. De Commissie verklaart dat zij in dupliek op dit punt heeft gewezen. In de tweede plaats voert zij aan dat UPS deze tekortkomingen in repliek niet kon verhelpen door de relevante passages van de bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift en van de bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek nauwkeuriger aan te geven.

46 Evenwel moet worden vastgesteld dat de Commissie in de punten 24 tot en met 29 van het verweerschrift de inhoud van deze deskundigenrapporten uitvoerig heeft weerlegd. Hieruit blijkt dat de Commissie in staat was om haar belangen te verdedigen en dat zij het in het stadium van de

verdediging overigens niet nodig heeft geacht om op haar beurt een of meer deskundigenrapporten over te leggen teneinde die van UPS te weerleggen en het Gerecht aldus duidelijkheid te verschaffen over de technische aspecten van het gekozen econometrische model.

47 De Commissie heeft in de punten 25 tot en met 41 van de dupliek uitvoerig geantwoord op de in de punten 45 tot en met 49 van de repliek uiteengezette argumenten van UPS, die worden ondersteund door de twee rapporten van deze deskundigen (bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift) en hun aanvullende adviezen (bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek). De stelling van de Commissie dat de verwijzing naar de bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek onvoldoende nauwkeurig is, wordt rechtstreeks weerlegd door het feit dat de Commissie in voetnoot 32 van de dupliek de door UPS in repliek specifiek aangevoerde passages uit deze bijlagen heeft aangeduid. De Commissie heeft, ter weerlegging van de beweringen met betrekking tot de juistheid van haar model, in dupliek twee rapporten van een deskundige bijgevoegd (bijlagen D.5 en D.6 bij de dupliek), waarvan de ontvankelijkheid hierna wordt onderzocht in het licht van artikel 85, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering.

48 De Commissie kan derhalve niet stellen dat zij haar verweer niet heeft kunnen voorbereiden. UPS heeft artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering dus niet geschonden door in haar memories te verwijzen naar de bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift en naar de bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek ter onderbouwing van de technische aspecten van haar kritiek op het door de Commissie gekozen econometrische model. Aangezien het door de Commissie op dit punt aangevoerde argument van niet-ontvankelijkheid ongegrond is, moet het worden afgewezen.

4) Punt 84 van het verzoekschrift

49 De Commissie stelt dat het betoog waarmee UPS in punt 84 van het verzoekschrift kritiek levert op het feit dat gegevens over de marktdekking van FedEx uit 2012 zijn gebruikt in plaats van de gegevens hierover uit 2015, niet-ontvankelijk is in het licht van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering. Zij stelt dat dit betoog niet is opgenomen in het verzoekschrift, maar in de memories die zijn ingediend in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), zonder dat UPS nauwkeurig heeft aangegeven op welke passages uit die memories zij zich wil baseren.

50 Evenwel moet worden vastgesteld dat UPS de Commissie in punt 84 van het verzoekschrift in duidelijke en nauwkeurige bewoordingen heeft verweten dat zij, in het kader van haar analyse van de invloed van de concentratie op de prijzen, gebruik heeft gemaakt van gegevens die betrekking hadden op de situatie van FedEx in 2012, hoewel zij in het bezit was van de prognoses van FedEx die betrekking hadden op 2015.

51 Derhalve kan niet worden geoordeeld dat UPS heeft getracht een onnauwkeurigheid in het verzoekschrift te verhelpen door in het algemeen te verwijzen naar de memories die zijn ingediend in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144). Het betoog van UPS was niet alleen op begrijpelijke wijze geformuleerd, maar het was ook bekend bij de Commissie vanaf het moment dat de procedure in die zaak liep. Overigens moet worden opgemerkt dat de Commissie, in antwoord op de argumenten van UPS, zelf heeft verwezen naar de memories van UPS in die zaak. De Commissie kan derhalve niet stellen dat zij haar verweer niet heeft kunnen voorbereiden. Nu in het onderhavige beroep tot schadevergoeding dezelfde partijen tegenover elkaar staan en ook de rechtsgrondslag dezelfde is als bij het beroep tot nietigverklaring, namelijk de

onrechtmatigheden die de Commissie worden verweten, moet het in het verzoekschrift uiteengezette betoog ook ontvankelijk worden geacht voor zover daarin wordt gerefereerd aan de uiteenzetting van de middelen die tot staving van het beroep tot nietigverklaring zijn aangevoerd en in de bijlage bij het verzoekschrift zijn overgelegd in de onderhavige zaak (zie naar analogie arrest van 11 juli 2007, Schneider Electric/Commissie, T-351/03, EU:T:2007:212, punt 96). Het door de Commissie aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid moet derhalve worden afgewezen.

c) Ontvankelijkheid van het betoog van UPS betreffende de onjuiste beoordeling van de efficiëntieverbeteringen

1) Punt 46 van het verzoekschrift

52 De Commissie stelt dat het betoog waarin UPS in punt 46 van het verzoekschrift verklaart dat, ten eerste, de tijdens de administratieve procedure overgelegde bewijzen een onverenigbaarheidsbesluit uitsluiten, ten tweede, de Commissie de synergieën in beginsel heeft aanvaard en, ten derde, indien de Commissie de later bij de controle van de concentratie tussen FedEx en TNT gevolgde benadering had toegepast op de efficiëntieverbeteringen, zij een veel groter deel van de vermeende synergieën had moeten aanvaarden, niet-ontvankelijk is, omdat het in strijd is met artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering. De Commissie is van mening dat deze beweringen onvoldoende zijn onderbouwd en wijst erop dat zij deze reeds heeft weerlegd in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144).

53 Opgemerkt zij echter dat deze kritiek van de Commissie veeleer betrekking heeft op de vraag of de beweringen van UPS in punt 46 van het verzoekschrift over de analyse van efficiëntieverbeteringen voldoende zijn onderbouwd om het Gerecht te overtuigen, dan op de vraag of het verzoekschrift de door artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering vereiste summiere uiteenzetting van de middelen bevat.

54 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat punt 46 van het verzoekschrift in voldoende duidelijke en nauwkeurige bewoordingen is geformuleerd, zodat de verwerende partij haar verweer kan voorbereiden en het Gerecht uitspraak kan doen op het beroep. De Commissie heeft in de punten 55 tot en met 97 van het verweerschrift dus uitputtend geantwoord op het betoog van UPS. Het argument van de Commissie is derhalve ongegrond.

2) Verwijzing naar bijlage C.6 bij de repliek

55 De Commissie stelt dat UPS in punt 82 van de repliek verwijst naar fragmenten uit het aanmeldingsformulier van de concentratie die als bijlage C.6 bij de repliek zijn gevoegd, zonder dat zij nauwkeurig aangeeft op welke relevante passages van deze bijlage zij zich beroept. Volgens de Commissie is een dergelijke verwijzing in strijd met artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering.

56 Evenwel dient te worden vastgesteld dat UPS in de punten 41 tot en met 46 van het verzoekschrift weliswaar summier, maar duidelijk en nauwkeurig het betoog uiteen heeft gezet waarin zij de Commissie verwijt dat tijdens de administratieve procedure niet te hebben bekendgemaakt welke criteria zij voornemens was toe te passen om de vermeende efficiëntieverbeteringen te beoordelen. In het bijzonder heeft UPS in punt 44 van het verzoekschrift aangevoerd dat de

Commissie, alvorens haar besluit vast te stellen, verplicht was haar bezwaren wat betreft de verifieerbaarheid van de vermeende efficiëntieverbeteringen uiteen te zetten en verplicht was de partijen die een concentratie hebben aangemeld, daadwerkelijk de mogelijkheid te bieden om hierover opmerkingen in te dienen. UPS heeft vervolgens betoogd dat uit het dossier bleek dat zij tastbaar bewijs van efficiëntieverbeteringen had geleverd bij de aanmelding via het formulier CO. Voorts heeft UPS in punt 82 van de repliek uitdrukkelijk verwezen naar het relevante onderdeel van het formulier CO, en met name naar punt 96 daarvan.

57 Deze uiteenzetting van de grieven van UPS voldoet aan de door artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering gestelde voorwaarden van duidelijkheid en nauwkeurigheid. De Commissie kan derhalve niet redelijkerwijs stellen dat zij haar verweer niet heeft kunnen voorbereiden. Dit laat de vraag onverlet of de overlegging van bijlage C.6 bij de repliek in het stadium van de indiening van die repliek tardief en dus niet-ontvankelijk was, hetgeen hierna zal worden onderzocht in het licht van artikel 85 van het Reglement voor de procesvoering.

58 Hieruit volgt dat het door de Commissie aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid moet worden afgewezen.

3) Verwijzing naar de bijlagen C.7 en C.37 bij de repliek

59 De Commissie stelt dat UPS in de punten 90, 92 en 107 van de repliek in het algemeen heeft verwezen naar verklaring van 4 juli 2019 inzake synergieën (bijlage C.7 bij de repliek), en dat UPS niet heeft aangegeven op welke relevante passages zij zich beroept, hetgeen in strijd is met artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering. Zij voert hetzelfde argument aan ten aanzien van de in de punten 106 en 108 tot en met 110 van de repliek vermelde verwijzing – die onvoldoende nauwkeurig is – naar het tweede deskundigenrapport dat door FTI Consulting is opgesteld ter beoordeling van drie deskundigenrapporten die de Commissie als bijlage bij haar verweerschrift heeft overgelegd (hierna: „tweede FTI-rapport") (bijlage C.37 bij de repliek).

60 Er zij evenwel op gewezen dat de punten 90 tot en met 98 van de repliek een gedetailleerde en uitvoerige uiteenzetting bevatten van de argumenten op basis waarvan UPS het eerste deskundigenrapport weerlegt dat door Oxera was opgesteld ter beoordeling van de synergieën die UPS verwachtte te behalen uit de verwerving van TNT (hierna: „eerste Oxera-rapport") (bijlage B.7 bij het verweerschrift), dat de Commissie in het stadium van het verweerschrift heeft overgelegd. Dit betoog van UPS wordt in zijn verschillende technische aspecten onderbouwd en aangevuld door bijlage C.7 bij de repliek, waarin de door UPS gehanteerde methoden voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen zijn uiteengezet. Anders dan de Commissie stelt, heeft UPS zich niet onttrokken aan haar verplichting om haar betoog summier, maar duidelijk en nauwkeurig uiteen te zetten, door in het algemeen en op onnauwkeurige wijze te verwijzen naar bijlage C.7 bij de repliek of door dit document dat louter als bewijsmiddel dient, voor een ander doel te gebruiken. De Commissie kan derhalve niet stellen dat UPS artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering heeft geschonden.

61 Wat de verwijzing naar het tweede FTI-rapport betreft (bijlage C.37 bij de repliek), dient tevens te worden opgemerkt dat de punten 108 tot en met 110 van de repliek een summiere, duidelijke en nauwkeurige uiteenzetting bevatten van het betoog waarmee UPS de twee door de Commissie overgelegde deskundigenrapporten weerlegt (het eerste Oxera-rapport, in bijlage B.7 bij het verweerschrift, en het eerste Schoutens-rapport, in bijlage B.39 bij dat verweerschrift). Om

soortgelijke redenen als de redenen die zojuist zijn uiteengezet met betrekking tot de verwijzing naar bijlage C.7 bij de repliek, is de stelling van de Commissie dat artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering is geschonden, ongegrond.

62 Gelet op een en ander zijn de grieven van de Commissie inzake schending van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering ongegrond en moeten zij derhalve worden afgewezen.

3. Schending van artikel 85 van het Reglement voor de procesvoering

63 De Commissie voert aan dat verschillende bewijsstukken die niet tijdig door UPS zijn overgelegd, niet-ontvankelijk zijn. UPS betwist dit en voert op haar beurt aan de bepaalde bewijsstukken die de Commissie niet tijdig heeft ingediend, niet-ontvankelijk zijn.

64 Om uitspraak te doen over deze grieven dient eraan te worden herinnerd dat elk verzoekschrift volgens artikel 76, onder f), van het Reglement voor de procesvoering, zo nodig, het bewijs en de bewijsaanbiedingen moet bevatten. Overeenkomstig artikel 81, lid 1, van dit Reglement moet het verweerschrift de aangevoerde middelen en argumenten bevatten alsmede, zo nodig, het bewijs en de bewijsaanbiedingen.

65 Artikel 85, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering verduidelijkt dat het bewijs en de bewijsaanbiedingen worden overgelegd in het kader van de eerste memoriewisseling. In artikel 85, lid 2, van dat Reglement is daaraan toegevoegd dat de partijen in de repliek en de dupliek nog bewijs kunnen overleggen of kunnen aanbieden hun stellingen nader te bewijzen, mits de vertraging waarmee dit geschiedt, wordt gerechtvaardigd.

66 Hoewel de partijen overeenkomstig de vervalregel van artikel 85, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering de vertraging waarmee zij hun nieuwe bewijzen of bewijsaanbiedingen overleggen moeten motiveren, is de Unierechter bevoegd om de gegrondheid van de reden voor de vertraging waarmee dat bewijs wordt of die bewijsaanbiedingen worden aangevoerd te controleren – en naargelang van het geval de inhoud van die bewijsaanbiedingen –, en heeft hij tevens, indien deze tardieve overlegging niet rechtens genoegzaam is gerechtvaardigd of ongegrond is, de bevoegdheid om deze buiten beschouwing te laten. De tardieve overlegging door een partij van bewijzen of bewijsaanbiedingen kan met name worden gerechtvaardigd door het feit dat deze partij niet eerder over het betrokken bewijs kon beschikken of indien het te laat overleggen van stukken door de tegenpartij rechtvaardigt dat het dossier wordt aangevuld, zodat het beginsel van hoor en wederhoor wordt geëerbiedigd (arrest van 16 september 2020, BP/FRA, C-669/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:713, punt 41).

a) Ontvankelijkheid van de bijlagen C.6, C.7 en C.37 bij de repliek

67 De Commissie stelt dat UPS de bijlagen C.6, C.7 en C.37 bij de repliek enkel heeft overgelegd om de tekortkomingen in het verzoekschrift te verhelpen. Een dergelijke tardieve en ongegronde overlegging zou krachtens artikel 85 van het Reglement voor de procesvoering tot niet-ontvankelijkheid van deze bijlagen moeten leiden.

68 Zoals hierboven opgemerkt, blijkt evenwel uit punt 82 van de repliek dat bijlage C.6 bij de repliek is overgelegd om het argument van de Commissie in punt 47 van het verweerschrift te weerleggen dat UPS in het formulier CO niet is ingegaan op de vraag van de efficiëntieverbeteringen. Bijlage C.7 bij de repliek heeft tot doel om het eerste Oxera-rapport (bijlage B.7 bij het

verweerschrift) van de Commissie te weerleggen. Het tweede FTI-rapport (bijlage C.37 bij de repliek) heeft tot doel de twee overige door de Commissie overgelegde deskundigenrapporten te weerleggen (het eerste Oxera-rapport, in bijlage B.7 bij het verweerschrift, en het eerste Schoutens-rapport, in bijlage B.39 bij dat verweerschrift).

69 De vervalregel van artikel 85, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering is niet van toepassing op het tegenbewijs en nadere bewijsaanbiedingen naar aanleiding van tegenbewijs in het verweerschrift van de tegenpartij (arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 72, en beschikking van 21 mei 2019, Le Pen/Parlement, C-525/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:435, punt 48).

70 Bijgevolg kunnen de bijlagen C.6, C.7 en C.37 niet worden geacht niet-ontvankelijk te zijn ingevolge artikel 85, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering.

b) Ontvankelijkheid van de door de Commissie overgelegde rapporten van de deskundige in econometrie

71 UPS betwist in antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht, de ontvankelijkheid van de door de Commissie als bijlage bij de dupliek overgelegde twee rapporten van een deskundige in econometrie (bijlagen D.5 en D.6 bij de dupliek). UPS betoogt in wezen dat de Commissie deze rapporten te laat heeft overgelegd, zonder hiervoor een rechtvaardiging te geven.

72 De Commissie stelt dat deze twee rapporten ontvankelijk zijn.

73 Er zij evenwel aan herinnerd dat, overeenkomstig artikel 81, lid 1, en artikel 85, leden 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering, de middelen en argumenten alsmede het bewijs en bewijsaanbiedingen in beginsel in het verweerschrift moeten zijn geformuleerd, en de verwerende partij moet motiveren waarom het nieuwe bewijs of de nieuwe bewijsaanbiedingen niet tijdig zijn overgelegd, op straffe van de afwijzing ervan (zie in die zin arrest van 15 november 2007, Hongarije/Commissie, T-310/06, EU:T:2007:343, punt 164 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

74 In casu heeft de Commissie in dupliek twee rapporten van een econoom overgelegd die dateren van 16 oktober 2019, dat wil zeggen na de indiening van het verweerschrift. De Commissie heeft deze rapporten overgelegd ter onderbouwing van haar antwoord op middelen en argumenten die niet in repliek, maar in het verzoekschrift zijn uiteengezet.

75 De Commissie heeft namelijk in de punten 26 en 27 van de dupliek verklaard dat zij wilde ingaan op het betoog van UPS in de punten 35 en 36 van het verzoekschrift, waarin UPS in wezen de vraag opwierp of het verschil in aard tussen de in het stadium van de schatting gebruikte concentratievariabele en de in het stadium van de voorspelling gebruikte concentratievariabele aanvaardbaar was, gelet op de specifieke omstandigheden van de voorgenomen concentratie. De Commissie heeft daartoe in wezen twee argumenten aangevoerd. Het eerste argument, dat is vermeld in de punten 28 tot en met 50 van de dupliek, houdt in dat geen van de econometrische modellen die UPS tijdens de administratieve procedure achtereenvolgens had voorgesteld, aanvaardbaar was. Ter onderbouwing van dit argument heeft de Commissie het eerste rapport van deze deskundige overgelegd (bijlage D.5 bij de dupliek). In het tweede argument, uiteengezet in de punten 39 tot en met 41 van de dupliek, stelt de Commissie dat het uiteindelijk door haar

vastgestelde model gerechtvaardigd en redelijk was in het licht van de bijzondere omstandigheden van de voorgenomen concentratie. Ter onderbouwing van dit argument voert de Commissie het tweede rapport van deze deskundige aan (bijlage D.6 bij de dupliek).

76 Vastgesteld moet worden dat deze argumenten van de Commissie niet wezenlijk verschillen van de in de punten 21 tot en met 31 van het verweerschrift uiteengezette argumenten.

77 Derhalve moet worden aanvaard dat de twee rapporten van de door de Commissie ingeschakelde deskundige (bijlagen D.5 en D.6 bij de dupliek) te laat zijn overgelegd, zonder dat Commissie in de dupliek hiervoor een rechtvaardiging heeft gegeven. Deze rapporten moeten derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

78 Ter terechtzitting heeft de Commissie verklaard dat hoewel deze twee rapporten, idealiter, in het stadium van het verweerschrift hadden moeten worden overgelegd, zij enkel een weerlegging vormden van de deskundigenrapporten van UPS (bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift) en van hun aanvullende adviezen (bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek). De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat de kwestie van de ontvankelijkheid van deze rapporten niet meer aan de orde was, aangezien UPS – na een door het Gerecht genomen maatregel tot organisatie van de procesgang – schriftelijk een standpunt had kunnen innemen over de ontvankelijkheid en de inhoud van de rapporten van haar deskundige.

79 Anders dan de Commissie beweert, zijn de deskundigenrapporten die zij heeft overgelegd echter niet bedoeld om specifiek te reageren op de twee aanvullende deskundigenadviezen die UPS in repliek heeft overgelegd (bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek). Bovendien betekent de omstandigheid dat het Gerecht UPS in casu heeft verzocht schriftelijk een standpunt in te nemen over de ontvankelijkheid en de inhoud van het eerste deskundigenrapport van de Commissie niet dat dit rapport ontvankelijk is. Overeenkomstig artikel 85, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering wordt de andere partijen immers de gelegenheid geboden om daarover een standpunt in te nemen, onverminderd de door het Gerecht te nemen beslissing over de ontvankelijkheid van het niet-tijdig overgelegde bewijs.

80 Aangezien het betoog van UPS gegrond is, moeten de door de Commissie ingediende rapporten (bijlagen D.5 en D.6 bij de dupliek) niet-ontvankelijk worden verklaard doordat deze te laat zijn overgelegd en hiervoor geen rechtvaardiging is gegeven.

B. Ten gronde

1. Voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie

81 Krachtens artikel 340, tweede alinea, VWEU moet de Unie, inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid, overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.

82 Volgens vaste rechtspraak moet voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren en dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, dat het daadwerkelijke bestaan van de schade wordt aangetoond en, ten slotte, dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending van de op de

auteur van de handeling rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade (arrest van 13 december 2018, Europese Unie/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punt 117; zie ook in die zin arrest van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, C-352/98 P, EU:C:2000:361, punten 39-42). Het cumulatieve karakter van deze voorwaarden houdt in dat de Unie niet niet-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld indien een van de voorwaarden niet is vervuld (zie in die zin arresten van 9 september 1999, Lucaccioni/Commissie, C-257/98 P, EU:C:1999:402, punten 63 en 64, en 15 juni 2000, Dorsch Consult/Raad en Commissie, C-237/98 P, EU:C:2000:321, punt 54).

83 Van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren is sprake wanneer zij een kennelijke en ernstige overschrijding door de betrokken instelling van de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid impliceert, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de ingewikkeldheid van de te regelen situaties, de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel en de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de instelling van de Unie laat [zie in die zin de arresten van 19 april 2007, Holcim (Deutschland)/Commissie, C-282/05 P, EU:C:2007:226, punt 50, en 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad, C-45/15 P, EU:C:2017:402, punt 30].

84 Het vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie volgt uit de noodzaak een afweging te maken tussen de bescherming van particulieren tegen onrechtmatige handelingen van de instellingen enerzijds en de handelingsvrijheid die aan deze instellingen moet worden gelaten om daadkrachtig te kunnen optreden anderzijds (arrest van 10 september 2019, HTTS/Raad, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punt 34).

85 Deze afweging is des te belangrijker daar de Commissie het mededingingsbeleid van de Unie moet definiëren en ten uitvoer moet leggen en daartoe over een discretionaire bevoegdheid beschikt (arrest van 23 april 2009, AEPI/Commissie, C-425/07 P, EU:C:2009:253, punt 31).

86 Het klopt dat het vergemakkelijken van de aansprakelijkheid van de Unie door het begrip „gekwalificeerde schending" van het Unierecht uit te breiden tot elke niet-nakoming van een wettelijke verplichting die, hoe betreurenswaardig ook, kan worden verklaard door onder meer objectieve beperkingen die op de Commissie rusten, het optreden van deze instelling op het gebied van de controle op concentraties in gevaar dreigt te brengen of dreigt te belemmeren. Niettemin moet een recht op schadevergoeding openstaan voor personen die schade hebben geleden die het gevolg is van het gedrag van de Commissie, wanneer dit gedrag tot uiting komt in een handeling die zonder objectieve rechtvaardiging of verklaring kennelijk in strijd is met de rechtsregel en de belangen van deze personen ernstig schaadt (zie in die zin arresten van 11 juli 2007, Schneider Electric/Commissie, T-351/03, EU:T:2007:212, punten 123 en 124, en 9 september 2008, MyTravel/Commissie, T-212/03, EU:T:2008:315, punten 42 en 43).

87 Met een dergelijke definitie van de drempel voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie wordt recht gedaan aan de speelruimte en de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie dient te beschikken, zowel bij haar discretionaire besluitvorming als bij haar uitlegging en toepassing van de relevante Unierechtelijke mededingingsregels, terwijl tegelijkertijd wordt voorkomen dat de consequenties van flagrante en onvergeeflijke schendingen voor rekening van derden komen (zie in die zin arrest van 11 juli 2007, Schneider Electric/Commissie, T-351/03, EU:T:2007:212, punt 125).

88 Alleen de vaststelling van een onregelmatigheid die een normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid in vergelijkbare omstandigheden niet zou hebben begaan, kan dus leiden tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie (arrest van 10 september 2019, HTTS/Raad, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punt 43).

2. Vermeende onrechtmatigheden

89 UPS betoogt dat het bestreden besluit en de procedure die tot de vaststelling ervan heeft geleid verschillende onrechtmatigheden bevatten die voldoende gekwalificeerde schendingen van het Unierecht vormen. De Commissie heeft de procedurele rechten van UPS geschonden, is haar motiveringsplicht niet nagekomen en heeft fouten gemaakt bij de inhoudelijke beoordeling van de concentratie door, ten eerste, af te wijken van de conventionele econometrische methoden voor de analyse van de invloed van de concentratie op de prijzen, ten tweede, de door FedEx uitgeoefende concurrentiedruk statisch te onderzoeken, en, ten derde, de efficiëntieverbeteringen onjuist te beoordelen.

90 De aangevoerde schendingen van de procedurele rechten van UPS, de niet-nakoming van de motiveringsplicht en de juistheid van de beoordelingen in het bestreden besluit moeten achtereenvolgens worden onderzocht.

a) Schending van de procedurele rechten van UPS

91 Ter ondersteuning van het betoog dat de schending van haar procedurele rechten onrechtmatig is, verwijt UPS de Commissie dat zij, ten eerste, het gekozen econometrische model niet heeft meegedeeld, ten tweede, de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen niet heeft meegedeeld, en, ten derde, bepaalde vertrouwelijke documenten van FedEx niet heeft meegedeeld.

1) Niet-mededeling van het gekozen econometrische model

92 UPS betoogt dat het Gerecht en vervolgens het Hof reeds hebben geoordeeld dat de Commissie haar rechten van verdediging had geschonden doordat zij haar geen inzage had gegeven in de eindversie van het econometrische model dat was gebruikt om de invloed van de concentratie op de prijzen te analyseren. Volgens UPS gaat het om een kennelijke en ernstige schending van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren. Deze schending kan niet worden gerechtvaardigd door tijdsdruk of door de complexiteit van de zaak.

93 De Commissie betoogt dat de schending van de rechten van verdediging van UPS niet kan worden aangemerkt als een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht, gelet op het feit dat er in het Unierecht op de datum dat het bestreden besluit werd vastgesteld geen duidelijkheid bestond over de op de Commissie rustende verplichting om inzage te geven in de eindversie van het econometrische model en er voorts sprake was van tijdsdruk bij de beoordeling van de voorgenomen concentratie.

94 Er zij aan herinnerd dat de door UPS gestelde onrechtmatigheid reeds definitief is vastgesteld. Het Gerecht heeft het bestreden besluit immers in zijn geheel nietig verklaard op de grond dat de Commissie de rechten van verdediging van UPS had geschonden door haar niet de eindversie van haar econometrische model mee te delen (arrest van 7 maart 2017, United Parcel

Service/Commissie, T-194/13, EU:T:2017:144, punten 221 en 222). Dit arrest is in kracht van gewijsde gegaan nadat de door de Commissie ingestelde hogere voorziening is afgewezen bij arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

95 Er wordt niet betwist dat het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging in het kader van procedures van controle op concentraties behoort tot de categorie rechtsregels die ertoe strekken rechten toe te kennen aan particulieren (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punt 162).

96 Partijen zijn het daarentegen oneens over de vraag of de schending van de rechten van verdediging van UPS voldoende gekwalificeerd is om tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te leiden.

97 In dit verband zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen Unierechtelijk beginsel vormt dat van toepassing is wanneer de administratie voornemens is ten opzichte van een bepaalde persoon een bezwarend besluit vast te stellen (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 28).

98 Voor de procedures van controle op concentraties is dit beginsel neergelegd in artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004 en tevens, specifieker, in artikel 13, lid 2, van verordening nr. 802/2004. Deze bepalingen verlangen met name dat de Commissie de partijen die een concentratie hebben aangemeld schriftelijk mededeling doet van haar bezwaren en een termijn vaststelt waarbinnen deze hun standpunt schriftelijk kenbaar kunnen maken (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 29).

99 Deze bepalingen worden aangevuld door de bepalingen inzake de toegang tot het dossier, die een uitvloeisel is van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging. Aldus blijkt uit artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004 en artikel 17 van verordening nr. 802/2004 dat het dossier na de kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar toegankelijk is voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van onder meer het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun bedrijfsgeheimen niet openbaar worden gemaakt, waarbij deze toegang tot de documenten niet van toepassing is op vertrouwelijke informatie en evenmin op interne documenten van de Commissie of van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 30).

100 Om de gevolgen van een concentratie voor de factoren die bepalend zijn voor de mededingingssituatie op de betrokken markten op een prospectieve manier te onderzoeken, maakt het gebruik van econometrische modellen het mogelijk de voorgenomen concentratie beter te begrijpen, doordat bepaalde gevolgen ervan worden geïdentificeerd en, in voorkomend geval, gekwantificeerd, en aldus de kwaliteit van de besluiten van de Commissie te verbeteren. Wanneer de Commissie van plan is haar besluit op dergelijke modellen te baseren, moeten de partijen die een concentratie hebben aangemeld dan ook de mogelijkheid krijgen hun opmerkingen ter zake uiteen te zetten (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 33).

101 De openbaarmaking van deze modellen en van de methodologische keuzen die aan deze modellen ten grondslag liggen, is te meer geboden daar zij bijdraagt tot de billijkheid van de procedure overeenkomstig het in artikel 41 van het Handvest neergelegde beginsel van behoorlijk bestuur (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 34).

102 De eerbiediging van de rechten van de verdediging vóór de vaststelling van een besluit betreffende de controle op concentraties vereist dan ook dat de partijen die een concentratie hebben aangemeld in de gelegenheid worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over het werkelijk bestaan en de relevantie van alle gegevens waarop de Commissie haar besluit wil baseren (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 31).

103 De Commissie kan na de mededeling van punten van bezwaar geen wijzigingen aanbrengen in de inhoud van het econometrische model waarop zij haar bezwaren wil baseren, zonder deze wijzigingen ter kennis van de belanghebbende ondernemingen te brengen en deze ondernemingen in staat te stellen hun opmerkingen dienaangaande kenbaar te maken. Deze uitlegging gaat immers in tegen het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging en tegen artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004, dat enerzijds vereist dat de Commissie haar besluiten uitsluitend baseert op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken, en anderzijds voorziet in een recht van toegang tot het dossier voor ten minste de rechtstreeks betrokken partijen. Voorts kunnen dergelijke gegevens niet worden aangemerkt als interne documenten in de zin van artikel 17 van verordening nr. 802/2004 (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 37).

104 Hieruit volgt dat de Commissie verplicht was om, alvorens het bestreden besluit vast te stellen, UPS in kennis te stellen van de wijzigingen in het econometrische model dat was gebruikt om de gevolgen van de concentratie voor de prijzen te beoordelen. Deze verplichting vloeit voort uit de toepassing van artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004, dat de Commissie verplicht haar bezwaren voldoende duidelijk en nauwkeurig te formuleren om te waarborgen dat de partij die een concentratie heeft aangemeld, de mogelijkheid heeft om vóór de vaststelling van het bestreden besluit te worden gehoord. De Commissie beschikt op dit punt over een zeer beperkte of zelfs geen beoordelingsmarge (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punt 166). Deze overwegingen wijzen erop dat de Commissie de grenzen waarbinnen haar beoordelingsbevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden door haar econometrische model niet aan UPS mee te delen.

105 De Commissie is evenwel van mening dat dit in casu niet het geval is en voert in dit verband twee argumenten aan.

106 In het eerste argument wordt betoogd dat de verplichting om inzage te geven in de econometrische modellen nog niet duidelijk in de rechtspraak was vastgelegd op het tijdstip dat het bestreden besluit werd vastgesteld.

107 Er zij aan herinnerd dat bij de beoordeling van de gedraging van de betrokken instelling om te bepalen of deze instelling een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie heeft begaan, rekening wordt gehouden met de moeilijkheden bij de toepassing of de uitlegging van de relevante regels van Unierecht in het kader van de vaststelling van een handeling die later in het geding is met het oog op de vaststelling van de niet-contractuele

aansprakelijkheid van de Unie. Deze parameters hebben alle betrekking op de datum waarop deze instelling het besluit heeft vastgesteld of de gedraging heeft verricht. Hieruit volgt dat het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie noodzakelijkerwijs moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden waarin de instelling op die specifieke datum heeft gehandeld (zie in die zin arrest van 10 september 2019, HTTS/Raad, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punten 44 en 46).

108 Het is juist dat in het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), voor het eerst is onderzocht of de Commissie zich op een econometrisch model kon baseren zonder de onderneming die een concentratie heeft aangemeld vooraf de mogelijkheid te hebben geboden te worden gehoord over wijzigingen die dat model waren aangebracht. Niettemin bestond er al veel rechtspraak over de eerbiediging van het beginsel van de rechten van de verdediging en over het recht om te worden gehoord voordat dit arrest werd gewezen. Zo hebben het Hof en het Gerecht in een andere juridische en feitelijke context dan die van de onderhavige zaak kort gezegd al geoordeeld dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie had begaan door zich te baseren op een rapport dat zij op eigen initiatief had gewijzigd zonder de moeite te nemen om bij de betrokken onderneming navraag te doen over de mogelijke invloed van haar eenzijdig ingreep op de betrouwbaarheid van de inlichtingen die laatstgenoemde had verstrekt (zie in die zin arresten van 10 juli 2003, Commissie/Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, punt 30, en 24 oktober 2000, Fresh Marine/Commissie, T-178/98, EU:T:2000:240, punten 80-82).

109 Voorts is het van belang te wijzen op de bewoordingen waarin het Hof de argumenten van de Commissie heeft verworpen die waren gericht tegen de motivering van het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), dat heeft geleid tot de nietigverklaring van het bestreden besluit wegens schending van de rechten van verdediging van UPS. Het Hof heeft geoordeeld dat, wat betreft de eerbiediging van de rechten van de verdediging, het antwoord op de vraag of het feit dat een econometrisch model niet aan de partijen bij een concentratie is meegedeeld rechtvaardigt dat een besluit van de Commissie nietig wordt verklaard, niet afhankelijk is van de voorafgaande kwalificatie van dit model als een belastend element dan wel als een element à decharge. Gelet op het belang van de econometrische modellen voor een prospectief onderzoek van de gevolgen van een concentratie is, zoals de Commissie in essentie betoogt, een verhoging van de bewijsdrempel die is vereist om een besluit nietig te verklaren op grond dat de rechten van de verdediging zijn geschonden doordat, zoals in de onderhavige zaak, de methodologische keuzen die inherent zijn aan deze modellen – met name wat de statistische technieken betreft – niet zijn meegedeeld, in strijd met het doel die instelling ertoe aan te zetten transparant te zijn bij het opstellen van de econometrische modellen die worden gebruikt in het kader van de procedure van controle op concentraties, en schaadt een dergelijke verhoging van de bewijsdrempel de doeltreffendheid van de daaropvolgende rechterlijke toetsing van de besluiten (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punten 54 en 55).

110 Op basis van het arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), kan dus niet worden geoordeeld dat er op het moment dat het bestreden besluit werd vastgesteld onzekerheid bestond over de uitlegging van zowel het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging dat met name is neergelegd in artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004, als de gevolgen die moeten worden verbonden aan een schending van de rechten van de verdediging doordat geen inzage is gegeven in een econometrisch model als dat in de onderhavige zaak.

111 Derhalve moet de stelling van de Commissie worden verworpen dat de schending van de rechten van verdediging van UPS als verschoonbaar moet worden beschouwd vanwege het vermeende gebrek aan duidelijkheid van het Unierecht op het moment dat het bestreden besluit werd vastgesteld.

112 In het tweede argument van de Commissie wordt betoogd dat, gelet op de tijdsdruk waaronder zij de concentratie van UPS en TNT in al haar complexiteit moest beoordelen, de schending van de rechten van verdediging van UPS niet als een voldoende gekwalificeerde schending kan worden beschouwd. Volgens de Commissie kan deze tijdsdruk niet worden geminimaliseerd. De Commissie heeft pas twee maanden vóór de vaststelling van het bestreden besluit aanvullende wijzigingen in het econometrische model aangebracht. In die twee maanden heeft zij het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar (346 bladzijden) moeten onderzoeken, bijeenkomsten over de stand van zaken moeten organiseren, haar voorlopige conclusies aan UPS moeten meedelen en haar voorstellen voor verbintenissen moeten beoordelen, de lidstaten moeten raadplegen en het bestreden besluit moeten opstellen (450 bladzijden), en dat terwijl UPS haar analyse van de invloed van de concentratie op de prijzen in een laat stadium van de procedure had ingediend.

113 Het is juist dat het aan de Commissie staat om het dwingende vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van verordening nr. 139/2004 kenmerkt, in overeenstemming te brengen met de eerbiediging van de rechten van de verdediging (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 38).

114 Wat de omstandigheden van de onderhavige zaak betreft, is echter reeds geoordeeld dat de eindversie van het econometrische model was vastgesteld op 21 november 2012, dat wil zeggen meer dan twee maanden vóór de vaststelling van het bestreden besluit. Hoewel deze wijzigingen niet onbelangrijk zijn, zijn ze niet aan UPS meegedeeld. De Commissie heeft geen aanwijzingen verstrekt over de redenen waarom het voor haar op dat tijdstip in de praktijk onmogelijk was om UPS binnen een korte termijn de gelegenheid te bieden opmerkingen te maken over die wijzigingen (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punten 41 en 42), terwijl de mededeling van de wijziging in het econometrische model geen technische of administratieve moeilijkheden opleverde en de Commissie destijds voldoende tijd had om het bestreden besluit vast te stellen na UPS te hebben gehoord.

115 Gelet op een en ander is de door de Commissie aangevoerde rechtvaardiging die is ontleend aan het bestaan van tijdsdruk, ongegrond.

116 De Commissie betoogt evenwel dat, gelet op de context waarin het bestreden besluit is vastgesteld, uit het feit dat de laatste wijzigingen van het econometrische model niet zijn meegedeeld, niet kan worden geconcludeerd dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie. Zij betoogt dat de analyse van de invloed van de concentratie op de prijzen in het bestreden besluit het resultaat was van een iteratief proces om met UPS de dialoog aan te gaan, waardoor de fout minder ernstig is. Na de suggesties van UPS in aanmerking te hebben genomen, heeft de Commissie uiteindelijk beslist om het meest geschikte model te kiezen, om de redenen die in de overwegingen 727 tot en met 740 van het bestreden besluit zijn uiteengezet.

117 Om te bepalen of de door de Commissie begane onrechtmatigheid kan leiden tot aansprakelijkheid van de Unie, moet worden benadrukt dat, naast het feit dat de fundamentele waarborgen in de rechtsorde van de Unie van bijzonder belang zijn, de methodologische gronden

waarop deze modellen zijn gebaseerd zo objectief mogelijk moeten zijn om niet vooruit te lopen op de uitkomst van die analyse in welke richting dan ook. Deze elementen dragen aldus bij tot de onpartijdigheid en de kwaliteit van de besluiten van de Commissie, die uiteindelijk bepalend zijn voor het vertrouwen van het publiek en de ondernemingen in de procedure van controle op concentraties in de Unie (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 53).

118 De Commissie heeft zich daarmee onttrokken aan een procedurele verplichting die nochtans de legitimiteit en de billijkheid van de procedure van controle op concentraties van de Unie moest waarborgen, en zij heeft UPS eveneens in een situatie gebracht waardoor zij een deel van de motivering van het bestreden besluit niet kon begrijpen.

119 Wat betreft het argument van de Commissie dat de schending van de rechten van de verdediging niet voldoende gekwalificeerd is omdat UPS de wijzigingen in de eindversie van het econometrische model had kunnen begrijpen wegens de besprekingen die aan de ontwikkeling ervan zijn voorafgegaan, dient eraan te worden herinnerd dat het Gerecht reeds definitief heeft geoordeeld dat het uiteindelijke econometrische model weliswaar tal van gelijkenissen vertoonde met de eerder besproken modellen, maar dat de aangebrachte wijzigingen niet onbelangrijk waren en dat op geen enkel moment tijdens de administratieve procedure het gebruik van andere concentratievariabelen in de verschillende stadia van de analyse herhaaldelijk is besproken (arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie, T-194/13, EU:T:2017:144, punten 204-209).

120 UPS heeft immers pas in het kader van de procedure in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), na een maatregel tot organisatie van de procesgang van het Gerecht van 11 april 2016, kennis kunnen nemen van de wijzigingen die in de eindversie van het econometrische model zijn aangebracht.

121 Het argument van de Commissie dat de schending van de rechten van de verdediging minder ernstig is door de omstandigheid dat voorafgaand aan de ontwikkeling van het econometrische model veelvuldig met UPS is gecommuniceerd, is derhalve ongegrond.

122 Aangezien UPS de eindversie van het economische model niet heeft verkregen, is haar informatie onthouden die haar, indien die tijdig zou zijn toegezonden, in staat had kunnen stellen om andere resultaten met betrekking tot de prijseffecten van de concentratie aan te voeren, die dan weer hadden kunnen leiden tot een herbeoordeling van de strekking van de door de Commissie in aanmerking genomen kwalitatieve informatie, en derhalve tot een verlaging van het aantal landen met een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging (arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie, T-194/13, EU:T:2017:144, punt 218). Derhalve moet tot de slotsom worden gekomen dat schending van de rechten van verdediging van UPS kennelijk en ernstig is.

123 De niet-inachtneming door de Commissie van de rechten van verdediging van UPS vormt dus een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren.

2) Niet-mededeling van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen

124 UPS is weliswaar van mening dat de bewijslast inzake efficiëntieverbeteringen rust op de partij die een concentratie heeft aangemeld, maar is van mening dat de Commissie verplicht is om vóór de vaststelling van het eindbesluit de door haar vereiste bewijsdrempel vast te stellen opdat de gestelde verbeteringen verifieerbaar zijn in de zin van de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, C 31, blz. 5; hierna: „richtsnoeren"). Zonder voorafgaande bekendmaking van deze criteria zou de Commissie over een arbitraire bevoegdheid beschikken op basis waarvan zij de gestelde efficiëntieverbeteringen kan aanvaarden of afwijzen, zonder dat de partij die een concentratie heeft aangemeld of de Unierechter enige controle daarop kan uitoefenen. De Commissie had in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar of de letter of facts, na die mededeling te hebben aangevuld overeenkomstig punt 111 van de mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU (PB 2011, C 308, blz. 6), kunnen uitleggen waarom zij voornemens was bepaalde efficiëntieverbeteringen te aanvaarden en andere af te wijzen. Volgens UPS heeft zij dat echter niet gedaan.

125 In navolging van hetgeen reeds is geoordeeld met betrekking tot het niet mededelen van het econometrische model, betoogt UPS dat het niet mededelen van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen tot schending van haar rechten van verdediging heeft geleid. Volgens UPS was de Commissie verplicht haar bezwaren wat betreft de verifieerbaarheid van de vermeende efficiëntieverbeteringen uiteen te zetten, en was zij verplicht de partijen die een concentratie hebben aangemeld de mogelijkheid te bieden om dienaangaande opmerkingen te maken. De Commissie is deze verplichting niet nagekomen, waardoor UPS niet kon aantonen dat er sprake was van efficiëntieverbeteringen.

126 Bovendien heeft de Commissie, hoewel UPS reeds bij de indiening van het aanmeldingsformulier vele bewijzen van efficiëntieverbeteringen had verstrekt, deze enkel als ontoereikend afgewezen, zonder om inlichtingen te verzoeken. Pas aan het einde van de administratieve procedure heeft de Commissie getracht met UPS een beperkte dialoog over efficiëntieverbeteringen aan te gaan. Het is echter weinig aannemelijk dat de Commissie de tijd heeft gehad om rekening te houden met de laatstelijk door UPS op 20 november 2012 verstrekte gegevens, gelet op het standpunt dat zij heeft ingenomen tijdens de bijeenkomst over de stand van zaken van diezelfde dag.

127 UPS betoogt ten slotte dat zij pas in het stadium van de contentieuze procedure in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), in staat is geweest om op dit punt een debat ten gronde aan te gaan met de Commissie.

128 De Commissie betwist dit betoog.

129 Er zij aan herinnerd dat de Commissie, om een concentratie onverenigbaar met de interne markt te kunnen verklaren, overeenkomstig artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 moet bewijzen dat de totstandbrenging van de aangemelde concentratie de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie (arrest van 6 juli 2010, Ryanair/Commissie, T-342/07, EU:T:2010:280, punt 26).

130 Uit de rechtspraak volgt dat de besluiten van de Commissie over de verenigbaarheid van concentraties met de interne markt door voldoende significante en onderling overeenstemmende gegevens dienen te worden gestaafd. Wanneer de Commissie van mening is dat een concentratie moet worden verboden, dient zij voor een dergelijke conclusie dus deugdelijk bewijs te leveren (zie in die zin arresten van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 50, en 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, EU:T:2002:146, punt 63).

131 In dat kader is de kwaliteit van het bewijs dat de Commissie aanvoert om de noodzaak aan te tonen van een besluit waarbij een concentratie onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, van groot belang. Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de Commissie aan strengere bewijsvereisten moet voldoen wanneer zij besluiten neemt waarbij concentraties worden verboden dan wanneer zij een besluit neemt waarbij een concentratie wordt goedgekeurd. De in punt 130 hierboven aangehaalde rechtspraak weerspiegelt immers eenvoudigweg de kernfunctie van bewijs, die erin bestaat de overtuiging te doen ontstaan dat een zienswijze gegrond is of, zoals op het gebied van de controle van concentraties, steun te bieden aan de beoordelingen die aan de besluiten van de Commissie ten grondslag liggen. De intrinsieke complexiteit van de stelling dat de aangemelde concentratie de mededinging zal belemmeren is in dit verband een element waarmee rekening moet worden gehouden wanneer de waarschijnlijkheid van de verschillende gevolgen van deze concentratie wordt beoordeeld met als doel vast te stellen welke van deze gevolgen het meest waarschijnlijke is, maar deze complexiteit heeft als zodanig geen invloed op het vereiste bewijsniveau (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punten 50 en 51).

132 Verordening nr. 139/2004 bevat geen enkele bepaling over efficiëntieverbeteringen. Overweging 29 ervan luidt echter als volgt:

„Bij het vaststellen van de invloed van een concentratie op de mededinging in de gemeenschappelijke markt is het dienstig rekening te houden met alle waarschijnlijke efficiëntieverbeteringen die de betrokken ondernemingen aannemelijk maken. Het is mogelijk dat de efficiëntieverbeteringen die de concentratie teweegbrengt, opwegen tegen de gevolgen voor de mededinging, in het bijzonder tegen de mogelijke schade voor de consumenten, die er anders uit zouden kunnen voortvloeien en dat de concentratie bijgevolg de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze zou belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken. De Commissie dient te verduidelijken onder welke voorwaarden zij rekening kan houden met efficiëntieverbeteringen."

133 De in overweging 29 van verordening nr. 139/2004 vermelde verduidelijking van de Commissie is uiteengezet in de punten 76 tot en met 88 van de richtsnoeren.

134 Uit de punten 76 en 77 van de richtsnoeren blijkt dat het mogelijk is dat de efficiëntieverbeteringen een tegenwicht bieden tegen de nadelige gevolgen van de concentratie op de mededinging. De Commissie kan dus besluiten dat er geen reden is om een concentratie onverenigbaar met de interne markt te verklaren wanneer zij op basis van voldoende bewijsmateriaal, kan concluderen dat de door de concentratie gegenereerde efficiëntieverbeteringen de mogelijkheid en de prikkel voor de uit de concentratie voortgekomen entiteit waarschijnlijk zullen versterken om concurrentiebevorderend op te treden ten voordele van verbruikers.

135 Daartoe moet volgens punt 78 van de richtsnoeren aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: ten eerste moeten deze verbeteringen ten goede komen aan de verbruikers; ten tweede moeten zij specifiek uit de fusie voortvloeien, en ten derde moeten zij verifieerbaar zijn.

136 De voorwaarde inzake de verifieerbaarheid van de efficiëntieverbeteringen wordt uiteengezet in de punten 86 tot en met 88 van de richtsnoeren. Uit punt 86 van deze richtsnoeren blijkt de doelstelling van deze voorwaarde erin bestaat dat de Commissie „redelijk zeker [ervan] kan zijn dat de efficiëntieverbeteringen zich ook daadwerkelijk zullen voordoen, en [dat] ze […] substantieel genoeg [moeten] zijn om de potentiële schade die de fusie kan meebrengen voor de verbruikers tegen te gaan". In dit punt wordt gesteld dat hoe nauwkeuriger en overtuigender de efficiëntieverbeteringen worden beschreven, hoe beter de Commissie de beweerde verbeteringen kan beoordelen. In dit verband wordt gepreciseerd dat – indien redelijkerwijs mogelijk – de efficiëntieverbeteringen en het daaruit voor de verbruikers voortvloeiende voordeel dienen te worden „gekwantificeerd", en dat, „[i]ndien de noodzakelijke gegevens niet voorhanden zijn om een nauwkeurige kwantitatieve analyse te maken, […] duidelijk aanwijsbare – niet slechts marginale – positieve gevolgen voor de verbruikers te voorzien [moeten] zijn."

137 Ten slotte worden de kwestie van de bewijslast en de beschrijving van het bewijsmateriaal dat dienstig is voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, behandeld in de punten 87 en 88 van de richtsnoeren, die luiden als volgt:

„87. Het merendeel van de informatie op grond waarvan de Commissie kan beoordelen of de fusie het soort efficiëntieverbeteringen zal opleveren die het haar mogelijk maken een fusie goed te keuren, is uitsluitend in handen van de fuserende partijen. Het staat dan ook aan de aanmeldende partijen om tijdig alle relevante informatie te verstrekken die noodzakelijk is om aan te tonen dat de beweerde efficiëntieverbeteringen een specifiek resultaat van de fusie zijn en waarschijnlijk tot stand zullen worden gebracht. Evenzo staat het aan de aanmeldende partijen om aan te tonen in welke mate de efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk zullen opwegen tegen mogelijke negatieve mededingingseffecten die anders uit de fusie zouden kunnen voortvloeien, en derhalve ten goede zullen komen aan de gebruikers.

88. Als bewijsmateriaal dat dienstig is voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, zijn onder meer te beschouwen, interne documenten die door de directies werden gebruikt om tot de fusie te beslissen, verklaringen van de directies aan de eigenaars en de financiële markten over de verwachte efficiëntieverbeteringen, en de voordelen voor de consument, alsmede vóór de fusie uitgevoerde studies van [externe] deskundigen over het soort en de omvang van de verwachte efficiëntieverbeteringen en over de mate waarin dat de verbruikers waarschijnlijk ten goede zal komen."

138 Uit de richtsnoeren blijkt dus duidelijk dat het de taak is van de partij die een concentratie heeft aangemeld om nauwkeurig en overtuigend bewijs te leveren aan de hand waarvan – indien redelijkerwijs mogelijk – de verwachte efficiëntieverbeteringen kunnen worden gekwantificeerd. De bewijslast in deze situatie verschilt van de bewijslast met betrekking tot de voorzienbare gevolgen van de concentratie, die op de Commissie rust en waaruit voortvloeit dat de daartoe gebruikte econometrische modellen moeten worden meegedeeld aan de partijen die een concentratie hebben aangemeld, aangezien deze modellen een hulpmiddel vormen bij de besluitvorming (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 33).

139 Het is juist dat deze in de richtsnoeren gegeven aanwijzingen in algemene bewoordingen uiteenzetten dat alleen aan de hand van efficiëntieverbeteringen die onderbouwd zijn met bewijs, objectief gezien de omvang en de waarschijnlijkheid ervan kan worden beoordeeld. Deze richtsnoeren bevatten indicatieve voorbeelden van relevante informatie in dit verband, waaronder onder meer interne documenten van de betrokken ondernemingen. Het is begrijpelijk, zo niet onvermijdelijk dat de richtsnoeren in algemene bewoordingen zijn geformuleerd, vanwege het feit dat de individuele situaties van de ondernemingen, de mogelijke efficiëntieverbeteringen en de kenmerken van de markten waarop de Commissie haar controle moet uitoefenen wanneer een concentratie wordt aangemeld, zo verschillend zijn. Derhalve kan redelijkerwijs niet worden verwacht dat de Commissie, met behulp van een instrument als de richtsnoeren, vooraf op grondige en gedetailleerde wijze alle criteria vaststelt op basis waarvan deze efficiëntieverbeteringen als verifieerbaar kunnen worden beschouwd.

140 Evenmin verplicht enige bepaling van verordening nr. 139/2004 en van de richtsnoeren de Commissie ertoe om, wanneer de partijen die een concentratie hebben aangemeld, argumenten aanvoeren die ontleend zijn aan efficiëntieverbeteringen, vooraf op abstracte wijze de specifieke criteria vast te stellen op basis waarvan zij wil erkennen dat een efficiëntieverbetering als verifieerbaar kan worden beschouwd.

141 In dit verband zij erop gewezen dat in het kader van de antidumpingregeling reeds is geoordeeld dat de instelling het rechtszekerheidsbeginsel niet schendt wanneer zij gebruikmaakt van de bij die regeling aan haar gelaten discretionaire bevoegdheid zonder vooraf gedetailleerd uiteen te zetten welke criteria zij in elke concrete situatie denkt te hanteren (zie in die zin arresten van 5 oktober 1988, Brother Industries/Raad, 250/85, EU:C:1988:464, punt 29, en 7 mei 1991, Nakajima/Raad, C-69/89, EU:C:1991:186, punt 118). Deze situatie is vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak, waarin verordening nr. 139/2004 de Commissie een beoordelingsmarge laat voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen die door de partijen die een concentratie hebben aangemeld, zijn aangevoerd, zonder haar te verplichten om vooraf en op abstracte wijze de daarvoor relevante criteria vast te stellen.

142 In die omstandigheden is het betoog van UPS waarmee zij beoogt aan te tonen dat de Commissie haar de specifieke criteria en de bewijsdrempels diende mee te delen die zij wilde toepassen om te bepalen of elk van de aangevoerde efficiëntieverbeteringen kon worden geverifieerd, rechtens ongegrond.

143 Gelet op een en ander moet het betoog dat de Commissie bij de analyse van de efficiëntieverbeteringen de procedurele rechten van UPS heeft geschonden omdat zij de criteria voor de beoordeling van die efficiëntieverbeteringen niet heeft meegedeeld, ongegrond worden verklaard.

3) Niet-mededeling van bepaalde vertrouwelijke documenten van FedEx

144 UPS verwijt de Commissie dat zij haar geen toegang heeft verleend tot alle informatie die FedEx tijdens de administratieve procedure heeft verstrekt, of althans haar advocaten daartoe geen toegang heeft verleend, teneinde hen in staat te stellen de inhoud ervan op onafhankelijke wijze te controleren. UPS is van mening dat zij de bewijskracht van de door FedEx verstrekte informatie niet heeft kunnen beoordelen, hoewel deze informatie wel van invloed is geweest op het besluit van de Commissie om de grieven inzake het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging voor 14 nationale markten te laten vallen en deze grieven voor 15 andere nationale markten te handhaven.

145 UPS is van mening dat deze met FedEx verband houdende gegevens eveneens relevant hadden kunnen zijn voor de 15 andere markten waarvoor de Commissie haar grieven inzake een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging ten onrechte heeft gehandhaafd. UPS stelt dat haar vermoedens worden versterkt door het feit dat de Commissie in de loop van de procedure achtereenvolgens wisselende rechtvaardigingsgronden heeft aangevoerd om de relevantie van de interne documenten van FedEx te betwisten.

146 UPS noch het Gerecht zijn in staat geweest de juistheid van de door FedEx verstrekte informatie te verifiëren. UPS is van mening dat zij, indien zij daarvan kennis had kunnen nemen, had kunnen aantonen dat de 15 nationale markten waarvoor de Commissie tot de conclusie is gekomen dat er sprake was van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, niet konden worden onderscheiden van de 14 andere nationale markten. UPS verdenkt FedEx ervan te hebben geprobeerd de Commissie ervan te overtuigen de voorgenomen concentratie tussen UPS en TNT te verbieden door haar uitbreidingsplannen in Europa te bagatelliseren. UPS beroept zich op bepaalde tegenstrijdigheden tussen de opmerkingen die FedEx gemaakt heeft tijdens de administratieve procedure en haar publieke verklaringen aan de investeerders.

147 UPS preciseert dat haar betoog geen betrekking heeft op de toegang tot de vertrouwelijke documenten van FedEx die als belastende stukken zijn aangemerkt, maar betrekking heeft op de vraag of haar de toegang mocht worden geweigerd tot andere vertrouwelijke documenten van FedEx, die nuttig zijn om de bewijskracht van de belastende stukken te beoordelen. Zij is in dit verband van mening dat het niet aan de Commissie staat om te beslissen welke documenten nuttig zijn voor de verdediging van de onderneming die een concentratie heeft aangemeld.

148 Pas nadat het Gerecht maatregelen had genomen in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), heeft zij kennis kunnen nemen van bepaalde informatie die FedEx aan de Commissie had verstrekt. De enkele door haar geraadpleegde documenten zijn in tegenspraak met het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen de nationale markten naargelang zij al dan niet een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging opleveren.

149 UPS voert aan dat de Commissie niet kan stellen dat het aan UPS is om te bewijzen dat de stukken waartoe zij nooit toegang heeft gehad, van invloed zijn geweest op het bestreden besluit, zoals blijkt uit punt 63 van het arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:686), en dat zij zich evenmin kan beroepen op het arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie (T-210/01, EU:T:2005:456), aangezien dit arrest geen betrekking had op de toegang tot documenten die de bewijskracht van de verklaringen van een derde betwisten.

150 Volgens UPS was de Commissie vijf maanden vóór de vaststelling van het bestreden besluit in het bezit gekomen van de documenten van FedEx. In die omstandigheden kan de Commissie zich niet op enige tijdsdruk beroepen als excuus voor de schending van de rechten van verdediging van UPS.

151 Pas wanneer UPS toegang tot deze documenten krijgt, denkt zij in staat te zijn om het nulscenario nauwkeurig uiteen te zetten. Zij verzoekt het Gerecht om de Commissie bij maatregel tot organisatie van de procesgang of bij instructiemaatregel te gelasten alle interne documenten van FedEx over te leggen waarover zij beschikt.

152 De Commissie weerlegt elke schending van de procedurele rechten van UPS.

153 Benadrukt moet worden dat UPS niet stelt dat de Commissie heeft nagelaten inzage te geven in de interne documenten van FedEx waarop het onverenigbaarheidsbesluit van de concentratie tussen haar en TNT was gebaseerd. UPS betwist evenmin het vertrouwelijke karakter van de interne documenten van FedEx waartoe zij tijdens de administratieve procedure om toegang heeft verzocht of die haar in gecensureerde versies of door middel van samenvattingen zijn verstrekt. UPS betoogt daarentegen dat haar rechten van verdediging zijn geschonden, aangezien de Commissie haar niet in staat heeft gesteld om alle in het dossier opgenomen interne documenten van FedEx te raadplegen in hun niet-gecensureerde vertrouwelijke versies. Aangezien UPS van mening was dat al deze documenten potentieel ontlastende stukken waren, stelt zij dat de Commissie haar op zijn minst een „beperkte" toegang had moeten verlenen om haar externe juridische adviseurs in staat te stellen de bewijskracht ervan onafhankelijk te onderzoeken, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de stukken.

154 Bij de controle op concentraties is de Commissie gehouden de partijen die een concentratie hebben aangemeld alle gegevens mee te delen waarop zij haar besluit wil baseren, teneinde hen in staat te stellen te worden gehoord (arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 31). Alvorens een besluit als het bestreden besluit vast te stellen, verplicht artikel 18, lid 1, van verordening nr. 139/2004 de Commissie immers om „de betrokken personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid [te stellen] om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aanvoerde bezwaren in alle fasen van de procedure tot aan de raadpleging van het adviescomité kenbaar te maken". Volgens artikel 18, lid 3, van deze verordening „[baseert] de Commissie haar [besluiten] uitsluitend op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken" en „[worden] [d]e rechten inzake de verdediging van de betrokkenen […] bij het verloop van de procedure ten volle gewaarborgd".

155 De toegang tot het dossier wat betreft andere documenten dan die welke worden aangevoerd tot staving van de door de Commissie meegedeelde punten van bezwaar, vindt niet automatisch plaats: daarvoor moet een verzoek worden ingediend. Artikel 17, lid 1, van verordening nr. 802/2004 bepaalt namelijk dat „de Commissie de partijen tot welke zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, [op verzoek] toegang [verleent] tot het dossier om hen in staat te stellen hun rechten van verdediging uit te oefenen" en dat toegang „wordt verleend na kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar". Deze bepalingen komen tot uiting in punt 7 van de mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig artikelen [101] en [102 VWEU], de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en verordening (EG) nr. 139/2004 (PB 2005, C 325, blz. 7; hierna: „mededeling van de Commissie inzake toegang tot het dossier"), waarin is vermeld dat „op verzoek en al naargelang het geval, aan de personen, ondernemingen of ondernemersverenigingen tot wie de Commissie haar punten van bezwaar richt […], toegang tot het dossier [wordt] verleend".

156 Dit verzoek om toegang tot het dossier moet worden ingediend bij het directoraat-generaal (DG) Concurrentie voordat het, in voorkomend geval, aan de raadadviseur-auditeur wordt gericht. Artikel 3, lid 7, van besluit 2011/695/EU van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB 2011, L 275, blz. 29) bepaalt namelijk dat iedere kwestie die verband houdt met de daadwerkelijke uitoefening van de procedurele rechten van de betrokken partijen eerst aan de orde wordt gesteld bij het DG Concurrentie en dat, indien de kwestie niet wordt opgelost, deze naar de raadadviseur-auditeur kan worden verwezen. Artikel 7, lid 1, van besluit 2011/695 bepaalt in dit verband dat wanneer een partij die van haar recht op toegang tot het

dossier heeft gebruikgemaakt, redenen heeft om aan te nemen dat de Commissie documenten in haar bezit heeft die niet jegens deze partij zijn vrijgegeven, en dat deze documenten noodzakelijk zijn om het recht te worden gehoord naar behoren te kunnen uitoefenen, deze partij bij de raadadviseur-auditeur een met redenen omkleed verzoek kan indienen om toegang te krijgen tot deze documenten. Deze bepalingen zijn in wezen opgenomen in punt 47 van de mededeling van de Commissie inzake toegang tot het dossier. Om toegang tot het dossier te vereenvoudigen, krijgen de partijen „een lijst waarin de documenten worden opgesomd en de inhoud wordt gegeven van het dossier van de Commissie", zoals vermeld in punt 45 van de mededeling van de Commissie inzake toegang tot het dossier.

157 Een verzoek om toegang tot het dossier moet tijdig worden ingediend om de doeltreffendheid van het recht op toegang in het kader van de procedures van controle op concentraties te waarborgen. Zoals in punt 28 van de mededeling van de Commissie inzake toegang tot het dossier in herinnering wordt gebracht, volgt uit artikel 18, leden 1 en 3, van verordening nr. 139/2004 juncto artikel 17, lid 1, van verordening nr. 802/2004 dat de partijen die een concentratie hebben aangemeld, op verzoek toegang krijgen tot het dossier van de Commissie in elke fase van de procedure na de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie, tot aan de raadpleging van het Adviescomité. Voorts bepaalt artikel 3, lid 7, van besluit 2011/695 dat verzoeken met betrekking tot een maatregel waarvoor een termijn geldt, tijdig, binnen de oorspronkelijke termijn, moeten worden gedaan. Hieruit volgt dat een bij het DG Concurrentie of bij de raadadviseur-auditeur ingediend verzoek om toegang tot het dossier nadat het Adviescomité zijn advies over het ontwerpbesluit van de Commissie heeft uitgebracht, als tardief moet worden aangemerkt.

158 In casu is het betoog van UPS deels te algemeen om tot de slotsom te kunnen komen dat de niet-meegedeelde documenten op zijn minst potentieel noodzakelijk waren voor de uitoefening van haar rechten van verdediging. UPS voert namelijk zonder nadere verduidelijking aan dat alle vertrouwelijke interne documenten van FedEx haar hadden moeten worden meegedeeld, aangezien zij aan de hand daarvan had kunnen begrijpen op welke gegevens de Commissie zich had gebaseerd om te erkennen dat er sprake was van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op 15 nationale markten en dat hiervan geen sprake was op 14 andere nationale markten.

159 UPS beroept zich evenwel meer specifiek op twee groepen van interne vertrouwelijke documenten die FedEx aan de Commissie heeft toegezonden, te weten de groep die vóór de mededeling van punten van bezwaar van 19 oktober 2012 is toegezonden en de groep die na deze mededeling is toegezonden. Volgens UPS kan uit deze documenten worden opgemaakt waarom de Commissie de aanvankelijk in de mededeling van punten van bezwaar geuite bezwaren ten aanzien van 14 nationale markten heeft laten varen.

160 De eerste groep bestaat volgens UPS uit 484 interne documenten van FedEx die de Commissie sinds 10 augustus 2012 in haar bezit had. De tweede groep heeft betrekking op bepaalde documenten die FedEx op 9 en 15 november 2012 aan de Commissie heeft overgelegd met betrekking tot haar uitbreidingsplannen, waartoe de advocaten van UPS naar eigen zeggen ten dele toegang hebben gehad na een maatregel tot organisatie van de procesgang die het Gerecht op 11 april 2016 heeft vastgesteld in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) Toegang tot de 484 interne vertrouwelijke documenten van FedEx die op 10 augustus 2012 aan het dossier zijn toegevoegd

161 UPS betoogt in punt 52 van het verzoekschrift dat de Commissie, die sinds 10 augustus 2012 in het bezit was van het merendeel van de interne documenten van FedEx, haar uiterlijk op het tijdstip van de letter of facts toegang had kunnen geven tot de bewijzen à décharge. De Commissie heeft dit echter niet gedaan en zij heeft aldus de rechten van de verdediging kennelijk en ernstig geschonden. UPS heeft in repliek het Gerecht verzocht om de Commissie te gelasten alle interne documenten van FedEx waarover zij beschikte, over te leggen. UPS heeft zich in haar antwoord op een schriftelijke vraag in dat verband beroepen op 484 interne documenten van FedEx betreffende de uitbreidingsplannen van deze onderneming.

162 De Commissie brengt daar in wezen tegen in dat het bestreden besluit niet is gebaseerd op enig document van FedEx waartoe UPS geen toegang heeft gehad en dat UPS in de loop van de administratieve procedure verder niet om toegang tot de 484 documenten in kwestie heeft verzocht.

163 Vastgesteld moet worden dat partijen het erover eens zijn dat FedEx in antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie van 2 augustus 2012 de 484 documenten in kwestie op 10 augustus 2012 heeft toegezonden. UPS beweert niet dat deze documenten niet zijn opgenomen in een lijst waarin de documenten worden opgesomd en de inhoud wordt gegeven van het dossier. In voetnoot 49 van bijlage A.14 bij het verzoekschrift wijst UPS erop dat zij het bestaan van deze documenten heeft kunnen achterhalen door de niet-vertrouwelijke brief te raadplegen van de raadslieden van FedEx van 10 augustus 2012, behorend bij de toezending van de betrokken documenten (document met referentie ID 6459). Hoewel UPS ter terechtzitting niet heeft gepreciseerd op welk moment zij kennis heeft kunnen nemen van het bestaan van deze documenten, heeft zij verklaard dat zij in de loop van de administratieve procedure heeft verzocht om toegang tot die documenten en dat zij zich daartoe op 30 oktober 2012 tot de raadadviseur-auditeur heeft gewend.

164 Het moet echter worden vastgesteld dat het verzoek van UPS om toegang tot het dossier dat zij op 25 oktober 2012 bij het DG Concurrentie heeft ingediend, nergens naar die documenten verwijst. Van de 7 299 documenten die in de index van het administratieve dossier zijn opgenomen heeft UPS in haar verzoek verzocht om toegang tot 1 122 documenten die afkomstig zijn van derden en die niet zijn overgelegd, zonder dat de Commissie hiervoor een reden geeft.

165 De Commissie heeft UPS via e-mail van 25 oktober 2012 geantwoord dat van alle documenten in het dossier waartoe zij sinds de mededeling van punten van bezwaar recht op toegang had, slechts 323 documenten niet toegankelijk waren wegens bedrijfsgevoelige informatie en 1 177 andere documenten in een niet-vertrouwelijke versie toegankelijk waren.

166 Er zij geconstateerd dat UPS zich, naast verzoeken om toegang tot bepaalde specifieke documenten waarvan door middel van verwijzing is vastgesteld om welke documenten het gaat of althans waarvan kan worden vastgesteld om welke documenten het gaat, in haar verzoek aan de raadadviseur-auditeur van 30 oktober 2012 heeft beperkt tot het – in algemene bewoordingen – inroepen van haar recht om „rechtstreeks of met behulp van haar raadslieden kennis te nemen van elk potentieel stuk à décharge dat zich in het dossier van de Commissie bevindt, in het bijzonder de interne gegevens betreffende de strategie van FedEx”.

167 Niet alleen beschikt UPS niet over een dergelijk recht op onbeperkte en absolute toegang tot vertrouwelijke informatie in het dossier, maar zij kon redelijkerwijs ook niet verwachten dat de raadadviseur-auditeur dit vage en abstracte verzoek aldus uitlegde dat het specifiek betrekking had op de 484 documenten die FedEx bij haar antwoord van 10 augustus 2012 op de vragen van de Commissie had gevoegd.

168 UPS heeft niet aangetoond dat zij om toegang tot de 484 documenten in kwestie heeft verzocht tijdens de administratieve procedure – in antwoord op de letter of facts –, in het op 26 november 2012 aan de Commissie gerichte verzoek om toegang, of in dat van 4 januari 2013.

169 Uit een en ander volgt dat UPS haar recht op toegang tot de 484 documenten die FedEx op 10 augustus 2012 aan de Commissie heeft overgelegd en die aan het dossier zijn toegevoegd, niet heeft uitgeoefend onder de voorwaarden van artikel 3, lid 7, van besluit 2011/695, aangezien zij niet heeft aangetoond dat zij daartoe een verzoek heeft ingediend.

170 Het Gerecht heeft in het kader van procedures op grond van artikel 101 VWEU reeds een middel tot nietigverklaring afgewezen dat was ontleend aan schending van het recht van toegang tot het dossier, op grond dat de partij die zich erop beriep, tijdens de administratieve procedure geen gebruik had gemaakt van dat recht (arrest van 9 december 2014, SP/Commissie, T-472/09 en T-55/10, EU:T:2014:1040, punt 294). Het Gerecht heeft eveneens geoordeeld dat een partij die in de loop van de administratieve procedure verneemt dat de Commissie over documenten beschikt die dienstig zouden kunnen zijn voor haar verweer, de instelling uitdrukkelijk om toegang tot die documenten moet verzoeken. Indien zij dat niet doet tijdens de administratieve procedure, vervalt haar recht om op deze grond beroep tot nietigverklaring van het eindbesluit in te stellen (arresten van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, 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 en T-104/95, EU:T:2000:77, punt 383, en 26 april 2007, Bolloré e.a./Commissie, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, EU:T:2007:115, punten 49 en 59).

171 Deze oplossingen kunnen worden toegepast op een beroep tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een vermeende schending van het recht op toegang tot het dossier in een procedure van controle op concentraties. Een partij die een concentratie heeft aangemeld en nalaat een verzoek om toegang tot het dossier in te dienen bij het DG Concurrentie en – indien haar verzoek wordt afgewezen – nalaat zich vervolgens te wenden tot de raadadviseur-auditeur, kan op een later moment niet stellen dat zij voldoet aan de voorwaarden om vergoeding te verkrijgen van schade die uit de schending van het recht op toegang zou voortvloeien, wanneer zij dit recht niet tijdig en op de voorgeschreven wijze heeft uitgeoefend.

172 Bijgevolg moet het betoog van UPS inzake schending van het recht op toegang tot de 484 interne vertrouwelijke documenten van FedEx, die op 10 augustus 2012 aan de Commissie zijn overgelegd, worden afgewezen.

ii) Toegang tot de door FedEx op 9 en 15 november 2012 overgelegde documenten

173 Er zij aan herinnerd dat de Commissie zich in de mededeling van punten van bezwaar van 19 oktober 2012 op het standpunt heeft gesteld dat (zie met name de punten 7.1.3.2 en 7.1.3.7 van de mededeling) een van de redenen waarom FedEx geen voldoende sterke concurrent was om tegenwicht te vormen tegen de gevolgen van de concentratie tussen UPS en TNT, de geringe dekkingsgraad van haar netwerk was in vergelijking met die van haar concurrenten. De

Commissie heeft er in punt 7.1.3.8 van deze mededeling van de punten van bezwaar ook op gewezen dat FedEx met de recente acquisities en haar uitbreidingsplannen de kloof tussen haar en haar voornaamste concurrenten in de nabije toekomst niet zou kunnen dichten. Op basis van deze gegevens heeft de Commissie in punt 7.1.3.9 van die mededeling van de punten van bezwaar geconcludeerd dat FedEx in een te zwakke positie was om significante concurrentiedruk uit te oefenen om tegenwicht te kunnen vormen tegen de negatieve gevolgen van de voorgenomen concentratie voor de mededinging.

174 Uit de gegevens van het dossier blijkt dat de Commissie FedEx op 26 oktober 2012 per e-mail heeft verzocht om aanvullende informatie te verstrekken over de infrastructuur van deze onderneming. Dit verzoek, dat met name bedoeld was om de Commissie duidelijkheid te verschaffen over de uitbreidingsplannen van FedEx, was meer in het bijzonder voor elk land van de EER gericht op de verkrijging van:

– een kaart met vermelding van de locatie van de door FedEx gebruikte infrastructuur voor de levering van kleine pakketten, alsmede van de infrastructuur waarvan het gebruik vóór eind 2015 was gepland;

– de lijst van onderaannemers die worden ingezet voor het ophalen en bezorgen van kleine pakketten (pick up and delivery; hierna: „PUD”), alsmede van onderaannemers die FedEx voornemens was in te schakelen vóór eind 2015, met vermelding van hun locatie en verzorgingsgebied. Deze informatieverstrekking moest geschieden in de vorm van een tabel met rubrieken aan de hand waarvan elke onderneming kon worden geïdentificeerd en gelokaliseerd en gegevens konden worden verstrekt over haar positie en haar belang in het netwerk van FedEx (via de lucht, over land of via plaatselijk vervoer), met vermelding van met name haar verwerkingscapaciteit in 2011, haar verzorgingsgebied, het aantal gereden routes, de dagelijkse verplaatsingen van vrachtwagens en de grootte van het bestelwagenpark. De Commissie verzocht FedEx ook aan te geven op welke datum zij van plan was te starten met de geplande activiteiten vanuit de nog niet operationele vestigingen.

175 Dit verzoek had tot doel de informatie aan te vullen op basis waarvan de voorlopige analyse van de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar berustte met betrekking tot de concurrentiepositie van FedEx op de markt van expresleveringen binnen de EER.

176 In antwoord daarop heeft FedEx de Commissie de op 9 november 2012 gevraagde kaarten en tabellen doen toekomen. Op 15 november 2012 heeft FedEx een gewijzigde versie van deze documenten overgelegd.

177 Vast staat dat de Commissie deze documenten niet aan UPS heeft overgelegd tijdens de administratieve procedure. UPS heeft uiteindelijk pas in het kader van de procedure in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), na een maatregel tot organisatie van de procesgang van het Gerecht van 11 april 2016, kennis kunnen nemen van de niet-vertrouwelijke versie van deze documenten.

178 De Commissie heeft ter terechtzitting echter betoogd dat elke schending van de rechten van verdediging van UPS op dit punt kon worden uitgesloten, aangezien UPS zich niet tot de raadadviseur-auditeur had gewend om op te komen tegen de weigering van het DG Concurrentie. De Commissie heeft benadrukt dat, aangezien deze weigering van 11 januari 2013 dateerde, UPS zich tot 18 januari 2013 – de datum van de bijeenkomst van het adviescomité – tot de raadadviseur-auditeur had kunnen wenden, hetgeen UPS niet heeft gedaan.

179 UPS heeft haar recht op toegang tot het dossier inderdaad uitgeoefend, aangezien zij in haar antwoord op de letter of facts op 4 januari 2013 bij het DG Concurrentie een verzoek om beperkte toegang via datarooms heeft ingediend. Dit verzoek had met name betrekking op de antwoorden op de verzoeken om informatie met de nummers Q30 en Q31.

180 Uit het dossier blijkt echter dat UPS zich niet met de weigering van het DG Concurrentie van 11 januari 2013 tot de raadadviseur-auditeur heeft gewend, hoewel zij hiervoor de mogelijkheid had binnen een termijn waarvan de vervaldatum overeenkomstig artikel 18, leden 1 en 3, van verordening nr. 139/2004 en artikel 17, lid 1, van verordening nr. 802/2004 was vastgesteld op de datum waarop het adviescomité bijeenkwam, in casu 18 januari 2013. Bovendien heeft UPS niet aangevoerd dat deze regels op enigerlei wijze onrechtmatig waren.

181 Derhalve moet worden geoordeeld dat UPS, nu zij zich niet tot de raadadviseur-auditeur heeft gewend met een verzoek om toegang tot het dossier, niet op een later moment kan stellen dat zij voldoet aan de voorwaarden om vergoeding te verkrijgen van schade die zou voortvloeien uit de schending van het recht op toegang tot het dossier, wanneer zij dit recht niet tijdig en op de voorgeschreven wijze heeft uitgeoefend.

182 Uit het voorgaande volgt dat het betoog van UPS inzake schending van haar recht op toegang tot de antwoorden van FedEx van 9 en 15 november 2012, ongegrond is.

183 Aangezien UPS zich niet vooraf heeft gewend tot het DG Concurrentie met een verzoek om toegang tot de 484 interne vertrouwelijke documenten van FedEx die op 10 augustus 2012 aan de Commissie zijn overgelegd, en met een verzoek om toegang tot de antwoorden van FedEx van 9 en 15 november 2012, of – in geval van afwijzing van die verzoeken – zich niet heeft gewend tot de raadadviseur-auditeur, hoeft ook het verzoek van UPS om maatregelen tot organisatie van de procesgang met betrekking tot de overlegging van die documenten niet te worden ingewilligd.

b) Niet-nakoming van de motiveringsplicht

184 UPS betoogt dat de Commissie het bestreden besluit ontoereikend heeft gemotiveerd wat betreft de bewijsstandaard die vereist is om op basis van de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen, de analyse van de efficiëntieverbeteringen en de analyse van het concurrentievermogen van FedEx, een onderscheid te maken tussen de 15 nationale markten waar de daadwerkelijke mededinging aanzienlijk belemmerd wordt, en de 14 andere nationale markten. Bijgevolg waren UPS noch het Gerecht in staat om na te gaan hoe de Commissie op basis van deze drie factoren onderscheid had gemaakt tussen deze markten, en waren zij evenmin in staat om de gegrondheid van de conclusies betreffende de nauwe mededinging te beoordelen. UPS stelt dat een ontoereikende motivering op zichzelf weliswaar niet tot schade leidt, maar in casu wijst op een ernstige schending door de Commissie van het beginsel van voorrang van het recht.

185 De Commissie brengt hiertegen in dat een ontoereikende motivering niet kan leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie.

186 Er zij aan herinnerd dat het Gerecht de omvang van de gestelde schending moet kunnen begrijpen om te bepalen of de vermeende onrechtmatigheid kan leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie. Het staat immers aan verzoekster om vast te stellen wat de verweten gedraging is, anders is de grief niet-ontvankelijk. Uit het betoog van UPS in punt 73 van

het verzoekschrift kan echter niet worden opgemaakt in welk opzicht de verweten niet-nakoming van de motiveringsplicht voldoende gekwalificeerd is. Derhalve is de onderhavige grief niet-ontvankelijk.

187 Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat het betoog van UPS met betrekking tot de ontoereikende motivering in punt 73 van het verzoekschrift in werkelijkheid samenvalt met het betoog dat is ontwikkeld voor het aantonen van de onrechtmatigheid van de niet-mededeling van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, van de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen en van het concurrentieel tegenwicht dat FedEx kan bieden. UPS betoogt dat bij de beoordeling van de concentratie tussen haar en TNT fouten zijn gemaakt in de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen en in de analyse van de efficiëntieverbeteringen, dat bij deze beoordeling sprake is van een ongelijke behandeling ten opzichte van de concentratie tussen FedEx en TNT, en dat de situatie van FedEx onjuist is beoordeeld. UPS stelt derhalve dat er sprake is van een of meerdere voldoende gekwalificeerde schendingen, aangezien de Commissie in het bestreden besluit heeft vastgesteld dat de daadwerkelijke mededinging op de betrokken dienstenmarkten in 15 lidstaten op significante wijze wordt belemmerd.

188 In dit verband zij eraan herinnerd dat de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU een wezenlijk vormvoorschrift is dat moet worden onderscheiden van de kwestie van de juistheid van de motivering, die de inhoudelijke wettigheid van de omstreden handeling betreft. De motivering van het besluit houdt immers in dat de gronden waarop dit besluit berust, formeel tot uitdrukking worden gebracht. Indien deze gronden niet zijn onderbouwd of berusten op vergissingen, doen deze gebreken afbreuk aan de inhoudelijke wettigheid van het besluit, maar niet aan de motivering ervan (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 181).

189 Schending van het wezenlijke vormvoorschrift betreffende de verplichting om Uniehandelingen te motiveren, kan niet leiden tot andere materiële schade dan de schade die voortvloeit het ontbreken van grondslag voor de handeling in kwestie. Een eventuele ontoereikende motivering van een handeling van de Unie kan, in beginsel, niet als zodanig tot aansprakelijkheid van de Unie leiden (zie in die zin arresten 30 september 2003, Eurocoton e.a./Raad, C-76/01 P, EU:C:2003:511, punt 98 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 10 september 2019, HTTS/Raad, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punt 103).

190 Gelet op het voorgaande moeten de argumenten van UPS inzake niet-nakoming van de motiveringsplicht worden afgewezen en moeten haar argumenten inzake onjuiste beoordelingen van de voorgenomen concentratie worden onderzocht.

c) Onjuiste beoordelingen van de voorgenomen concentratie

191 UPS betoogt dat bij de beoordeling van de concentratie tussen haar en TNT fouten zijn gemaakt in de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen en in de analyse van de efficiëntieverbeteringen, dat bij deze beoordeling sprake is van een ongelijke behandeling ten opzichte van de concentratie tussen FedEx en TNT en dat de situatie van FedEx onjuist is beoordeeld, hetgeen – afzonderlijk gezien of gezamenlijk genomen – tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kan leiden.

1) Analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen

192 UPS beroept zich op twee soorten fouten in het door de Commissie gekozen model. Het gaat om het niet in aanmerking nemen van bepaalde gegevens van FedEx en om fouten bij de ontwikkeling van het econometrische model van de Commissie.

i) Niet-inaanmerkingneming van bepaalde gegevens van FedEx

193 Volgens UPS heeft de Commissie bepaalde gegevens van FedEx buiten beschouwing gelaten die nochtans nuttig waren geweest bij het opstellen van modellen om de gevolgen van de concentratie voor de prijzen te bepalen. Terwijl de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen tot doel had het effect op de prijzen te voorspellen voor 2015, heeft de Commissie de gegevens van FedEx over 2012 in aanmerking genomen. Zij beschikte evenwel over informatie betreffende de plannen van FedEx tot 2015, maar heeft daarmee geen rekening gehouden. Zonder deze kennelijke fout zou het model nagenoeg geen enkele prijsstijging hebben laten zien in 13 van de 15 lidstaten waarvoor de Commissie tot de conclusie was gekomen dat er sprake was van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Indien de Commissie gebruik had gemaakt van de gegevens waarover zij beschikte, dan had zij kunnen vaststellen dat de prijsstijgingen niet op betrouwbare wijze konden worden voorspeld en dat een negatief besluit ongegrond was.

194 Vastgesteld moet worden dat de Commissie zich voor de beoordeling van de verhouding tussen de mate van concentratie en de waargenomen prijzen heeft gebaseerd op de gegevens die beschikbaar waren op het tijdstip waarop het model is ontwikkeld, dat wil zeggen in 2012. Wat meer in het bijzonder de concentratievariabele betreft, heeft de Commissie rekening gehouden met de dekkingsgraad van de respectieve netwerken van de concurrenten zoals die op dat moment kon worden waargenomen teneinde een getrouw beeld daarvan te geven. Het in deze gegevens opnemen van prospectieve elementen, die louter hypothetisch van aard zijn – zoals de prognoses van FedEx over de uitbreiding van haar netwerk na bijna drie jaar – zou tot een extra mate van onzekerheid hebben geleid die moeilijk te verenigen is met de doelstelling om tot een betrouwbaar model te komen. Dit betekent echter niet dat deze gegevens niet relevant waren voor de analyse van de voorgenomen concentratie, aangezien de Commissie in het kader van haar algemene of „kwalitatieve" analyse heeft onderzocht of FedEx in de toekomst een concurrentieel tegenwicht kon vormen tegen de uit de voorgenomen concentratie voortvloeiende entiteit. Derhalve moet het betoog van UPS dat in het kader van het econometrische model geen rekening is gehouden met de prognoses van FedEx wat de uitbreiding van haar netwerk tot 2015 betreft, worden afgewezen.

ii) Fouten bij de ontwikkeling van het econometrische model van de Commissie

195 UPS betoogt dat de Commissie de grenzen van haar beoordelingsmarge heeft overschreden door een model te gebruiken dat aanzienlijk afwijkt van de gangbare econometrische praktijk waarin in beide stadia van de analyse hetzelfde model wordt gebruikt. De Commissie zou in het stadium van de voorspelling een ander model hebben gebruikt dan het model dat in het stadium van de schatting is gebruikt.

196 UPS stelt in wezen dat de Commissie een kennelijke en ernstige fout heeft gemaakt die de betrouwbaarheid van het model in zijn geheel aantast, doordat zij in het stadium van de schatting gebruik heeft gemaakt van een gediscretiseerde concentratievariabele – dat wil zeggen in hele

getallen weergegeven – maar in het stadium van de voorspelling gebruik heeft gemaakt van een continue variabele – in decimalen weergegeven. Om de gevolgen van de concentratie te voorspellen, heeft de Commissie zich gebaseerd op een model dat in strijd is met de praktijk op dit gebied en dat geen empirische grondslagen heeft. Geen enkele normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid zou in soortgelijke omstandigheden de gevolgen van de concentratie voor de prijzen hebben voorspeld op basis van een dergelijk model.

197 UPS beroept zich tot staving van haar betoog op twee rapporten van deskundigen in econometrie, hoogleraren economie in de Verenigde Staten, respectievelijk aan de universiteit van Chicago en aan het Massachussetts Institute of Technology. Deze rapporten van respectievelijk 30 november 2017 en 1 december 2017 zijn aanvankelijk, op verzoek van UPS, opgesteld om UPS ondersteuning te bieden in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), en zijn vervolgens als bijlage bij het verzoekschrift in de onderhavige procedure gevoegd (bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift). UPS heeft in repliek twee aanvullende adviezen van deze deskundigen overgelegd (bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek).

198 Volgens deze deskundigen is het door de Commissie gebruikte model contra-intuïtief, onconventioneel en willekeurig. Uit de twee rapporten blijkt namelijk dat de gebruikelijke methodologie voor modellen waarmee wordt beoogd de voorzienbare gevolgen van een concentratie voor het prijsniveau te kwantificeren, erin bestaat in elk van de twee stadia hetzelfde model te gebruiken en niet in elk van deze stadia een ander model.

199 In de twee rapporten wordt eveneens gewezen op het feit dat het door de Commissie gebruikte prognosemodel niet is getest, hetgeen zou betekenen dat wordt afgeweken van de gebruikelijke methoden voor de ontwikkeling van econometrische modellen.

200 De Commissie heeft geen toelaatbare deskundigenrapporten ingediend om deze gegevens te weerleggen. Zij voert evenwel aan dat de vraag of het model in overeenstemming is met de gebruikelijke econometrische praktijk, niet relevant is voor het onderhavige beroep. De enige relevante vraag is of, gelet op de omstandigheden van het geval, de combinatie van een in het stadium van de schatting gehanteerde gediscretiseerde concentratievariabele en een in het stadium van de voorspelling gehanteerde continue concentratievariabele een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht vormt. Om deze vraag te beantwoorden moet worden bepaald of deze combinatie aanvaardbaar is, niet in het licht van de gebruikelijke praktijk voor econometrische modellen, maar in het licht van de specifieke omstandigheden van de onderzochte concentratie. Hoewel de Commissie erkent dat zij een procedurele onregelmatigheid heeft begaan door het uiteindelijke econometrische model niet aan UPS mee te delen, stelt zij dat haar analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen geen ernstige materiële fout bevat en dat het gebruik van verschillende soorten variabelen in de twee stadia van de analyse geen voldoende gekwalificeerde schending vormt om de Unie aansprakelijk te stellen.

201 Wat om te beginnen de omvang van de beoordelingsmarge van de Commissie betreft, zij eraan herinnerd dat de Commissie op het gebied van de controle op concentraties een zekere vrijheid geniet bij de keuze van de haar ter beschikking staande econometrische middelen en van de bij de bestudering van een bepaald fenomeen te volgen benadering, zolang deze keuzen maar niet kennelijk in strijd zijn met de in de economische wetenschap erkende beginselen en op consequente wijze worden toegepast (arrest van 9 september 2008, MyTravel/Commissie, T-212/03, EU:T:2008:315, punt 83).

202 Voorts moet worden opgemerkt dat de vaststelling van het econometrische model dat bedoeld is om de gevolgen te voorspellen van de concentratie voor het prijsniveau, alsmede de controle van de daarin gebruikte gegevens, en de verschillende stadia en tests die nodig zijn voor de ontwikkeling ervan, berusten op keuzen die betrekking hebben op zowel technische als complexe elementen, keuzen die binnen de beoordelingsmarge van de Commissie vallen.

203 Hieruit volgt dat het betoog van UPS dat het model in overeenstemming moet zijn met de gebruikelijke praktijk ter zake, een relevant element is om na te gaan of sprake is van een gekwalificeerde schending van het Unierecht. Niettemin is, zoals de Commissie terecht opmerkt, elke afwijking van de in de economische wetenschap erkende beginselen op zichzelf niet voldoende om te concluderen dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde onregelmatigheid om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te doen ontstaan.

204 Vervolgens zijn partijen het erover eens dat het door de Commissie in casu gebruikte econometrische model tot doel heeft om, op basis van de op de relevante markt waargenomen gegevens inzake concentratie en prijsniveaus, in het eerste stadium van de „schatting" vast te stellen wat het verband is tussen deze twee variabelen. In het tweede stadium van de „voorspelling" is het dan mogelijk om vast te stellen wat het effect is van een bepaalde verandering in de mate van concentratie op het prijsniveau, wetende dat dit effect niet constant is, maar kan variëren naargelang van de oorspronkelijke mate van concentratie.

205 De Commissie stelt dat de in het kader van haar econometrische model gevolgde benadering gerechtvaardigd was, gelet op de omstandigheden en de kenmerken van de concentratie tussen UPS en TNT. Zij verklaart dat zij van mening was dat het gebruik van een continue concentratievariabele in het stadium van de schatting problemen zou opleveren op econometrisch gebied. Om dit probleem binnen de haar opgelegde termijnen op te lossen, achtte de Commissie het noodzakelijk om in het stadium van de schatting een gediscretiseerde concentratievariabele toe te passen, teneinde te voorkomen dat er anders een materiële fout zou worden gemaakt.

206 Er zij evenwel op gewezen dat UPS niet betwist dat de Commissie in het stadium van de schatting gebruik heeft gemaakt van de gediscretiseerde concentratievariabele.

207 De Commissie stelt dat zij de in het stadium van de schatting gebruikte gediscretiseerde variabele niet kon gebruiken in het stadium van de voorspelling. Bij drie concentratie-intervallen had een dergelijke gediscretiseerde variabele geen enkel effect op de prijzen laten zien toen de wijziging in mate van concentratie binnen een bepaald interval was gebleven. Een dergelijk resultaat zou onrealistisch zijn en in tegenspraak zijn met de in het stadium van de schatting geconstateerde waarnemingen. In die omstandigheden verklaart de Commissie dat zij van mening was dat zij, ter voorkoming van een materiële fout, geen andere keuze had dan in het stadium van de voorspelling terug te grijpen op een continue variabele, ondanks het feit dat zij in het stadium van de schatting een gediscretiseerde concentratievariabele had gebruikt. Volgens de Commissie was deze oplossing passend en redelijk. Er zou dus geen sprake zijn van een wezenlijke fout, laat staan van een gekwalificeerde fout, ongeacht of deze methode in overeenstemming was met de econometrische praktijk.

208 De Commissie betoogt daarmee dat de verklaring van een van de deskundigen van UPS dat zij de coëfficiënten van het model tussen de schatting en de voorspelling heeft gewijzigd, onjuist is. De Commissie verklaart dat zij de op basis van de schatting verkregen coëfficiënten heeft gebruikt en deze in het stadium van de voorspelling heeft geïnterpoleerd. Dit ging om een hypothese die in het stadium van de voorspelling is toegevoegd. Deze hypothese van stuksgewijze lineaire

interpolatie had tot doel het schattingsmodel aan te vullen om een voorspellingsmodel te verkrijgen. Het in het stadium van de voorspelling gebruikte gesegmenteerde lineaire model was een niet-lineaire formule.

209 Er zij op gewezen dat de Commissie met deze argumenten de redenen uiteenzet die haar ertoe hebben gebracht het schattingsmodel aan te passen om de gevolgen van de concentratie voor de prijzen te voorspellen. De Commissie erkent dat zij verschillende kenmerken heeft toegevoegd aan het voor de schatting gebruikte model teneinde voorspellingen te kunnen doen met gebruikmaking van een continue concentratievariabele. Overeenkomstig de verklaringen van de deskundigen van UPS moet derhalve worden erkend dat de schatting en de voorspelling berusten op modellen die niet identiek zijn.

210 De Commissie betwist evenmin de verklaringen van de deskundigen van UPS dat zij niet de gebruikelijke econometrische praktijk heeft gevolgd, die nochtans ten grondslag ligt aan de regels voor beste praktijken die door de Commissie zelf zijn vastgesteld.

211 In dit verband zij erop gewezen dat de Commissie de gedragslijn heeft vastgesteld die zij voor de indiening van bewijsmateriaal en voor het verzamelen van economische gegevens wilde volgen, door bekendmaking van document SEC(2011) 1216 final van 17 oktober 2011, met de titel „Best practices for the submisssion of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases” (beste praktijken voor de indiening van economisch bewijsmateriaal en het verzamelen van gegevens in zaken op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU en in concentratiezaken) (hierna: „beste praktijken”), behorend bij de mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU (PB 2011, C 308, blz. 6). Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de Commissie door middel van dergelijke mededelingen de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid beperkt en niet van die regels kan afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel (zie in die zin arresten van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 211, en 13 december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punt 28).

212 De beste praktijken beogen een kader te scheppen voor de economische analyse teneinde de Commissie en de rechterlijke instanties van de Unie in staat te stellen de relevantie en het belang ervan te beoordelen. Ze zijn met name van toepassing op de controle op concentraties, zowel ten aanzien van de partijen bij de procedure als ten aanzien van de Commissie (punten 2 en 6 van de beste praktijken). Volgens punt 15 van de beste praktijken heeft een economische of econometrische analyse die niet strikt voldoet aan de in deze beste praktijken vastgestelde normen, normaliter een geringere bewijskracht en mag deze niet in aanmerking worden genomen.

213 Tot de middelen die door de beste praktijken worden overwogen om te zorgen voor een efficiënt gebruik van betrouwbaar en relevant bewijsmateriaal, behoort hoofdzakelijk de naleving van de standaardtechnieken voor economische of econometrische analyse (punten 2 en 3 van de beste praktijken). De beste praktijken verwijzen niet alleen naar de kwaliteit van de gegevens (punten 20 en 33 van de beste praktijken), maar ook naar de noodzaak om met betrekking tot de kenmerken van de onderzochte markt enkel geteste en coherente hypothesen te hanteren, om de kwaliteit van de gegevens en empirische methoden te controleren en om de mogelijke alternatieven en de betrouwbaarheid van de verkregen resultaten te onderzoeken (punten 3, 10, 13, 15, 24 en 26 van de beste praktijken). Uit de vele verwijzingen naar het begrip „robuustheid”

van de resultaten en naar de gevoeligheid voor wijzigingen van gegevens, dan wel naar de keuze van een empirische methode en van de nauwkeurige hypothesen waarvan wordt uitgegaan bij de modelvorming (punten 15, 32, 40 en 41 en de onderdelen C en E van bijlage 1 bij de beste praktijken), blijkt dat de Commissie belang hecht aan dit begrip. In het bijzonder bepaalt onderdeel E van bijlage 1 bij de beste praktijken dat elke empirische studie vergezeld moet gaan van een grondige robuustheidsanalyse en dat een economisch model in het algemeen vergezeld moet gaan van een gevoeligheidsanalyse van de belangrijkste variabelen, aangezien alleen de aannemelijke waarde en niet de exacte waarde van elke variabele kan worden vastgesteld.

214 In de beste praktijken wordt ook een bijzonder belang gehecht aan transparantie (zie punten 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 en 43 en de onderdelen C en D van bijlage 1 bij de beste praktijken) die als een factor van verantwoordelijkheid en geloofwaardigheid wordt beschouwd (punten 6 en 43 van de beste praktijken). Hierin wordt gepreciseerd dat de methodologische keuzen moeten worden toegelicht en gemotiveerd om de voor- en nadelen ervan expliciet te belichten (punten 24, 26 en 28 van de beste praktijken), maar ook de beperkingen ervan (punt 43 van de beste praktijken). Het gebruik van statistische technieken waarin wordt afgeweken van algemeen aanvaarde methoden, moet uitvoerig worden gemotiveerd (punt 29 van de beste praktijken).

215 In casu heeft de Commissie haar eigen regels van beste praktijken niet in acht genomen, aangezien zij zich heeft gebaseerd op een onconventionele methode die berustte op niet geteste en niet geverifieerde hypothesen, zonder de robuustheid van de resultaten ervan en de gevoeligheid van het model te onderzoeken, noch de partijen in kennis te stellen van die keuzen en van de redenen die deze keuzen kunnen rechtvaardigen. Er moet worden gewezen op het verschil tussen enerzijds het belang dat in de beste praktijken wordt gehecht aan transparantie, en anderzijds de wijze waarop de Commissie in casu eenzijdig het model voor het stadium van de voorspelling heeft gewijzigd, zonder partijen in kennis te stellen van de aard van deze wijzigingen. Deze schending van de beginselen die voortvloeien uit de beste praktijken wordt voorts bevestigd door het betoog van de Commissie in de onderhavige procedure, waarin zij erkent dat, indien UPS kennis had kunnen nemen van het gewijzigde model, latere besprekingen waarschijnlijk betrekking zouden hebben gehad op de problemen in verband met deze wijzigingen.

216 Ondanks deze elementen volstaat de omstandigheid dat het bestreden besluit gedeeltelijk op het econometrische model berust, niet om te concluderen dat er sprake is van een onrechtmatigheid die kan leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie. De Commissie wijst er terecht op dat het econometrische model slechts een van de elementen is die bij de beoordeling van de voorgenomen concentratie in aanmerking wordt genomen. Hoe nuttig een kwantitatieve analyse ook kan zijn om een beter inzicht te krijgen in de werking van de markten die worden beïnvloed door de voorgenomen concentratie, toch kan een kwantitatieve analyse die berust op een econometrisch model, naar haar aard, niet in het algemeen het enige bewijs vormen voor een onverenigbaarheidsbesluit. Elk model is namelijk gebaseerd op een vereenvoudiging van de werkelijkheid, zoals de Commissie terecht opmerkt in punt 12 van de beste praktijken. Deze beperking die inherent is aan de techniek van het opstellen van modellen, houdt in dat aan econometrische onderzoeken een bewijskracht wordt toegekend die niet kan worden gelijkgesteld met het materiële bewijs van een feit.

217 In casu heeft de Commissie zich, om tot de conclusie te komen dat er sprake was van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op 15 nationale markten op basis van niet-gecoördineerde effecten, in het bestreden besluit gebaseerd op een algemene analyse van de kenmerken van de betrokken markt en voorts op een kwantitatieve analyse op basis

waarvan de omvang van de voorzienbare gevolgen van de concentratie voor het prijsniveau kon worden waargenomen, na de gestelde efficiëntieverbeteringen in deze analyse te hebben opgenomen.

218 Overeenkomstig punt 24 van de richtsnoeren moet bij het onderzoek naar het bestaan van niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt in wezen worden nagegaan welke rechtstreekse gevolgen de concentratie heeft voor de prikkels van de fuserende partijen om hun prijzen te verhogen, en welke gevolgen de concentratie kan hebben voor de prikkels van de andere leden van het oligopolie om op de concentratie te reageren door hun prijzen te verhogen.

219 De Commissie heeft gewezen op de oligopolistische structuur van de relevante markt, waarop DHL, UPS, TNT en FedEx gezamenlijk tussen 90 % en 95 % van het marktaandeel hebben (overweging 509 van het bestreden besluit). DHL was de belangrijkste concurrent, in termen van marktaandelen, geografische dekking, en vanwege haar goed ontwikkelde en dichte netwerk binnen de EER. TNT en UPS waren nauwe concurrenten van DHL (overwegingen 626-630 van het bestreden besluit). FedEx was daarentegen wegens veel beperktere netwerken in een te ver verwijderde positie om volledig met DHL en met UPS en TNT te concurreren (overwegingen 511-625; 631-635 en 702-711 van het bestreden besluit).

220 De Commissie was van mening dat door de concentratie het aantal leveranciers zou afnemen van vier naar drie (overwegingen 712-714 van het bestreden besluit) en op bepaalde nationale markten van drie naar twee, gelet op de zwakke positie van FedEx (overwegingen 715-720 van het bestreden besluit). Van de 15 nationale markten waar de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou worden belemmerd, zou dat het geval zijn voor de volgende lidstaten: Tsjechië (overweging 1061 van het bestreden besluit); Denemarken (overweging 1135 van het bestreden besluit); Estland (overweging 1186 van het bestreden besluit); Letland (overweging 1359 van het bestreden besluit); Litouwen (overweging 1411 van het bestreden besluit); Malta (overweging 1430 van het bestreden besluit); Polen (overweging 1627 van het bestreden besluit); Slovenië (overweging 1788 van het bestreden besluit); Slowakije (overweging 1734 van het bestreden besluit); Finland (overweging 1226 van het bestreden besluit) en Zweden (overweging 1839 van het bestreden besluit).

221 Op vier nationale markten waar de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou worden belemmerd (Tsjechië, Denemarken, Litouwen en Nederland), zou de door UPS en TNT gevormde entiteit marktleider worden met een marktaandeel van meer dan 50 % (overwegingen 1048, 1049, 1121, 1393, 1394, 1502 en 1503 van het bestreden besluit).

222 Bovendien heeft de Commissie vastgesteld dat de relevante markt werd gekenmerkt door het bestaan van hoge drempels voor toetreding tot de markt en voor uitbreiding. Vanwege de noodzaak om een infrastructuur op te zetten in de gehele EER en om te beschikken over sorteercentra, computernetwerken, netwerken voor het ophalen en bezorgen van de pakketten, alsmede voor transport door de lucht en over land, welke drempels cumulatief zijn, zijn er de afgelopen 20 jaar geen grote nieuwkomers geweest op de markt. Op basis van deze gegevens was de Commissie van mening dat noch de uitbreidingsplannen van FedEx noch die van de andere marktdeelnemers elke mededingingsverstorende strategie van de partijen bij de concentratie zouden kunnen tegengaan (overwegingen 741-788 van het bestreden besluit).

223 De Commissie heeft ook vastgesteld dat de afnemers niet over voldoende compenserende koopkracht beschikten om een prijsstijging op de markt na de concentratie tegen te gaan (overwegingen 791-799 van het bestreden besluit).

224 Deze gegevens, die deel uitmaken van de algemene beoordeling van de concentratie, houden hoofdzakelijk verband met de marktstructuur en worden door UPS niet betwist, en aan de hand ervan kan het belang van de uiteenzetting in de overwegingen 721 tot en met 740 van het bestreden besluit met betrekking tot de kwantificering van de voorzienbare gevolgen van de concentratie voor het prijsniveau, worden gerelativeerd.

225 Tevens moet worden benadrukt dat in het licht van de bijzondere kenmerken van bepaalde nationale markten bepaalde grenzen van de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen duidelijk zijn geworden. Zo heeft de Commissie opgemerkt dat op basis van het model geen inzicht kan worden gegeven in de specifieke kenmerken van de Nederlandse markt of in die van de Zweedse markt (overwegingen 1545, 1844 en 1845 van het bestreden besluit).

226 In die omstandigheden berust de stelling van UPS dat zonder onregelmatigheden die van invloed waren op de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen, geen enkele mededingingsautoriteit zich tegen de voorgenomen concentratie zou hebben verzet, op een onjuiste lezing van het bestreden besluit. Anders dan UPS beweert, volstaat het enkele feit dat de Commissie een model heeft gebruikt dat onregelmatigheden vertoont niet om te concluderen dat deze onregelmatigheden voldoende gekwalificeerd zijn om tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te kunnen leiden.

227 Verder mag het nut van econometrische modellen niet worden vergeten, met name in de context van de controle op een concentratie die tot niet-gecoördineerde effecten kan leiden op een oligopolistische markt. De Commissie moet over handelingsvrijheid beschikken om daadkrachtig te kunnen optreden of om dergelijke kwantitatieve instrumenten te kunnen gebruiken die, gelet op de nauwkeurigheid en de objectiviteit ervan, bijdragen tot de kwaliteit van de economische analyse.

228 Gelet op een en ander en na afweging van de betrokken belangen, moet tot de slotsom worden gekomen dat de onregelmatigheden die volgens UPS bestonden ten aanzien van het econometrische model van de Commissie onvoldoende gekwalificeerd zijn om tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te kunnen leiden. Bijgevolg moet het betoog van UPS worden afgewezen.

2) Efficiëntieverbeteringen

i) Voorafgaande opmerkingen

229 UPS betoogt dat de analyse van de efficiëntieverbeteringen in het bestreden besluit een onrechtmatigheid bevat die een voldoende gekwalificeerde schending vormt. Geen enkele normaal voorzichtige en zorgvuldige mededingingsautoriteit zou hebben geconcludeerd dat op grond van de aard en de hoeveelheid van het tijdens de administratieve procedure overgelegde bewijsmateriaal niet in redelijke mate kon worden aangenomen dat deze efficiëntieverbeteringen zich zouden voordoen, in de zin van punt 86 van de richtsnoeren.

230 UPS stelt dat indien de Commissie zelfs maar een fractie had aanvaard van de andere aangevoerde efficiëntieverbeteringen dan de 65 miljoen EUR aan synergieën op het gebied van luchtvervoer en grondafhandelingsdiensten in Europa, zij de concentratie niet langer had kunnen verbieden, ondanks haar onjuiste en onconventionele analyse van de gevolgen van de concentratie voor de

prijzen. Indien de Commissie de concentratie tussen haar en TNT aan de hand van dezelfde methodiek had beoordeeld als de methodiek die gebruikt is in de zaak betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT, had zij een groter deel van de gestelde synergieën moeten aanvaarden.

231 UPS betwist dat de bewijslast inzake efficiëntieverbeteringen volledig rust op de partij die een concentratie heeft aangemeld. Zij is van mening dat een dergelijke uitlegging de Commissie in staat zou stellen elke aangevoerde synergie zonder nadere toelichting af te wijzen.

232 Zoals eerder is uiteengezet bij het onderzoek van de grieven inzake het niet mededelen van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, is het aan de partij die een concentratie heeft aangemeld om nauwkeurig en overtuigend bewijs te leveren aan de hand waarvan de verwachte efficiëntieverbeteringen, indien redelijkerwijs mogelijk, kunnen worden gekwantificeerd, niettegenstaande de verplichting van de Commissie om zorgvuldig en onpartijdig alle relevante gegevens te onderzoeken en haar beoordeling afdoende te motiveren. Bijgevolg is het betoog van UPS met betrekking tot schending van de regels inzake de bewijslast ongegrond.

ii) Beoordeling van de door UPS gestelde efficiëntieverbeteringen

233 UPS betoogt dat indien zij kennis had kunnen nemen van de criteria op basis waarvan het merendeel van de synergieën – die zij verwachtte te halen uit de concentratie tussen haar en TNT – door de Commissie als niet verifieerbaar is afgewezen, zij de Commissie van het bestaan van die efficiëntieverbeteringen had kunnen overtuigen.

234 Dit betoog is evenwel reeds afgewezen na het onderzoek van de grieven inzake het niet meedelen van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen.

235 UPS voegt daaraan toe dat deze synergieën de onderliggende reden vormden van haar voornemen om TNT te verwerven. UPS verklaart dat zij wegens het complementaire karakter van de netwerken van deze ondernemingen in staat zou zijn geweest haar kosten te verlagen en doeltreffender te concurreren met DHL, haar belangrijkste concurrent op de Europese markt. Tijdens hun onderhandelingen spraken de raad van bestuur van UPS en de raad van bestuur van TNT, op basis van analyses van deskundigen, met enige voorzichtigheid en overeenkomstig de toepasselijke Nederlandse wettelijke regeling de verwachting uit dat er synergieën zouden ontstaan voor een tussen 400 en 550 miljoen EUR gelegen bedrag per jaar (de mediaan bedroeg 503 miljoen EUR per jaar), een schatting die tot uiting kwam in het bedrag van het openbaar overnamebod van 9,50 EUR per aandeel.

236 UPS verklaart dat zij deze voorspellingen aan de Commissie heeft voorgelegd opdat deze daarmee rekening zou houden bij haar beoordeling van de voorgenomen concentratie overeenkomstig artikel 2, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 en de punten 76 en volgende van de richtsnoeren. De Commissie heeft evenwel enkel rekening willen houden met de synergieën in verband met het Europese luchtnetwerk en de grondafhandelingsdiensten gedurende de eerste drie jaar na de sluiting van de transactie, voor een bedrag van 65 miljoen EUR per jaar.

237 UPS betoogt dat de Commissie een ernstige beoordelingsfout heeft gemaakt door op die manier het resterende saldo van 438 miljoen EUR aan jaarlijkse synergieën af te wijzen op grond dat deze niet verifieerbaar waren.

238 UPS verwijt de Commissie dat zij geen rekening heeft gehouden met de volgende synergieën, die hierna nader worden onderzocht:

– luchtnetwerk en grondafhandelingsdiensten in Europa (vierde jaar): 43 miljoen EUR;

– administratieve kosten: 210 miljoen EUR;

– trans-Atlantisch luchtvervoer: 25 miljoen EUR;

– luchtvervoer voor rekening van derden: 33 miljoen EUR;

– wegvervoer via netwerkverbindingen tussen „hub”-luchthavens en aanvoerroutes: 22 miljoen EUR;

– installaties: 17 miljoen EUR;

– netwerk inzake PUD (hierna: „PUD-netwerk”): 40 miljoen EUR;

– levering van externe diensten: 48 miljoen EUR;

239 Volgens UPS is het duidelijk is dat er geen enkele basis was om een besluit vast te stellen waarbij de concentratie wordt verboden, zelfs al was slechts een klein deel van de afgewezen efficiëntieverbeteringen als verifieerbaar aanvaard.

– *Luchtnetwerk en grondafhandelingsdiensten in Europa (vierde jaar)*

240 UPS verwijt de Commissie dat zij in overweging 905 van het bestreden besluit de synergieën in verband met het luchtnetwerk en de grondafhandelingsdiensten die minimaal drie jaar na de concentratie tussen haar en TNT tot stand worden gebracht, heeft afgewezen op grond dat een dergelijk tijdsbestek voor de verbruikers een grotere onzekerheid met zich meebrengt en de voordelen voor hen zich minder snel voordoen. Deze beoordeling is volgens UPS kennelijk onjuist en tegenstrijdig, aangezien de Commissie in overweging 902 van dat besluit heeft erkend dat het in het vierde jaar om dezelfde synergieën gaat, hetgeen weergeeft dat de integratie geleidelijk plaatsvindt.

241 Ter beantwoording van dit betoog zij eraan herinnerd dat voor de vraag of de gestelde synergieën in aanmerking moeten worden genomen, per definitie de huidige waarde van toekomstige geldstromen, in de vorm van efficiëntieverbeteringen of besparingen, moet worden beoordeeld, welke beoordeling noodzakelijkerwijs afhangt van het tijdsbestek waarin en van de waarschijnlijkheid dat deze efficiëntieverbeteringen of besparingen zullen worden verwezenlijkt. Zo wordt in de punten 83 en 87 van de richtsnoeren benadrukt dat hoe later de efficiëntieverbeteringen zich naar verwachting zullen voordoen, hoe geringer het gewicht is dat de Commissie in het algemeen eraan kan toekennen en hoe minder de Commissie in het algemeen geneigd zal zijn aan te nemen dat de efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk tot stand zullen worden gebracht. In de overwegingen 905 en 906 van het bestreden besluit heeft de Commissie ervoor gekozen om de verwachte efficiëntieverbeteringen in beginsel tot en met de eerste drie jaar in aanmerking te nemen. De Commissie heeft daarentegen verklaard bij de algemene beoordeling de prognoses betreffende het vierde jaar in aanmerking te nemen, waarbij zij een geringer gewicht daaraan toekent wegens de onzekerheden en de complexiteit van de integratie van de luchtnetwerken en de grondafhandelingsdiensten.

242 Het betoog van UPS komt er in wezen op neer dat haar prognoses voor toekomstige efficiëntieverbeteringen geloofwaardiger zijn dan de Commissie daadwerkelijk heeft erkend. Gelet op het onzekere karakter van deze efficiëntieverbeteringen en op het door UPS aangevoerde tijdsbestek, kan evenwel uit geen van haar argumenten worden afgeleid dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, waarvoor de Unie aansprakelijk kan worden gesteld.

– *Administratieve kosten*

243 Volgens UPS vloeien de administratieve synergieën voort uit de samenvoeging, wat UPS en TNT betreft, van hoofdkantoren en centrale algemene functies in Europa. De verwachte efficiëntieverbeteringen hadden over een periode van vier jaar 210 miljoen EUR moeten bedragen dankzij een vermindering van het samengevoegde personeelsbestand met 11 % voor managementfuncties en met 12 % voor administratieve functies, waarbij deze doelstellingen lager waren dan de door UPS eerder opgedane ervaring.

244 In overweging 891 van het bestreden besluit is de Commissie aan deze besparingen voorbijgegaan omdat zij betrekking hadden op vaste kosten die niet aan de consument konden worden doorberekend. UPS meent dat deze redenering onjuist en tegenstrijdig is. Terwijl de Commissie een percentage voor de doorberekening van de efficiëntieverbeteringen heeft gehanteerd van 67 % op de totale gemiddelde kosten (variabele kosten en vaste kosten), had zij dit percentage moeten toepassen op de administratieve kosten en ervan moeten uitgaan dat 67 % van de op deze kosten gerealiseerde besparingen aan de verbruikers zouden worden doorberekend, terwijl de rest door UPS zou worden geabsorbeerd. Indien de Commissie daarentegen overeenkomstig overweging 891 van het bestreden besluit voornemens was dit percentage niet op de vaste kosten toe te passen, had zij, logischerwijze, een hoger doorberekeningspercentage op de variabele kosten moeten toepassen. Dit zou voor UPS tot meer efficiëntieverbeteringen hebben geleid en tot een vermindering van het aantal markten die konden worden beïnvloed door een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

245 Er zij evenwel aan herinnerd dat de Commissie in overweging 891 van het bestreden besluit in wezen heeft erkend dat de administratieve kosten, vanuit boekhoudkundig oogpunt, konden worden toegerekend aan de verschillende diensten en nationale markten naargelang van de verwerkte hoeveelheden pakketten. Vanuit economisch oogpunt kon aan de hand van deze wijze van toerekening echter niet worden bepaald hoe deze vaste kosten bijdroegen tot de vaststelling van de prijs van elke extra overeenkomst. Aangezien de Commissie van mening was dat het antwoord op de vraag in hoeverre de besparingen op de administratieve kosten de prijzen van de betrokken producten konden beïnvloeden – ter rechtvaardiging voor het feit dat de besparingen in aanmerking werden genomen – onzeker was, heeft zij in overweging 892 van het bestreden besluit geoordeeld dat deze besparingen, zoals UPS die had voorgesteld, niet verifieerbaar waren en derhalve niet in aanmerking konden worden genomen. Uit deze overweging van het bestreden besluit blijkt eveneens dat de overwegingen betreffende de doorberekening aan de verbruikers van de besparingen in verband met de administratieve kosten, slechts subsidiair werden aangevoerd, in het geval die besparingen verifieerbaar waren geweest.

246 De synergieën in verband met de verlaging van de administratieve kosten ten gevolge van de fusie komen naar hun aard tot uiting in een verlaging van de vaste kosten van de onderneming. Zoals in punt 80 van de richtsnoeren wordt benadrukt, zullen kostenbesparingen die resulteren in verlagingen van variabele of marginale kosten waarschijnlijk relevanter zijn voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen dan verlagingen van vaste kosten; de kans dat het eerste soort

kosten resulteert in lagere prijzen voor de verbruiker is immers groter. De Commissie heeft derhalve het recht niet onjuist toegepast door aan de synergieën in verband met de verlaging van de administratieve kosten voorbij te gaan om de reden dat zij niet relevant waren voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen. Aangezien de kritiek van UPS inzake de doorberekening van deze besparingen aan de consumenten is gericht tegen subsidiaire beoordelingen, is zij irrelevant en moet zij worden afgewezen.

247 Dientengevolge kan uit geen van de door UPS aangevoerde argumenten met betrekking tot efficiëntieverbeteringen in verband met de verlaging van de administratieve kosten worden afgeleid dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, welke schending kan leiden tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie.

– *Trans-Atlantisch luchtvervoer*

248 UPS bekritiseert de beoordeling waarmee de Commissie in de overwegingen 882 en 883 van het bestreden besluit is voorbijgegaan aan de op 25 miljoen EUR geraamde besparingen voor het trans-Atlantische luchtvervoer, op de grond dat deze raming niet was geverifieerd. UPS herinnert eraan dat zij de enige trans-Atlantische verbinding van TNT tussen Luik (België) en New York (Verenigde Staten) wilde schrappen, aangezien zij over voldoende capaciteit beschikte om 75 % van het volume van deze lijn te absorberen. De Commissie heeft de berekeningen die tot een raming van 25 miljoen EUR hadden geleid afgewezen, op de grond dat zij berustten op de hypothese dat TNT een Boeing 767 exploiteerde, terwijl zij in werkelijkheid een Boeing 777 exploiteerde. Aangezien de kosten van deze Boeing 777 hoger waren dan die van het andere toestel, zouden de gerealiseerde besparingen alleen maar groter zijn geweest.

249 Opgemerkt zij evenwel dat de Commissie, in de overwegingen 881 tot en met 883 van het bestreden besluit, het bestaan van de gestelde efficiëntieverbeteringen niet heeft ontkend. Zij was van mening dat deze efficiëntieverbeteringen niet verifieerbaar waren, aangezien UPS haar berekeningen had gebaseerd op de netwerksituatie van TNT in 2007, zonder rekening te houden met het feit dat TNT nadien grotere vliegtuigen had gebruikt.

250 Om aan te tonen dat deze beoordeling onjuist was, heeft UPS ter ondersteuning van het verzoekschrift verschillende berekeningen overgelegd tot staving van de omvang van de efficiëntieverbeteringen die zij uit synergieën van de trans-Atlantische luchtvervoersdiensten verwachtte te halen. Vastgesteld moet worden dat deze gegevens niet tijdens de administratieve procedure aan de Commissie zijn voorgelegd, ondanks het feit dat UPS in punt 725 van de mededeling van punten van bezwaar is gewezen op het feit dat haar ramingen van efficiëntieverbeteringen moeilijk verifieerbaar waren. Zo legt UPS verschillende spreadsheets over met betrekking tot het gebruik van haar trans-Atlantische luchtvervoerscapaciteit in 2012 (bijlage A.35 bij het verzoekschrift), die UPS, naar zij toegeeft, niet tijdens de administratieve procedure heeft overgelegd. Het stond evenwel aan UPS om tijdens de administratieve procedure niet alleen het bestaan van de door haar gestelde efficiëntieverbeteringen aan te tonen, maar ook verifieerbare gegevens te overleggen waarop zij zich baseerde om deze efficiëntieverbeteringen te kwantificeren. Het betoog van UPS betreffende de trans-Atlantische luchtvaartdiensten is ongegrond en moet worden afgewezen.

– *Vervoer voor rekening van derden*

251 UPS verwachtte kosten te besparen door de pakketten die TNT vervoerde op door derden uitgevoerde commerciële vluchten, met haar eigen vliegtuigen te vervoeren. De Commissie heeft deze besparingen in overweging 889 van het bestreden besluit afgewezen op grond dat UPS niet had aangetoond dat zij het volume van TNT met eigen vliegtuigen kon verwerken. UPS verwijt de Commissie dat zij deze vraag niet tijdens de administratieve procedure aan de orde heeft gesteld. UPS beschikte namelijk over alle gegevens om deze vraag op overtuigende wijze te beantwoorden.

252 Anders dan UPS stelt, stond het niet aan de Commissie om UPS te verzoeken bewijs over te leggen aan de hand waarvan de gestelde efficiëntieverbeteringen konden worden gestaafd. Het stond aan UPS om niet alleen het bestaan van de door haar gestelde efficiëntieverbeteringen aan te tonen, maar ook om verifieerbare gegevens over te leggen waarop zij zich baseerde om deze efficiëntieverbeteringen te kwantificeren. Het betoog van UPS is ongegrond en moet dus worden afgewezen.

– *Wegvervoer via netwerkverbindingen*

253 Volgens UPS stelt de voorgenomen verwerving haar in staat zou hebben gesteld om haar wegvervoernetwerk via verbindingen binnen de EER te optimaliseren door dit netwerk samen te voegen met dat van TNT, dankzij haar logistiek model „hub feeder network optimisation model” (model voor optimalisering van het netwerk van een ophaalpunt; hierna: „HFNO-model”), dat is toegepast op de gegevens van drie markten (Duitsland, Italië en Verenigd Koninkrijk), die als een goede steekproef dienen voor de netwerken van de verschillende Europese markten. In de overwegingen 866 en 867 van het bestreden besluit heeft de Commissie deze besparingen afgewezen op grond dat de verstrekte bewijzen onvolledig en weinig betrouwbaar waren. UPS betwist deze beoordeling. Zij stelt dat de ramingen van haar enige toekomstige netwerk deugdelijk, voorzichtig en betrouwbaar waren. UPS stelt dat zij erin is geslaagd om, met een voorzichtigheidsmarge, kostensynergieën te ramen van ongeveer 15 %. Ook al heeft UPS de gegevens moeten aanpassen in het licht van de door TNT verstrekte gegevens, dan nog is zij van mening dat de verschillen die zijn waargenomen niet significant zijn en kunnen worden verklaard door methodologische verschillen tussen haar en TNT.

254 De Commissie betwist dit betoog. Zij voert met name aan dat UPS stelt, maar niet aantoont dat de markten van Duitsland, Italië en het Verenigd Koninkrijk als een „goede steekproef” dienen, en dat UPS geen enkel gegeven overlegt aan de hand waarvan kan worden nagegaan of deze stelling juist is.

255 In dit verband moet worden vastgesteld dat UPS volgens de overwegingen 865 en 866 van het bestreden besluit de gestelde efficiëntieverbeteringen heeft berekend op basis van haar HFNO-model aan de hand van gegevens betreffende drie nationale markten. UPS heeft zich op het standpunt gesteld dat deze resultaten ook op alle andere markten konden worden toegepast, zonder daarvoor de reden te geven. De Commissie heeft aldus in wezen aangevoerd dat er geen bewijs was dat de door UPS gebruikte steekproef representatief was.

256 UPS blijkt evenwel in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar een document te hebben overgelegd (bijlage 4.8 bij de mededeling van punten van bezwaar) waarin de redenen zijn uiteengezet waarom is gekozen voor de drie nationale markten die als de steekproef dienen. Uit dit document blijkt namelijk dat deze markten drie verschillende situaties illustreren waarin de

volumen van UPS hoger (Duitsland) en lager (Italië) zijn dan die van TNT, en gelijk (Verenigd Koninkrijk) zijn aan die van TNT. Van deze drie markten is vervolgens een model gemaakt voor één enkel netwerk. In die omstandigheden kan de Commissie niet stellen dat UPS tijdens de administratieve procedure heeft nagelaten uitleg te geven over de methodiek die is gevolgd om drie markten als steekproef te gebruiken, die zij representatief achtte.

257 Los van deze fout moet worden opgemerkt dat de Commissie UPS, volgens overweging 867 van het bestreden besluit, heeft verzocht om haar berekeningen op basis van deze steekproef te preciseren en daarbij de gegevens van TNT in aanmerking te nemen. Daarbij bleek dat de aldus verkregen resultaten voor sommige nationale markten aanzienlijk afweken van de oorspronkelijke ramingen van UPS. De Commissie was wegens deze verschillen van mening dat over de kwantificering van de verwachte efficiëntieverbeteringen onzekerheid bestond.

258 Vastgesteld moet worden dat het bestaan van deze als „aanzienlijk" aangemerkte verschillen aanleiding kan geven tot twijfel over de juistheid van de raming van de efficiëntieverbeteringen die UPS op basis van haar HFNO-model heeft aangevoerd. Hoewel UPS het belang van deze verschillen betwist, heeft zij evenwel geen specifieke argumenten in dat verband uiteengezet, noch cijfermatige gegevens aangevoerd aan de hand waarvan de gegrondheid van de vaststelling in overweging 867 van het bestreden besluit in twijfel kan worden getrokken. UPS erkent weliswaar het bestaan van dergelijke verschillen, maar zij betoogt dat deze niet te wijten zijn aan wezenlijke verschillen tussen de geraamde en de reële gegevens, maar veeleer te wijten zijn aan het feit dat TNT voor een andere grondslag heeft gekozen op basis waarvan zij haar kosten heeft toegerekend.

259 Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat UPS er niet in is geslaagd aan te tonen dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren – welke schending tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kan leiden – door te beslissen dat er te veel onzekerheid bestond over de raming van de efficiëntieverbeteringen in verband met het wegvervoernetwerk om deze verbeteringen als geverifieerd te kunnen beschouwen. Het betoog van UPS moet derhalve worden afgewezen.

– *Vestigingen*

260 UPS verwijt de Commissie dat zij in overweging 863 van het bestreden besluit de geplande besparingen in verband met de optimalisering van de vestigingen die ten gevolge van de voorgenomen concentratie overbodig zouden worden, heeft afgewezen omdat de verstrekte gegevens betrekking hadden op maar een paar landen. UPS betoogt dat deze beoordeling onjuist is: zij verklaart dat zij de Commissie gedetailleerde berekeningen heeft verstrekt voor 112 van de 118 vestigingen die zij van plan was te sluiten.

261 Opgemerkt zij dat de Commissie in overweging 862 van het bestreden besluit heeft uiteengezet dat UPS de verwachte besparingen van de optimalisering van haar vestigingen had berekend op basis van een raming van de jaarlijkse kosten per vestiging, vermenigvuldigd met het totale aantal te sluiten vestigingen. Dat cijfer werd vervolgens vermenigvuldigd met de gemiddelde jaarlijkse waarde van de operationele kosten van een vestiging, geraamd op 330 000 EUR. Het resultaat hiervan (18 miljoen EUR) is vervolgens aangepast en verlaagd tot 17 miljoen EUR.

262 De Commissie heeft in de overwegingen 863 en 864 van het bestreden besluit geoordeeld dat deze methode in twee opzichten onnauwkeurig was. Ten eerste was deze methode gebaseerd op gegevens die betrekking hadden op een klein aantal landen of een groep landen, ondanks het feit

dat de verwachte besparingen voor elk land specifiek waren. Ten tweede berustte deze methode op de premisse dat alle kosten die verband houden met een te sluiten locatie, een besparing vormen. Aangezien de door deze vestigingen verwerkte volumes naar andere vestigingen zouden moeten worden overgebracht, had de nettobesparing moeten worden berekend door de verwerkingskosten vóór de fusie te vergelijken met de extra kosten na de fusie.

263 Dit tweede bezwaar van de Commissie komt er in wezen op neer dat UPS wordt verweten dat zij bij haar beoordeling van de geplande besparingen onvoldoende onderscheid heeft gemaakt tussen de besparingen die betrekking hebben op vaste kosten en de besparingen die betrekking hebben op de variabele kosten. Zoals eerder in herinnering is gebracht met betrekking tot de efficiëntieverbeteringen in verband met de synergieën van administratieve kosten, zullen kostenbesparingen die resulteren in verlagingen van variabele of marginale kosten waarschijnlijk relevanter zijn voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen dan verlagingen van vaste kosten.

264 Evenwel moet worden vastgesteld dat UPS in haar betoog aan deze vraag voorbijgaat en zich uitsluitend richt op het eerste door de Commissie opgeworpen probleem. In deze omstandigheden kan op basis van dit betoog niet worden geoordeeld dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren – welke schending tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kan leiden – door te oordelen dat de raming van de besparingen in verband met de sluiting van overbodige vestigingen niet kon worden aanvaard wegens de onbetrouwbaarheid ervan.

– *PUD-netwerk*

265 UPS verwijt de Commissie dat zij in de overwegingen 853 en 854 van het bestreden besluit is voorbijgegaan aan de kwantificering van de verwachte synergieën van de optimalisering van het PUD-netwerk om de reden dat haar berekeningen niet konden worden geverifieerd.

266 UPS betoogt ten eerste dat de Commissie het bestaan van die synergieën niet betwist, maar alleen de raming ervan. De Commissie heeft niet uiteengezet op basis van welk criterium zij bereid was dergelijke berekeningen te aanvaarden en UPS vragen te stellen.

267 Het stond evenwel niet aan de Commissie om UPS te verzoeken bewijs over te leggen aan de hand waarvan de gestelde efficiëntieverbeteringen konden worden gestaafd. Het stond aan UPS om niet alleen het bestaan van de door haar gestelde efficiëntieverbeteringen aan te tonen, maar ook om verifieerbare gegevens over te leggen waarop zij zich baseerde om deze efficiëntieverbeteringen te kwantificeren. Dit eerste argument van UPS moet derhalve worden afgewezen.

268 Wat ten tweede het argument van UPS betreft dat zij in de loop van de administratieve procedure nooit in kennis is gesteld van de rechtvaardigingsgronden die door de Commissie waren aangevoerd ter ondersteuning van de afwijzing van de efficiëntieverbeteringen, zij eraan herinnerd dat dit argument reeds is afgewezen na de analyse van de grieven inzake het niet meedelen van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen.

269 Ten derde betoogt UPS dat de redenen waarom de Commissie de efficiëntieverbeteringen in verband met het PUD-netwerk niet in aanmerking heeft genomen, kennelijk onjuist zijn.

270 Er zij aan herinnerd dat de Commissie in de overwegingen 851 en 852 van het bestreden besluit heeft erkend dat de synergieën inzake de samenvoeging van de PUD-netwerken efficiencyverbeteringen opleveren. In de overwegingen 853 en 854 van datzelfde besluit heeft zij de door UPS gemaakte raming van de efficiëntieverbeteringen evenwel afgewezen omdat die onvoldoende betrouwbaar was. De Commissie heeft meer bepaald benadrukt dat de door UPS verstrekte gegevens niet representatief genoeg waren en niet actueel genoeg.

271 Wat de representativiteit van de gegevens betreft, blijkt uit overweging 824 van het bestreden besluit dat UPS zich heeft gebaseerd op een schatting van de besparingen met betrekking tot de chauffeurs op elke nationale markt (45 miljoen EUR), die uiteindelijk naar beneden is bijgesteld tot een schatting van 40 miljoen EUR. De Commissie heeft evenwel opgemerkt dat deze berekening enkel was gebaseerd op gedetailleerde gegevens met betrekking tot de Duitse, de Franse, de Ierse en de Britse markt en de Benelux-markt (België, Luxemburg en Nederland). De rest van de markt was verdeeld in twee groepen, te weten die van „Oost-Europa" en die van de „rest van Europa", waarvoor UPS een schatting heeft gemaakt van de gemiddelde vermindering van het aantal chauffeurs, zonder dit nader toe te lichten. Aangezien de besparingen in verband met het PUD-netwerk nauw samenhangen met de omstandigheden op elke markt, was de Commissie in overweging 853 van het bestreden besluit van mening dat UPS zich veeleer had moeten baseren op de gegevens betreffende elke markt in plaats van een schatting te gebruiken voor een groep landen. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat de schatting van de synergieën met betrekking tot het PUD-netwerk voor beide groepen niet betrouwbaar was.

272 UPS merkt in dit verband op dat de landen die behoren tot de categorieën „Oost-Europa" en „rest van Europa" slechts 9 miljoen van de voorziene 40 miljoen besparingen vertegenwoordigden, terwijl de overige landen in vier groepen waren verdeeld naargelang van de kenmerken van hun netwerken (te weten het aantal bestuurders en het aantal stopplaatsen per mijl).

273 Er zij evenwel op gewezen dat UPS niet opkomt tegen het voornaamste bezwaar van de Commissie dat geen rekening is gehouden met de specifieke gegevens van elke markt, ondanks de kostenverschillen tussen deze markten. De raming van de gestelde efficiëntieverbeteringen heeft tot doel om – op de markten waar de daadwerkelijke mededinging significant wordt belemmerd – na te gaan of deze efficiëntieverbeteringen een tegenwicht kunnen vormen tegen de mededingingsverstorende gevolgen die de concentratie zou kunnen hebben. Wanneer, zoals in casu, deze mededingingsverstorende gevolgen zich op het grondgebied van bepaalde lidstaten voordoen, moet op elk van deze nationale markten kunnen worden nagegaan of de gestelde efficiëntieverbeteringen voor de verbruikers een nettovoordeel opleveren.

274 Aangezien UPS niets heeft aangevoerd dat op het tegendeel wijst, moet derhalve worden aanvaard dat de door UPS gevolgde benadering, die erin bestaat voor een reeks landen één enkel percentage toe te passen dat is afgeleid van een model dat uit vier groepen van nationale markten bestaat, minder nauwkeurig en minder betrouwbaar lijkt dan de benadering die erin bestaat zich te baseren op de gegevens van elke markt om tot een gemiddelde raming te komen die op alle markten van toepassing is.

275 Voorts zij erop gewezen dat van de 15 nationale markten waar de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd, alleen Nederland niet tot de categorie „Oost-Europa" en evenmin tot de categorie „rest van Europa" behoorde. Zoals UPS zelf heeft erkend, bedroeg de totale waarde van de efficiëntieverbeteringen in verband met het PUD-netwerk voor deze twee groepen nationale markten echter enkel 9 miljoen EUR. Het is dan ook zeer onwaarschijnlijk dat de Nederlandse markt op zichzelf besparingen kan opleveren die rechtvaardigen dat de synergieën

worden geraamd op de door UPS gestelde 40 miljoen EUR. Hieruit volgt dat de efficiëntieverbeteringen die relevant zijn voor de beoordeling van de situatie op de nationale markten waar de Commissie heeft geconcludeerd dat er sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, waarschijnlijk veel lager zijn dan de gestelde 40 miljoen EUR. Het argument van UPS kan dus niet afdoen aan de juistheid van het in overweging 855 van het bestreden besluit uiteengezette oordeel dat op basis van de gegevens betreffende de andere markten dan Duitsland, Frankrijk, Ierland en het Verenigd Koninkrijk niet kan worden vastgesteld dat de geraamde efficiëntieverbeteringen voor de andere markten verifieerbaar zijn.

276 Wat betreft de kwestie dat de gegevens niet actueel genoeg waren, blijkt uit overweging 854 van het bestreden besluit dat de Commissie heeft opgemerkt dat UPS zich had gebaseerd op een in 2007 opgesteld model waarin gegevens van 2002 waren verwerkt, om de uit de optimalisering van het PUD-netwerk voortvloeiende efficiëntieverbeteringen te beoordelen in het kader van besprekingen die reeds betrekking hadden op de mogelijkheid om TNT te verwerven.

277 Teneinde deze resultaten aan te passen aan de situatie in 2011, heeft UPS deze ramingen in per markt verschillende verhoudingen teruggebracht, zonder een andere uitleg van de gebruikte methode te geven dan dat deze „behoudend" was.

278 UPS stelt dat haar berekeningen gedetailleerd en betrouwbaar waren en rekening hielden met haar groeipercentages tussen 2007 en 2011 en met de wijzigingen in de dichtheid van het PUD-netwerk.

279 De twee documenten waarop UPS zich ter ondersteuning van deze beweringen beroept (bijlagen A.38.1 en A.38.2 bij het verzoekschrift), bevestigen evenwel de in punt 854 van het bestreden besluit gegeven beschrijving van de methodiek. Deze documenten bevatten geen nauwkeurige aanwijzingen over de wijze waarop de resultaten van het in 2007 uitgevoerde onderzoek in 2011 zijn bijgewerkt. In deze documenten wordt enkel gesteld dat de basis van deze analyse solide was en UPS toch had besloten om deze aanvankelijke ramingen van de kostenbesparingen aanzienlijk naar beneden bij te stellen teneinde de uit de wijzigingen in de marktomstandigheden voortvloeiende onzekerheden weer te geven.

280 Derhalve moet tot de slotsom worden gekomen dat UPS er niet in is geslaagd aan te tonen dat de Commissie op dit punt een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van een rechtsregel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, welke schending tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kan leiden.

– *Externe dienstverleners*

281 In de overwegingen 857 tot en met 861 van het bestreden besluit heeft de Commissie aangegeven dat de raming door UPS van de efficiëntieverbeteringen in verband met de optimalisering van de kosten inzake PUD die via onderaanneming plaatsvindt, nog onzekerder is dan de raming van de efficiëntieverbeteringen inzake haar eigen PUD-netwerk, aangezien die raming is gebaseerd op uiterst vereenvoudigde hypothesen en niet op gegevens die specifiek zijn voor elke nationale markt. Zo heeft de Commissie opgemerkt dat UPS geen enkele uitleg heeft verstrekt ter onderbouwing van de gestelde verlaging van 6 %; UPS heeft enkel verklaard dat in dit percentage de hogere gecombineerde volumen tot uiting kwamen en de daaruit voortvloeiende voordelen voor het sorteren. Voorts hebben de door UPS ingeschakelde consultants erop gewezen dat de gegevens met betrekking tot de volumen van TNT verschilden van de gegevens die waren

gebruikt om de efficiëntieverbeteringen te berekenen, zonder dat UPS heeft geprobeerd om deze gegevens te gebruiken om tot een meer realistische maatstaf van efficiëntieverbeteringen te komen. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat UPS niet in staat was om de orde van grootte van de aan externe dienstverleners verbonden efficiëntieverbeteringen na te gaan en zij heeft de door UPS gestelde efficiëntieverbeteringen als niet verifieerbaar afgewezen.

282 UPS verwijt de Commissie dat zij heeft geoordeeld dat haar prognoses niet berustten op een gedetailleerde analyse per land, maar op een gemiddeld percentage van 6 % en dat deze prognoses weinig betrouwbaar leken. UPS betoogt dat deze analyse kennelijk onjuist is.

283 UPS betoogt ten eerste dat het gebruik van een gemiddeld percentage voor alle landen in overeenstemming is met de hierboven beschreven benadering ten aanzien van het PUD-netwerk voor de landen die tot de categorie „rest van Europa” behoren.

284 Er zij aan herinnerd dat het overeenkomstig de beginselen inzake de bewijslast met betrekking tot efficiëntieverbeteringen aan UPS stond om de toepassing van het percentage van 6 % op alle nationale markten te rechtvaardigen, met name wegens de kostenverschillen op deze markten. In navolging van hetgeen hierboven met betrekking tot het PUD-netwerk is uiteengezet, moet worden geoordeeld dat de gebruikmaking van een gemiddeld besparingspercentage dat van toepassing is op een groep landen, zonder dat hiervoor een bijzondere rechtvaardiging wordt gegeven, minder nauwkeurig en minder betrouwbaar lijkt dan de gebruikmaking van een percentage dat is berekend aan de hand van gegevens van elke markt om een gemiddelde raming te maken die op alle landen van toepassing is. Hieruit volgt dat uit het betoog van UPS niet is gebleken van feiten of omstandigheden op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de door de Commissie in overweging 858 van het bestreden besluit uiteengezette redenen onjuist zijn.

285 Ten tweede voert UPS aan dat er methodologische inconsistenties zijn. De Commissie heeft het gebruik van gemiddelde percentages voor dezelfde groep landen aanvaard wat het luchtnetwerk en de grondafhandelingsdiensten in Europa (vierde jaar) betreft, maar heeft het gebruik hiervan wat het ophalen en bezorgen van pakketten door externe dienstverleners betreft afgewezen.

286 Zoals reeds is opgemerkt met betrekking tot de efficiëntieverbeteringen in verband met de kosten inzake PUD, blijkt evenwel uit de overwegingen 824, 853 en 858 van het bestreden besluit dat deze kosten nauw verband houden met de plaatselijke omstandigheden op elke nationale markt. De Commissie merkt op dat deze situatie niet vergelijkbaar is met die van het Europese luchtnetwerk of met die van de grondafhandelingsdiensten, hetgeen UPS niet heeft betwist. In het licht van deze rechtvaardigingsgronden moet worden erkend dat, wegens deze verschillen, aan de hand van het betoog van UPS niet wordt aangetoond dat er sprake is van een methodologische inconsistentie die een kennelijke en ernstige beoordelingsfout kan vormen.

287 Ten derde legt UPS uit waarom de resultaten van haar model, na de gegevens van TNT erin te hebben verwerkt, niet significant zijn gewijzigd. De belangrijkste wijziging betrof het criterium voor de verdeling van synergieën, zonder dat de algemene raming van het totale bedrag er evenwel door werd gewijzigd.

288 Dit betoog kan echter niet afdoen aan de in de overwegingen 859 en 860 van het bestreden besluit genoemde gegevens, waaruit blijkt dat UPS, ondanks de gegevens over de actuele volumen van TNT die aanzienlijk verschilden van de gegevens die oorspronkelijk door UPS waren geraamd en,

bijgevolg, ondanks een aanzienlijke herziening van de aanvankelijk geplande besparingen, met name voor de Duitse, de Ierse en de Britse markt, niet heeft getracht de verwachte efficiëntieverbeteringen voor elk van de relevante nationale markten nauwkeuriger te ramen.

289 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat UPS er niet in is geslaagd om aan te tonen dat bij de beoordeling of de gestelde efficiëntieverbeteringen verifieerbaar zijn, fouten zijn gemaakt die tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kunnen leiden.

3) Ongelijke behandeling ten opzichte van de concentratie tussen FedEx en TNT

290 UPS voert aan dat de concentratie tussen haar en TNT en die tussen FedEx en TNT ongelijk zijn behandeld. Terwijl UPS na een zeer nauwkeurige schatting publiekelijk had aangekondigd dat zij vanaf het eerste jaar 503 miljoen EUR aan synergieën verwachtte te halen uit de verwerving van TNT, heeft FedEx geen enkele schatting openbaar gemaakt. De Commissie heeft evenwel, na vragen te hebben gesteld, de synergieën aanvaard die door FedEx waren aangevoerd op basis van de werkzaamheden van consultants die waren ingeschakeld voor de procedure van controle op deze concentratie. Deze synergieën zijn nooit openbaar gemaakt, hetgeen voor een beursgenoteerde onderneming onbegrijpelijk is.

291 UPS verwijt de Commissie in dit verband dat zij de synergieën heeft beoordeeld op basis van een veel strenger criterium dan het criterium dat zij voor de concentratie tussen FedEx en TNT heeft gehanteerd. Indien de Commissie UPS op dezelfde wijze als FedEx had behandeld, had zij alle gestelde efficiëntieverbeteringen moeten aanvaarden. Volgens UPS heeft de Commissie in het kader van de concentratie tussen FedEx en TNT een groot aantal synergieën aanvaard, die echter niet waren gestaafd met bewijsmateriaal dat even overtuigend was als het bewijsmateriaal dat UPS heeft aangevoerd. FedEx heeft naar verluidt vanaf het moment van haar overnamebod geweigerd een kwantificering van de potentiële synergieën bekend te maken en heeft in dit verband nooit interne documenten overgelegd.

292 In het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT heeft de Commissie synergieën betreffende het trans-Atlantische luchtvervoer op basis van de transportcapaciteit van de verkrijger aanvaard, zonder om gedetailleerde berekeningen te verzoeken. Bij gebreke van nadere informatie in de openbare versie van het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT, geeft UPS het Gerecht in overweging om deze inlichtingen te verkrijgen bij wege van een maatregel van instructie.

293 Wat het PUD-netwerk betreft, merkt UPS op dat de Commissie in de zaak betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT heeft aanvaard om dit soort synergieën in aanmerking te nemen, ondanks dat er minder gedetailleerd bewijs is overgelegd dan het bewijs dat zij heeft aangevoerd.

294 Er zij aan herinnerd dat de Commissie elke concentratie moet onderzoeken in het licht van haar eigen kenmerken en die van de relevante markt. Elke concentratie wordt immers individueel beoordeeld in het licht van de toepasselijke feitelijke en juridische omstandigheden (zie in die zin arrest van 16 mei 2018, Deutsche Lufthansa/Commissie, T-712/16, EU:T:2018:269, punt 131). Wanneer de Commissie beslist over de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt op basis van een aanmelding en een dossier die specifiek zijn voor die operatie, kan een verzoeker de vaststellingen van de Commissie niet betwisten op grond dat zij verschillen van de vaststellingen die de Commissie eerder in een andere zaak op basis van een andere aanmelding en een ander dossier heeft gedaan, ook niet indien het in die twee zaken om vergelijkbare of zelfs

identieke markten gaat (zie in die zin de arresten van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 118, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 142).

295 In casu hebben de concentraties tussen UPS en TNT en FedEx en TNT, die ongeveer drie jaar na elkaar zijn aangemeld, weliswaar betrekking op dezelfde markt, maar zij hebben geen betrekking op dezelfde partijen. Efficiëntieverbeteringen houden naar hun aard rechtstreeks verband met de individuele kenmerken van de partijen die betrokken zijn bij de concentratie.

296 Met name vanwege de kenmerken van FedEx en de nauwe concurrentie tussen UPS en TNT heeft de Commissie geconcludeerd dat de concentratie tussen FedEx en TNT niet tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leidde. De uit deze fusie voortvloeiende entiteit wordt nog steeds geconfronteerd met twee machtige rivalen, DHL en UPS (overwegingen 444-446 en 630-689 van het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT), terwijl FedEx en TNT weliswaar concurrenten zijn, maar tot op zekere hoogte bijkomende diensten aanbieden en geen nauwe concurrenten zijn. FedEx is gespecialiseerd in de verbindingen tussen de EER en de rest van de wereld, terwijl het aanbod van TNT zich op de internationale verbindingen binnen de EER concentreert (overwegingen 590, 591 en 687-689 van het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT). Bovendien kan TNT niet worden beschouwd als een concurrent die een bijzondere concurrentiepositie als „buitenbeentje” inneemt, of als een belangrijke bron voor uitbreiding op de markt (overwegingen 650, 692-714 van het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT). Uit de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen is niet gebleken dat er sprake is van een statistisch significant effect op de prijzen, en de Commissie wijst er hoe dan ook op dat de verwachte efficiëntieverbeteringen dit effect zouden compenseren (overwegingen 468-497, 515-588 en 771-805 van het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT).

297 Derhalve moet worden vastgesteld dat de concentraties tussen UPS en TNT en tussen FedEx en TNT op een aantal punten aanzienlijk van elkaar verschillen, met name op het feit dat FedEx en TNT geen nauwe concurrenten waren. Dit punt is relevant voor het onderzoek van de synergieën die voortvloeien uit de samenvoeging van deze ondernemingen, hetgeen UPS niet betwist.

298 Voorts staaft verzoekster haar betoog niet dat het bewijsmateriaal dat zij met betrekking tot de verwachte synergieën aan de Commissie heeft overgelegd is beoordeeld aan de hand van een andere bewijsstandaard dan de bewijsstandaard die in het kader van de concentratie tussen FedEx en TNT is toegepast. Zij toont meer bepaald niet aan dat het bewijsmateriaal dat zij met betrekking tot het trans-Atlantische luchtvervoer en het PUD-netwerk heeft verstrekt, dezelfde bewijskracht en relevantie had als het bewijsmateriaal dat in het kader van deze concentratie was aanvaard, zodat de Commissie identiek of soortgelijk bewijsmateriaal op een andere manier zou hebben behandeld.

299 Aangezien er geen aanwijzingen zijn waaruit zou kunnen blijken dat er sprake is van ongelijke behandeling, en er geen bewering of bewijs is ten aanzien van een andere onrechtmatigheidsgrond, rechtvaardigt de vaststelling dat de efficiëntieverbeteringen in het besluit betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT en de efficiëntieverbeteringen in het bestreden besluit anders zijn beoordeeld, niet de conclusie dat er sprake is van de ongelijkheid die UPS beweert te hebben ervaren. Bijgevolg moet het betoog van UPS op dit punt worden afgewezen, zonder dat de verzoeken van UPS om een maatregel van instructie te gelasten, hoeft te worden ingewilligd.

4) Situatie van FedEx

i) Nauwe concurrentie tussen FedEx en UPS

300 UPS betoogt dat de Commissie, door in het bestreden besluit te concluderen dat UPS, TNT en DHL, anders dan FedEx, nauwe concurrenten waren, een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht heeft begaan. Deze conclusie was gebaseerd op de veronderstelling dat DHL zich zou aanpassen aan de prijsstijgingen die zouden voortvloeien uit de concentratie tussen UPS en TNT, maar dat FedEx deze niet zou kunnen tegenwerken. Volgens UPS beschikte de Commissie over geen enkele grondslag om te kunnen concluderen dat de prijzen zouden stijgen als gevolg van de concentratie tussen UPS en TNT. Uit de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen en uit de analyse van de efficiëntieverbeteringen is juist gebleken dat de concentratie gunstig zou zijn voor de mededinging.

301 UPS herinnert eraan dat zij dit in het kader van het derde middel van haar beroep in zaak T-194/13 heeft aangevoerd en dat zij heeft aangetoond dat de Commissie de antwoorden op de vragenlijst met betrekking tot de markt niet nauwkeurig heeft onderzocht, met name met betrekking tot de Tsjechische, de Bulgaarse, de Deense en de Maltese markt. Het feit dat de Commissie weigert uit te leggen waarom de antwoorden op de vragenlijst voor deze lidstaten een reden vormden voor de vaststelling dat de daadwerkelijke mededinging significant zou worden belemmerd, maakt het onmogelijk om de bewijsdrempel te begrijpen die voor een dergelijke vaststelling is vereist. UPS legt in het stadium van de repliek een verslag over van de antwoorden die grote en kleine afnemers hebben gegeven op het marktonderzoek van fase II voor de Bulgaarse, de Tsjechische, de Deense en de Maltese markt, die bevestigen dat niet redelijkerwijs kon worden geconcludeerd dat FedEx geen nauwe concurrent van UPS was.

302 UPS verwijt de Commissie TNT wel als een nauwe concurrent van UPS te hebben beschouwd, maar FedEx niet. Zelfs met betrekking tot de Tsjechische markt, waarvoor de analyse van de Commissie volgens haarzelf bijzonder sterk was, geven de antwoorden op de vragenlijst ondubbelzinnig aan dat er geen enkel bewijs was dat UPS en TNT nauw met elkaar concurreerden. Uit de antwoorden blijkt juist dat de ondernemingen UPS alsmede TNT, FedEx en DHL wegens bepaalde kenmerken van de aangeboden diensten volledig substitueerbaar achtten, of dat haar meest nauwe concurrenten of de concurrenten van TNT geen diensten met die kenmerken leverden. Hetzelfde geldt voor de Bulgaarse, de Deense en de Maltese markt.

303 Het is belangrijk eraan te herinneren dat de Commissie in het bestreden besluit, na tot de conclusie te zijn gekomen dat de markt voor expresleveringen van kleine pakketten binnen de EER werd gedomineerd door vier integratoren, te weten DHL, UPS, TNT en FedEx (overweging 510 van het bestreden besluit), heeft gemeend dat van deze ondernemingen FedEx een veel zwakkere en veel minder nauwe concurrent was van UPS, TNT en DHL. De Commissie heeft zich gebaseerd op de omzet van FedEx op de markt binnen de EER (overwegingen 513-517 van het bestreden besluit), haar dekking van de markt voor expresleveringen van kleine pakketten binnen de EER (overwegingen 518-527 van het bestreden besluit) en haar zwakke netwerk binnen de EER ten opzichte van de netwerken van de drie andere integratoren (overwegingen 528-533 van het bestreden besluit). Voorts heeft de Commissie opgemerkt dat FedEx, die op een kleinere schaal opereerde, beduidend hogere ophaal- en bezorgkosten had dan haar concurrenten, waardoor haar vermogen om concurrentiedruk op de markt uit te oefenen beperkt werd, niettegenstaande de vaststelling in 2011 van een organisch uitbreidingsplan dat zich uitstrekte tot 2017 (overwegingen 534-546 en 599-625 van het bestreden besluit).

304 De Commissie heeft bovendien gewezen op de geringe aanwezigheid van FedEx op de binnenlandse markten en op het gebied van uitgestelde levering (overwegingen 547-552 van het bestreden besluit), terwijl haar aanwezigheid beduidend sterker was in het segment van diensten naar landen buiten de EER (overwegingen 553-564 van het bestreden besluit). Deze elementen zijn bevestigd door het marktonderzoek, waaruit blijkt dat de afnemers FedEx als een zwakkere integrator zien dan de andere integratoren op de markt voor expreslevering binnen de EER (overwegingen 565-576 en 590-598 van het bestreden besluit), en door de verklaringen van haar concurrenten (overwegingen 578-589 van het bestreden besluit).

305 Het bestreden besluit toont aan dat UPS en TNT nauwe concurrenten zijn, hetgeen in contrast staat met de situatie van FedEx (overwegingen 631-702 van het bestreden besluit). Ter onderbouwing van deze vaststelling heeft de Commissie zich gebaseerd op de antwoorden die de afnemers hebben gegeven op het marktonderzoek (overwegingen 636-652 van het bestreden besluit), en op de gelijkenissen tussen DHL, UPS en TNT wat de dienstenaanbiedingen en de dekking betreft (overwegingen 653-659 van het bestreden besluit). Volgens dit laatste criterium is FedEx op 21 markten binnen de EER de zwakste van deze vier ondernemingen en bedraagt het verschil tussen FedEx en haar meest nauwe concurrent op 17 van deze markten ten minste 20 procentpunten (overweging 654 van het bestreden besluit).

306 De Commissie heeft ook gewezen op de gelijkenissen tussen UPS en TNT wat betreft het dienstenaanbod van vroege bezorging (overwegingen 660-665 van het bestreden besluit), en op de kwalitatieve kenmerken van de aangeboden diensten (overweging 666 van het bestreden besluit). Wat de marktprocedures betreft, heeft de Commissie benadrukt dat DHL, UPS en TNT nauwe concurrenten waren, terwijl FedEx zich in een verder verwijderde concurrentiepositie bevond (overwegingen 667-684 van het bestreden besluit).

307 De Commissie heeft de conclusies weerlegd die waren getrokken uit een analyse die TNT had gemaakt van de door haar voormalige afnemers verstrekte informatie over de vraag welke ondernemingen concurrerende diensten aanboden, aangezien zij van mening was dat dit opinieonderzoek van beperkt nut was wegens de beperkingen die inherent waren aan de gebruikte methodiek (overwegingen 685-701 van het bestreden besluit).

308 In de overwegingen 705 tot en met 707 van het bestreden besluit heeft de Commissie de opmerkingen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar afgewezen waarmee UPS aanvoerde dat bij de analyse van de nauwe mededinging onvoldoende rekening was gehouden met de invloed die de differentiatie van de diensten heeft op de representativiteit van de marktaandelen als indicator voor de nauwe mededinging, maar ook met de verschuivingsratio's van de concurrenten en het ontbreken van een kwantificering van het aantal afnemers waarvoor DHL geen haalbaar alternatief zou zijn ten nadele van haarzelf en TNT.

309 Ten slotte heeft de Commissie in de overwegingen 708 tot en met 711 van het bestreden besluit bepaalde aanvullende argumenten weerlegd die UPS in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had aangevoerd met betrekking tot de analyse van de nauwe mededinging. UPS betoogde namelijk dat zij geen nauwe concurrent van TNT was, aangezien de twee ondernemingen fundamenteel verschillende profielen hadden. Zij verweet de Commissie een binaire benadering („in" of „out") te hebben gevolgd en zich uitsluitend te hebben gericht op het lange-afstandssegment van de markt.

310 UPS heeft kritiek op de beoordeling door de Commissie van de antwoorden op de vragenlijsten betreffende de Bulgaarse, de Tsjechische, de Deense en de Maltese markt. Zelfs indien wordt aangetoond dat er fouten zijn gemaakt, kan evenwel worden volstaan met de vaststelling dat, op basis van alle zojuist in herinnering gebrachte elementen van het bestreden besluit, de vragenlijsten betreffende de markt slechts één van de elementen vormen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd. Ofschoon via dergelijke onderzoeken in kaart kan worden gebracht welk beeld verbruikers of producenten hebben van hun respectieve posities en daaromtrent gegevens kunnen worden verzameld, is het nut van deze onderzoeken gelegen in het feit dat zij een aanvulling kunnen vormen op en het inzicht kunnen verbeteren in objectieve elementen zoals marktaandelen, netwerkdichtheid of aanbodstructuur, zonder deze elementen echter te kunnen vervangen. Gesteld al dat kan worden vastgesteld dat er een beoordelingsfout is gemaakt bij de analyse van de antwoorden op de vragenlijsten betreffende deze vier markten, kan een dergelijke fout in elk geval niet afdoen aan de andere elementen op basis waarvan de Commissie heeft geconcludeerd dat FedEx geen nauwe concurrent van UPS, TNT en DHL was, welke elementen UPS overigens niet heeft betwist.

311 Geen van de door UPS in het kader van het onderhavige beroep aangevoerde argumenten kan derhalve afdoen aan de juistheid van de beoordeling van de nauwe concurrentie van FedEx.

ii) Uitbreidingsplannen van FedEx

312 UPS betwist de redenen waarom de Commissie van mening was dat het weinig waarschijnlijk was dat FedEx in Europa zodanig zou groeien dat de gevolgen van de concentratie tussen haarzelf en TNT, die een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in 15 lidstaten zou veroorzaken, teniet zou worden gedaan. UPS zet haar argumenten over elk van de zes onderstaande punten met betrekking tot de rol van FedEx meer in detail uiteen.

– *Groei van FedEx in Europa*

313 Volgens UPS was het onjuist dat de Commissie in overweging 611 van het bestreden besluit heeft verklaard dat de uitbreidingsplannen van FedEx in Europa afnamen. Deze beoordeling is volgens haar rechtstreeks in tegenspraak met de verklaringen van de leidinggevenden van FedEx van 19 juni 2012 en 9 en 10 oktober 2012, volgens welke FedEx verwachtte dat zij vanaf het einde van het boekjaar 2015 bijna 75 % van de 350 miljoen US-dollar (USD) extra winst uit haar internationale activiteiten zou halen. UPS benadrukt dat, wegens de regeling die in de Verenigde Staten van toepassing is op effecten, bijzonder belang moet worden gehecht aan dergelijke publieke verklaringen.

314 Het is juist dat verklaringen van leidinggevenden van ondernemingen aan investeerders relevante aanwijzingen kunnen vormen voor de beoordeling van de gevolgen van een voorgenomen concentratie. De omstandigheid dat deze verklaringen binnen de werkingssfeer vallen van een regeling voor effecten die onder meer de juistheid van de verklaringen beoogt te verzekeren, in voorkomend geval op straffe van sancties, betekent evenwel niet dat de Commissie op grond van deze regeling gehouden is ervan uit te gaan dat dergelijke verklaringen juist zijn of geloofwaardig. De Commissie dient immers – zoals met betrekking tot elk ander relevant gegeven – met de nodige zorgvuldigheid te werk te gaan om de relevantie, maar ook de geloofwaardigheid en de controleerbaarheid van dergelijke verklaringen te onderzoeken met het oog op de procedure van controle op concentraties.

315 In casu blijkt uit het dossier dat de Commissie kennis heeft genomen van de verklaringen van leidinggevenden van FedEx aan investeerders, waarin de voortgang en de prognoses van de uitbreidingsplannen in bewoordingen werden beschreven die optimistischer waren dan de bewoordingen die tot dan toe werden gebezigd in het kader van de procedure betreffende de fusie tussen UPS en TNT. Gelet op deze door UPS aangevoerde tegenstrijdigheid heeft de Commissie FedEx verzocht om aanvullende informatie, met name over de verklaringen van oktober 2012 (documenten met referenties ID 7399 en 7400), een verzoek waaraan FedEx heeft voldaan (document met referentie ID 7418). De Commissie heeft UPS beperkte toegang verleend tot dit vertrouwelijke antwoord via datarooms die op 26 en 29 oktober 2012 zijn georganiseerd.

316 De Commissie heeft haar onderzoek voortgezet en FedEx op 16 november 2012 verzocht om aanvullende informatie (verzoek met referentie Q30) over de wijzigingen in de uitbreidingsplannen, en om het laatste voortgangsrapport van deze aan de directie voorgelegde plannen. In haar antwoord van 19 november 2012 heeft FedEx bevestigd dat haar oorspronkelijke doelstellingen niet zouden worden gehaald, enerzijds omdat zij berustten op aannamen die te optimistisch waren gebleken, en anderzijds wegens een verslechtering van haar resultaten en economische omstandigheden.

317 Vastgesteld moet worden dat FedEx blijkens dit antwoord haar doelstellingen inzake marktaandelen en omzet voor de markt van de diensten binnen de EER naar beneden heeft bijgesteld. Hieruit volgt dat de aan FedEx toegeschreven verklaringen in overweging 611 van het bestreden besluit precies overeenstemmen met de bewoordingen in het antwoord van FedEx van 19 november 2012, waartoe UPS in het stadium van de letter of facts in niet-vertrouwelijke vorm toegang heeft gehad.

318 Tevens moet worden opgemerkt dat de verklaringen van de leidinggevenden van FedEx waarop UPS zich beroept, geen betrekking hadden op de relevante markt, maar op alle activiteiten van FedEx, met uitzondering van de Verenigde Staten. Anders dan UPS stelt, zijn deze verklaringen die de leidinggevenden van FedEx in het kader van hun periodieke ontmoetingen met de investeerders hebben afgelegd, niet in tegenspraak met en doen zij niet af aan de bewijskracht van de door de Commissie verzamelde gegevens die ertoe strekken aan te tonen dat FedEx moeilijkheden ondervond bij de uitvoering van haar organische uitbreidingsplan.

319 Het betoog van UPS is ongegrond en moet derhalve worden afgewezen.

– *Verschil in kosten tussen FedEx en haar concurrenten*

320 UPS verwijt de Commissie in overweging 545 van het bestreden besluit te hebben geoordeeld dat FedEx door haar ophaal- en bezorgkosten wordt belet om op middellange termijn met UPS te concurreren. UPS stelt dat:

– de Commissie enkel de verklaringen van FedEx heeft gevolgd zonder het onderliggende bewijs te onderzoeken;

– de ophaal- en bezorgkosten slechts een fractie vormen van de relevante kosten binnen de EER, en er derhalve geen enkele logische reden was om deze kosten afzonderlijk te onderzoeken, terwijl bijvoorbeeld de kosten van het luchtvervoer van FedEx waarschijnlijk in de buurt van haar kosten liggen;

– het door de Commissie aangevoerde verschil in kosten in tegenspraak is met het feit dat er sprake is van 14 nationale markten waar de daadwerkelijke mededinging niet significant zou worden belemmerd.

321 Er zij evenwel aan herinnerd dat de Commissie in overweging 545 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat FedEx in het kader van haar organische uitbreidingsplan van 2011 is begonnen te investeren in nieuwe infrastructuur zoals sorteercentra, teneinde haar totale capaciteit te vergroten en een geografische dekking en een netwerkdichtheid te bereiken waardoor ze haar kosten kon verlagen. Uit het antwoord van FedEx van 19 november 2012 blijkt dat zij verwachtte dat haar ophaal- en bezorgkosten, ondanks deze investeringen, veel hoger zouden blijven dan die van haar concurrenten.

322 Anders dan UPS stelt, blijkt uit het bestreden besluit dat de analyse van de Commissie is gebaseerd op een reeks factoren die het verschil in verwerkingskosten per eenheid tussen FedEx en haar concurrenten kunnen bevestigen, welk verschil uiteraard kan worden afgeleid uit de relatieve zwakke netwerkdekking en netwerkdichtheid. De Commissie heeft zich aldus gebaseerd op interne documenten van FedEx die als bijlage bij haar antwoord van 19 november 2012 waren verstrekt. Zoals blijkt uit de overwegingen 535 en 536 van het bestreden besluit, heeft de Commissie zich ook gebaseerd op interne databanken met betrekking tot commerciële voorstellen van FedEx en aanbestedingen waarop zij heeft gereageerd, zodat aan de hand van deze databanken kon worden beoordeeld of de prijzen van FedEx concurrerend waren ten opzichte van die van haar concurrenten.

323 Gelet op de objectieve verschillen in aard en functie tussen deze twee soorten netwerken, lijkt het niet onlogisch dat de Commissie zich veeleer op het PUD-netwerk heeft geconcentreerd in plaats van op het luchtnetwerk om de verschillen in concurrentievermogen tussen FedEx en haar concurrenten in het licht te stellen. Het feit dat UPS erop wijst dat haar luchtvervoerskosten waarschijnlijk dicht in de buurt liggen van de kosten van FedEx, lijkt deze analyse overigens te bevestigen.

324 Ten slotte moet worden vastgesteld dat de kwestie van het verschil in kosten tussen FedEx en haar concurrenten slechts een van de factoren is bij de beoordeling van de capaciteit en de prikkels van deze onderneming om te reageren op een prijsstijging van de uit de fusie tussen UPS en TNT voortgekomen entiteit. Dit verschil in kosten is geen directe oorzaak van de vaststelling dat er sprake is van een significante belemmering, maar een aanwijzing aan de hand waarvan kan worden nagegaan waarom het niet erg waarschijnlijk was dat FedEx in Europa zodanig zou groeien dat de gevolgen van de concentratie tussen UPS en TNT in korte tijd teniet zouden worden gedaan. Bijgevolg berust het argument van UPS dat de analyse van de ophaal- en bezorgkosten van FedEx in tegenspraak is met het feit dat op 14 nationale markten geen sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, dus op een onjuiste premisse.

325 Bijgevolg moet het betoog van UPS worden afgewezen.

– *Verwachte volumegroei van FedEx*

326 UPS verwijt de Commissie dat zij zich in overweging 614 van het bestreden besluit ertoe heeft beperkt de groeiprognoses van FedEx buiten beschouwing te laten, omdat moeilijk met zekerheid kon worden voorzien of haar groeistrategie zou slagen, zonder de kans op succes van deze strategie grondig te hebben geanalyseerd.

327 Dit argument van UPS berust echter op een onjuiste lezing van het bestreden besluit. Zoals hierboven is uiteengezet met betrekking tot de groei van FedEx in Europa en het verschil in kosten tussen FedEx en haar concurrenten, heeft de Commissie een diepgaande analyse verricht van de waarschijnlijke gevolgen van de uitvoering van het uitbreidingsplan van FedEx en van de bereidheid van FedEx om haar uitbreidingsplannen na de concentratie tussen UPS en TNT voort te zetten of zelfs te versnellen, op basis van de documenten van FedEx waartoe UPS toegang had kunnen hebben of waartoe zij in de administratieve procedure daadwerkelijk toegang heeft gehad, al was het maar in beperkte vorm.

328 Dat argument moet derhalve worden afgewezen.

– *Landen waarop FedEx zich in de eerste fase van haar uitbreidingsplannen niet richt*

329 UPS verwijt de Commissie dat zij in overweging 613 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat FedEx had besloten om bepaalde landen (zoals Bulgarije) niet op te nemen in de eerste uitbreidingsfase omdat de infrastructuur er niet voldoende ontwikkeld was. Aangezien er geen verifieerbaar bewijs was en UPS niet de gelegenheid was geboden om zich gedurende de administratieve procedure over deze „eerste fase" uit te spreken, had deze analyse niet in het bestreden besluit mogen worden opgenomen.

330 Met dit betoog komt UPS enkel op tegen de in punt 613 van het bestreden besluit vermelde feitelijke elementen, op grond dat dit besluit berust op bewijs waartoe zij geen volledige toegang beweert te hebben gehad. Deze gegevens betreffende de verschillende fasen van het uitbreidingsplan van FedEx zijn echter aan UPS meegedeeld in de letter of facts en in de vorm van tabellen die waren bijgevoegd. Het is juist dat de meeste cijfermatige gegevens zijn weggelaten wegens de vertrouwelijkheid ervan. Sommige gegevens daarvan zijn echter vervangen door vermeldingen in de vorm van waardeverschillen, zodat over een orde van grootte kon worden beschikt. Uit de letter of facts bleek zo dat FedEx niet voornemens was om in de komende twee jaar nieuwe sorteercentra in Bulgarije te openen of om haar verwerkingscapaciteit te verhogen.

331 De Commissie heeft daaraan toegevoegd dat de plannen van FedEx thans minder ver reiken dan de oorspronkelijke plannen en heeft dienaangaande cijfers verstrekt. Hoewel deze gegevens zijn verstrekt in de vorm van waardeverschillen, zijn zij voldoende nauwkeurig om UPS in staat te stellen de betekenis ervan te begrijpen. Voor het overige wordt het betoog van UPS niet ondersteund door enig gegeven, feitelijk of rechtens, op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan die tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kan leiden. Derhalve moet het betoog van UPS worden afgewezen.

– *Bestemmingen van FedEx*

332 UPS betwist de beoordeling van de Commissie in overweging 1008 van het bestreden besluit dat FedEx wegens haar geringe aantal bestemmingen geen significante concurrentiedruk kon uitoefenen op de uit de concentratie tussen UPS en TNT voortgekomen entiteit. Deze beoordeling is volgens UPS onjuist. De Commissie heeft geen rekening gehouden met de plannen van FedEx, die vanaf 2015 meer commerciële bestemmingen binnen de EER wilde bestrijken dan UPS.

333 Vastgesteld moet echter worden dat het betoog van UPS enkel het bestaan van een beoordelingsfout ten aanzien van „met name” overweging 1008 van het bestreden besluit aan de kaak stelt, zonder evenwel aan te geven welke andere overwegingen ook door deze fout zouden zijn aangetast. Afgezien van deze onnauwkeurigheid voert UPS geen enkel element, feitelijk of rechtens, aan waaruit blijkt dat overweging 1008 van het bestreden besluit een fout bevat op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan die tot aansprakelijkheid van de Unie kan leiden. Bijgevolg moet dit betoog van UPS worden afgewezen.

– *Analyse per land*

334 UPS is van mening dat de analyse per land die de Commissie heeft verricht in punt 7.11 van het bestreden besluit niet de conclusie wettigt dat FedEx geen doeltreffende concurrentiedruk uitoefent in een specifiek land. De Commissie heeft zich beperkt tot enkele opmerkingen die ontoereikend waren gemotiveerd omdat zij vaag of oppervlakkig waren en hoe dan ook onjuist. Als voorbeeld voert UPS de analyse van Zweden aan, waarvan de beoordeling in het bestreden besluit in tegenspraak is met het feit dat FedEx volgens alle destijds beschikbare prognoses in 2015 een dekkingsgraad en een marktaandeel verwachtte te bereiken die hoger waren dan of gelijk waren aan die van TNT.

335 Vastgesteld moet echter worden dat, anders dan UPS stelt, punt 7.11 van het bestreden besluit een gedetailleerde en uitvoerige analyse bevat van alle relevante elementen op basis waarvan de Commissie tot de conclusie heeft kunnen komen dat er sprake was van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Het door UPS aangehaalde voorbeeld van de prognoses van FedEx met betrekking tot de Zweedse markt kan hoe dan ook niet afdoen aan de vaststelling van de Commissie dat de concurrentiedruk van FedEx op een aantal nationale markten relatief zwak is ten opzichte van die van DHL en ten opzichte van die van een entiteit die uit UPS en TNT voortkomt. Het betoog van UPS bevat louter vage en algemene kritiek op deze analyse. Aangezien er geen gegevens zijn, feitelijk of rechtens, op grond waarvan kan worden geoordeeld dat deze analyse gebrekkig is, zodat kan worden geoordeeld dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan die tot aansprakelijkheid van de Unie kan leiden, moet dit betoog worden afgewezen.

d) Conclusies over de gestelde onrechtmatigheden

336 Uit het voorgaande volgt dat van het geheel van de gestelde onrechtmatigheden alleen die inzake het feit dat het econometrische model niet is medegedeeld, voldoende gekwalificeerd is om tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te kunnen leiden.

3. Causaal verband

337 UPS betoogt in wezen dat de Commissie de voorgenomen concentratie niet had kunnen verbieden. UPS stelt dat zij deze concentratie na de overname van TNT door FedEx niet meer kon aanmelden. In het kader van het onderhavige beroep zou het aan UPS zijn om te bewijzen dat de Commissie de concentratie tussen haar en TNT niet op basis van het administratieve dossier onverenigbaar kon verklaren. Er zou een onmogelijke bewijslast op haar worden gelegd wanneer werd geëist dat zij aantoont dat de Commissie een verenigbaarheidsbesluit zou hebben vastgesteld.

338 UPS stelt dat zij recht heeft op vergoeding van alle schade die zij ten gevolge van de vaststelling van het bestreden besluit heeft geleden. Deze vergoeding dekt de kosten die zij niet zou hebben gehad indien dit besluit niet was vastgesteld, en de daaruit voortvloeiende winstderving, waarvan zij het bedrag raamt op 1 638 miljoen EUR, na belastingen, hetgeen overeenkomt met de nettowaarde van de synergieën van de voorgenomen concentratie.

339 UPS stelt dat zij contractueel verplicht was TNT schadeloos te stellen op grond van een in het economisch verkeer gebruikelijke beëindigingsclausule. UPS herinnert eraan dat haar overnamebod niet kon worden uitgevoerd, omdat niet was voldaan aan de opschortende voorwaarde dat de concentratie door de Commissie moest worden goedgekeurd. Bijgevolg heeft zij TNT een beëindigingsvergoeding van 200 miljoen EUR moeten betalen, hetgeen na belastingen een bedrag aan nettokosten omvatte van 131 miljoen EUR. Voorts moet 29 miljoen EUR aan vermeden transactiekosten in mindering worden gebracht op de waarde van de gestelde schade.

340 UPS stelt dat zij 3 708 813,61 EUR aan juridische kosten heeft gemaakt voor haar interventie in de procedure van controle op de concentratie tussen FedEx en TNT, hetgeen neerkomt op een schadepost na belastingen van 2,4 miljoen EUR.

341 Er zij aan herinnerd dat de in artikel 340, tweede alinea, VWEU gestelde voorwaarde van een causaal verband betrekking heeft op het bestaan van een voldoende direct oorzakelijk verband tussen het gedrag van de instellingen van de Unie en de schade, welk verband door de verzoeker dient te worden bewezen, zodat het verweten gedrag de doorslaggevende oorzaak van de schade moet zijn (arrest van 13 december 2018, Europese Unie/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punt 52).

342 In casu voert UPS drie afzonderlijke schadeposten aan waarvan zij vergoeding vordert vanwege het feit dat het onmogelijk is om de voorgenomen concentratie uit te voeren, te weten, ten eerste, de kosten in verband met haar deelname aan de procedure van controle op de concentratie tussen FedEx en TNT, ten tweede, de betaling aan TNT van een contractuele beëindigingsvergoeding en, ten derde, de winstderving. UPS betoogt kort gezegd dat de onrechtmatigheden waarvan zij het bestaan heeft aangevoerd, de rechtstreekse oorzaak van deze drie schadeposten vormen.

343 Allereerst is de deelname van UPS aan de procedure van controle op de concentratie tussen FedEx en TNT duidelijk het gevolg van haar vrije keuze. Dit is geen rechtstreeks gevolg van het bestreden besluit, laat staan een schending van haar procedurele rechten. Bijgevolg kunnen noch de schending van haar procedurele rechten noch de andere door haar gestelde schendingen worden beschouwd als de doorslaggevende oorzaak van de schade die is ontstaan door de kosten die zij heeft gemaakt bij haar deelname aan de procedure betreffende de concentratie tussen FedEx en TNT. De vordering tot vergoeding van deze schade moet derhalve worden afgewezen.

344 Wat betreft de beëindigingsvergoeding staat vast dat de betaling van deze vergoeding voortkomt uit een contractuele verplichting die voortvloeit uit de bewoordingen van de fusieovereenkomst tussen UPS en TNT van 19 maart 2012 (bijlage C.3 bij de repliek).

345 In deze overeenkomst is namelijk bepaald (clausule in punt 4.3.b van de overeenkomst) dat het openbaar overnamebod van UPS met betrekking tot de aandelen van TNT is gedaan onder de opschortende voorwaarde dat de Commissie hieromtrent een positief besluit zou nemen. Indien niet aan deze voorwaarde was voldaan, diende UPS hiervan melding te maken. Het niet vervullen van deze opschortende voorwaarde vormde ook een reden voor beëindiging van de

fusieovereenkomst (clausule in punt 15.1.c van de overeenkomst), op basis waarvan TNT – nadat zij UPS in kennis had gesteld van de beëindiging van die overeenkomst – op eerste verzoek de betaling van een beëindigingsvergoeding van 200 miljoen EUR van UPS kon verkrijgen (clausule in punt 16 van de overeenkomst).

346 Deze contractuele verbintenis vloeit voort uit de bereidheid van partijen om, naar eigen goeddunken, het risico dat de voorgenomen concentratie niet vooraf door de Commissie wordt goedgekeurd onderling te verdelen, welk risico volgens het Hof inherent is aan elke procedure van controle op concentraties (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punt 203).

347 Er is reeds geoordeeld dat de schadelijke gevolgen van door de adressaat van een besluit van de Commissie vrijwillig aangegane contractuele verplichtingen niet de doorslaggevende oorzaak kunnen vormen van de schade die is geleden als gevolg van de onrechtmatigheden in dat besluit (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punt 205)

348 Wanneer een besluit waarbij een geldboete wordt opgelegd bepaalt dat, tot uitspraak over het tegen dit besluit ingestelde beroep is gedaan, een zekerheid kan worden gesteld ter waarborging van de betaling van die boete en vertragingsrente, vloeit de schade in de vorm van de kosten die met deze borg gepaard gaan, evenzo niet voort uit dat besluit, maar is deze het gevolg van de eigen keuze van de belanghebbende om een zekerheid te stellen, veeleer dan de verplichting tot betaling onmiddellijk uit te voeren. In die omstandigheden heeft het Hof vastgesteld dat er geen enkel rechtstreeks causaal verband was tussen de aan de Commissie verweten gedraging en de gestelde schade [zie in die zin arresten van 28 februari 2013, Inalca en Cremonini/Commissie C-460/09 P, EU:C:2013:111, punten 118 en 120, en 21 april 2005, Holcim (Deutschland)/Commissie, T-28/03, EU:T:2005:139, punt 123, en beschikking van 12 december 2007, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-113/04, niet gepubliceerd, EU:T:2007:377, punt 38].

349 Deze oplossing is van toepassing wanneer de gestelde schade, in soortgelijke omstandigheden, niet voortvloeit uit het stellen van een bankgarantie, maar uit het aanhouden ervan, welke schade voortvloeit uit de eigen keuze van de onderneming om deze garantie niet te beëindigen ondanks de daaraan verbonden financiële consequenties (zie in die zin arrest van 13 december 2018, Europese Unie/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punt 59).

350 Aangezien de betaling door UPS van een beëindigingsvergoeding van 200 miljoen EUR ten gunste van TNT rechtstreeks voortvloeit uit de overeenkomst tussen deze twee ondernemingen, is niet aangetoond dat de schending van de procedurele rechten van UPS of de andere door haar gestelde schendingen de doorslaggevende oorzaak daarvan zijn. De vordering tot vergoeding van deze schade moet derhalve worden afgewezen.

351 Wat ten slotte de schade betreft die verband houdt met de winstderving ten gevolge van het feit dat de voorgenomen concentratie niet kon worden uitgevoerd, verduidelijkt UPS, naar aanleiding van schriftelijke en mondelinge vragen van het Gerecht, dat deze schade overeenkomt met de nettowaarde van de synergieën die zij door middel van deze concentratie verwachtte tot stand te brengen, of althans overeenkomt met het verlies van een kans om dergelijke synergieën tot stand te brengen.

352 De Commissie betwist dat het betoog inzake het verlies van een kans ontvankelijk is en stelt dat het verzoekschrift niet was gebaseerd op een dergelijke bewering, maar op de zekerheid dat de winst die uit de verwachte synergieën moest voortvloeien was ontnomen.

353 Zoals blijkt uit het verzoekschrift, betoogt verzoekster dat zij, zonder een of meer van de gestelde schendingen, TNT zou hebben verworven en de uit de concentratie voortvloeiende voordelen zou hebben verwezenlijkt. Zij beroept zich op een schade ten bedrage van 1 638 miljoen EUR „die de nettowaarde na belastingen vertegenwoordigt van kostensynergieën die verloren zijn gegaan als gevolg van het verbod op de concentratie". Verzoeksters vordering tot schadevergoeding is dus gebaseerd op de overtuiging dat de onrechtmatigheden van het bestreden besluit haar hebben belet TNT te verwerven in het kader van de betrokken concentratie. Een dergelijke vordering moet aldus worden uitgelegd dat zij is bedoeld ter compensatie van het zekere verlies van de kostensynergieën, niet ter compensatie van het verlies van de kans om de transactie te sluiten. Daaraan doet niet af dat verzoekster in antwoord op vragen van het Gerecht heeft verklaard dat de schadevordering in zekere zin ook ziet op het verlies van de kans. Deze nieuwe schadevordering is tardief aangevoerd en bijgevolg niet-ontvankelijk (zie in die zin arrest van 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/EIB, T-461/08, EU:T:2011:494, punt 210).

354 Wat de materiële schade betreft die verband houdt met de winstderving waarvan UPS vergoeding vordert, is doorslaggevend of de schending van de procedurele rechten van UPS de oorzaak van die schade vormt.

355 Er kan echter niet van worden uitgegaan dat de concentratie verenigbaar zou zijn verklaard met de interne markt indien de procedurele rechten van UPS niet waren geschonden. Bij het onderzoek van het causaal verband mag immers niet worden uitgegaan van de onjuiste premisse dat de instelling, zonder de onwettige handeling, niets zou hebben gedaan of juist een tegengestelde handeling zou hebben vastgesteld, wat ook onrechtmatig zou kunnen zijn. Dat onderzoek vergt integendeel een vergelijking tussen de situatie waarin de betrokken derde als gevolg van de onrechtmatige handelwijze is komen te verkeren, en die welke voor hem zou zijn ontstaan indien de instelling de rechtsregel had gerespecteerd (arrest van 11 juli 2007, Schneider Electric/Commissie, T-351/03, EU:T:2007:212, punt 264).

356 Het feit dat het bestreden besluit nietig is verklaard doordat het econometrische model niet is meegedeeld, betekent dus niet dat de Commissie zonder die onregelmatigheid verplicht zou zijn geweest de concentratie tussen UPS en TNT verenigbaar met de interne markt te verklaren.

357 Dit betekent dat wanneer de rechten van de verdediging zijn geschonden bij de totstandkoming van een besluit waarbij een fusie van ondernemingen onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, niet mag worden aangenomen dat de aangemelde concentratie zonder die schending uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend verenigbaar zou zijn verklaard. In plaats daarvan moet worden beoordeeld welke gevolgen het vastgestelde gebrek heeft kunnen hebben voor de inhoud van het besluit. Om te bepalen of er tussen de vastgestelde tekortkoming en de gestelde schade een voldoende rechtstreeks causaal verband bestaat, moet dus worden beoordeeld welke gevolgen de schending van de rechten van de verdediging voor het vervolg van de controleprocedure heeft gehad (zie in die zin arrest van 11 juli 2007, Schneider Electric/Commissie, T-351/03, EU:T:2007:212, punten 266 en 268).

358 In casu hebben de gestelde fouten bij de ontwikkeling van het gekozen econometrische model weliswaar ertoe kunnen bijdragen dat de bewijskracht ervan minder sterk is, maar verzoekster heeft niet bewezen, noch gegevens verstrekt op basis waarvan het Gerecht met de vereiste

zekerheid zou kunnen concluderen dat deze fouten volstonden om de gehele economische analyse van de concentratie tussen UPS en TNT en de vaststelling dat er sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging ongeldig te verklaren. Bovendien is het besluit van de Commissie om de voorgenomen concentratie niet goed te keuren, zoals blijkt uit de punten 216 tot en met 226 hierboven, gebaseerd op de economische analyse van verschillende elementen en niet alleen gebaseerd op de analyse op basis van het gebruikte econometrische model. Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat deze schending van de rechten van de verdediging een beslissende invloed heeft gehad op de uitkomst van de procedure van controle op de voorgenomen concentratie.

359 Naast de voorgaande overwegingen zij eraan herinnerd dat een onverenigbaarheidsbesluit hoe dan ook onderworpen blijft aan de controle van de Unierechter (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punt 203).

360 Artikel 10, lid 5, van verordening nr. 139/2004 bepaalt dat, in geval van gerechtelijke nietigverklaring van een besluit van de Commissie, de concentratie opnieuw door de Commissie wordt onderzocht met het oog op het geven van een besluit krachtens artikel 6, lid 1, van deze verordening. Dit mechanisme waarborgt aldus dat de onderneming die een concentratie heeft aangemeld – in verband met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing – een nieuwe beoordeling van de aangemelde concentratie krijgt aangezien deze concentratie hoe dan ook niet zonder voorafgaande controle door de Commissie kan worden uitgevoerd.

361 Indien de onderneming die een concentratie heeft aangemeld, afziet van de concentratie zonder te wachten op een nieuw besluit van de Commissie na afloop van de heropende procedure, is het feit dat zij ervan afziet de rechtstreekse oorzaak van de stopzetting van de concentratie en van de materiële gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien. Dat was de situatie die ten grondslag lag aan het arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). In die zaak heeft de onderneming die een concentratie had aangemeld er de voorkeur aan gegeven om, na de nietigverklaring door het Gerecht van de onverenigbaarheidsbeschikking, de voorgenomen concentratie te beëindigen voordat de heropende procedure zou worden voltooid. Zo is geoordeeld dat het besluit van de onderneming die een concentratie had aangemeld, om de betrokken overdracht daadwerkelijk uit te voeren uit vrees dat zij in het kader van de heropening van de procedure geen verenigbaarheidsbeschikking in verband met de concentratie zou verkrijgen, de rechtstreekse oorzaak was van de gestelde schade bestaande in de waardevermindering van de verkoop na de nietigverklaring van een negatieve beschikking en van een scheidingsbeschikking (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punten 202-205).

362 In casu had de Commissie krachtens artikel 10, lid 5, van verordening nr. 139/2004, na de nietigverklaring van het bestreden besluit, de controleprocedure van de concentratie tussen UPS en TNT moeten hervatten en, ter uitvoering van het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), aan UPS het econometrische model moeten meedelen dat zij voornemens was te gebruiken om het voorzienbare effect van de concentratie op de prijzen te kwantificeren. Voorwaarde was wel dat de Commissie nog steeds bevoegd was om de aangemelde concentratie te controleren. Zonder een concentratie is zij immers niet bevoegd om een besluit krachtens verordening nr. 139/2004 vast te stellen (zie in die zin arrest van 28 september 2004, MCI/Commissie, T-310/00, EU:T:2004:275, punt 96).

363 De fusieovereenkomst verplichtte UPS niet alleen een negatief besluit van de Commissie te melden dat in de weg stond aan de verwezenlijking van de opschortende voorwaarde voor het overnamebod, maar deze overeenkomst (clausule in punt 2.10.b van de overeenkomst) bepaalde in een dergelijk geval ook dat UPS naar eigen goeddunken en onder voorbehoud van de instemming van de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten, haar oorspronkelijke bod kon verlengen met een of meer perioden die de partijen redelijkerwijs noodzakelijk achtten om aan de opschortende voorwaarde van een verenigbaarheidsverklaring door de Commissie te kunnen voldoen. De fusieovereenkomst bood UPS dus de mogelijkheid om haar bod op TNT te verlengen in geval van een onverenigbaarheidsverklaring, en zulks uitsluitend naar eigen goeddunken.

364 UPS heeft bij persbericht van 14 januari 2013 aangekondigd dat zij door de Commissie op de hoogte was gebracht van haar intentie om de voorgenomen concentratie te verbieden. In haar persbericht maakte UPS melding van de verklaringen van haar hoofdbestuurder en gaf zij ondubbelzinnig te kennen dat zij had besloten van de voorgenomen concentratie af te zien. Na de vaststelling van het bestreden besluit heeft UPS bij een tweede persbericht van 30 januari 2013 meegedeeld dat zij haar bod op TNT had ingetrokken en dat beide ondernemingen hadden besloten hun fusieovereenkomst te beëindigen.

365 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat UPS er al vanaf 14 januari 2013, dat wil zeggen meer dan twee jaar voordat FedEx haar overnamebod op TNT aankondigde, van heeft afgezien om TNT te verwerven. De feiten tonen eveneens aan dat UPS hierop nooit is teruggekomen. UPS heeft na het bestreden besluit geen nieuw bod op TNT uitgebracht, en evenmin op het bod van FedEx gereageerd door een concurrerend bod uit te brengen. Gesteld al dat de door de Commissie bij de vaststelling van het bestreden besluit begane onregelmatigheid een winstderving bij UPS heeft kunnen veroorzaken, dan heeft het feit dat deze onderneming afzag van de voorgenomen concentratie zodra het bestreden besluit was bekendgemaakt, dus tot gevolg gehad dat elk rechtstreeks causaal verband tussen deze onregelmatigheid en de gestelde schade is verbroken.

366 UPS betoogt echter dat het, toen het Gerecht het bestreden besluit nietig verklaarde, te laat was om een nieuw bod uit te brengen, aangezien FedEx inmiddels TNT had verworven. Zij is van mening dat de gerechtelijke procedure niet geschikt is voor het onderzoek van besluiten inzake de controle op concentraties.

367 De omstandigheid dat de nietigverklaring van het bestreden besluit na de verwerving van TNT door FedEx plaatsvond, heeft echter geen enkele invloed op het vermeende causale verband tussen de vastgestelde procedurele onrechtmatigheid en de gestelde schade. Naast het feit dat UPS meer dan twee jaar voordat FedEx haar bod op TNT aankondigde, heeft afgezien van haar plan om TNT te verwerven, en op geen enkel moment een concurrerend bod heeft gedaan, moet worden benadrukt dat UPS, gelet op het autonome karakter van de schadevordering, geenszins verplicht was om vooraf een beroep tot nietigverklaring in te stellen.

368 Voorts heeft UPS ter terechtzitting aangevoerd dat zij de concentratie met TNT niet kon voortzetten nadat de Commissie geweigerd had haar goedkeuring te verlenen, gelet op de Nederlandse regeling inzake openbare overnamebiedingen. Opgemerkt zij echter dat het betoog van UPS op dit punt niet is onderbouwd, aangezien UPS ter ondersteuning van haar betoog geen enkele nationale wettekst heeft overgelegd, en dat op basis van dit betoog derhalve niet kan worden geconcludeerd dat UPS buiten haar wil gedwongen is om af te zien van de concentratie met TNT.

369 De kritiek van UPS op het gerechtelijke stelsel van de Unie in het algemeen en op de doeltreffendheid van de rechtsmiddelen op het gebied van controle op concentraties in het bijzonder, wordt door geen enkel juridisch argument gestaafd. Voor zover deze kritiek aldus kan worden begrepen dat daarmee wordt beoogd de rechtmatigheid van het door het VWEU ingestelde stelsel van rechtsmiddelen te betwisten op grond dat het geen doeltreffende rechterlijke bescherming in de zin van artikel 47 van het Handvest biedt, volstaat het eraan te herinneren dat de omstandigheid dat verzoekster niet in staat is aan te tonen dat er sprake is van een onrechtmatige gedraging van de instellingen van de Unie, van vermeende schade en van een causaal verband tussen die gedraging en die schade, niet betekent dat haar daadwerkelijke rechterlijke bescherming is ontnomen (zie in die zin arrest van 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie, C-131/03 P, EU:C:2006:541, punt 84).

370 Bovendien staat het enkel aan de lidstaten om het door het Verdrag ingestelde stelsel van rechtsmiddelen te herzien, aangezien een dergelijke bevoegdheid de bij het Verdrag aan de rechterlijke instanties van de Unie toegekende bevoegdheden overschrijdt (zie in die zin arrest van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, EU:C:2002:462, punten 44 en 45, en beschikking van 24 november 2016, Petraitis/Commissie, C-137/16 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:904, punt 24).

371 Uit een en ander volgt dat niet is aangetoond dat de schending van de procedurele rechten van UPS of de andere door haar gestelde schendingen de doorslaggevende oorzaak van haar vermeende winstderving zijn. De vordering tot vergoeding van deze schade moet derhalve worden afgewezen.

372 Gelet op een en ander moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

IV. Kosten

373 Op grond van artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Volgens artikel 135, lid 2, van dit Reglement kan het Gerecht een partij, ook wanneer zij in het gelijk wordt gesteld, ten dele of zelfs volledig in de kosten verwijzen, indien dit gerechtvaardigd lijkt wegens haar houding, daaronder begrepen haar houding vóór het instellen van het beroep, met name indien door haar toedoen voor de wederpartij kosten zijn opgekomen die naar het oordeel van het Gerecht nodeloos of vexatoir zijn veroorzaakt.

374 Volgens de rechtspraak moet artikel 135, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering worden toegepast wanneer de gedraging van een instelling of een instantie van de Unie heeft bijgedragen tot het ontstaan van het geschil (arresten van 8 juli 2015, European Dynamics Luxembourg e.a./Commissie, T-536/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:476, punt 391, en 23 april 2018, CRM/Commissie, T-43/15, niet gepubliceerd, EU:T:2018:208, punt 105). In de onderhavige zaak heeft de Commissie, door de eindversie van het ter ondersteuning van het bestreden besluit gekozen econometrische model niet mee te delen, UPS in een situatie gebracht waarin zij niet de methodiek kon begrijpen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om de voorzienbare gevolgen van de voorgenomen concentratie voor het prijsniveau te kwantificeren. Nadat het bestreden besluit op haar verzoek nietig is verklaard, heeft UPS het onderhavige beroep ingesteld tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden. Hoewel UPS in het ongelijk is gesteld, is zij niettemin erin geslaagd aan te tonen dat de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van haar procedurele rechten. Derhalve dient de Commissie

overeenkomstig artikel 135, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering te worden verwezen in haar eigen kosten en in een derde van de kosten van UPS en dient UPS te worden verwezen in twee derde van haar eigen kosten.

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in een derde van de kosten van United Parcel Service, Inc.

3) United Parcel Service wordt verwezen in twee derde van haar eigen kosten.

Papasavvas da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 23 februari 2022.

ondertekeningen

Inhoud

I. Voorgeschiedenis van het geding . . . 2

II. Procedure en conclusies van partijen . . . 3

III. In rechte . . . 4

A. Ontvankelijkheid van bepaalde middelen, argumenten en bewijzen . . . 4

1. Onduidelijk betoog van UPS . . . 4

2. Schending van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering . . . 6

a) Ontvankelijkheid van het betoog van UPS inzake schending van de procedurele rechten . . . 6

b) Ontvankelijkheid van het betoog van UPS inzake de onjuiste beoordeling van de invloed van de concentratie op de prijzen . . . 7

1) Punten 34 tot en met 37 van het verzoekschrift . . . 7

2) Verwijzing naar bijlage A.12 bij het verzoekschrift . . . 7

3) Verwijzing naar de bijlagen A.8 en A.9 bij het verzoekschrift en naar de bijlagen C.1 en C.2 bij de repliek . . . 8

4) Punt 84 van het verzoekschrift . . . 9

c) Ontvankelijkheid van het betoog van UPS betreffende de onjuiste beoordeling van de efficiëntieverbeteringen . . . 10

1) Punt 46 van het verzoekschrift . . . 10

2) Verwijzing naar bijlage C.6 bij de repliek . . . 10

3) Verwijzing naar de bijlagen C.7 en C.37 bij de repliek . . . 11

3. Schending van artikel 85 van het Reglement voor de procesvoering . . . 12

a) Ontvankelijkheid van de bijlagen C.6, C.7 en C.37 bij de repliek . . . 12

b) Ontvankelijkheid van de door de Commissie overgelegde rapporten van de deskundige in econometrie . . . 13

B. Ten gronde . . . 14

1. Voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie . . . 14

2. Vermeende onrechtmatigheden . . . 16

a) Schending van de procedurele rechten van UPS . . . 16

1) Niet-mededeling van het gekozen econometrische model 16

2) Niet-mededeling van de criteria voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen 22

3) Niet-mededeling van bepaalde vertrouwelijke documenten van FedEx 25

i) Toegang tot de 484 interne vertrouwelijke documenten van FedEx die op 10 augustus 2012 aan het dossier zijn toegevoegd 29

ii) Toegang tot de door FedEx op 9 en 15 november 2012 overgelegde documenten 30

b) Niet-nakoming van de motiveringsplicht 32

c) Onjuiste beoordelingen van de voorgenomen concentratie 33

1) Analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen 34

i) Niet-inaanmerkingneming van bepaalde gegevens van FedEx 34

ii) Fouten bij de ontwikkeling van het econometrische model van de Commissie 34

2) Efficiëntieverbeteringen 40

i) Voorafgaande opmerkingen 40

ii) Beoordeling van de door UPS gestelde efficiëntieverbeteringen 41

– Luchtnetwerk en grondafhandelingsdiensten in Europa (vierde jaar) . . . 42

– Administratieve kosten 43

– Trans-Atlantisch luchtvervoer 44

– Vervoer voor rekening van derden 45

– Wegvervoer via netwerkverbindingen 45

– Vestigingen 46

– PUD-netwerk 47

– Externe dienstverleners 49

3) Ongelijke behandeling ten opzichte van de concentratie tussen FedEx en TNT . 51

4) Situatie van FedEx 53

i) Nauwe concurrentie tussen FedEx en UPS 53

ii) Uitbreidingsplannen van FedEx 55

– Groei van FedEx in Europa 55

– Verschil in kosten tussen FedEx en haar concurrenten 56

– Verwachte volumegroei van FedEx 57

– Landen waarop FedEx zich in de eerste fase van haar uitbreidingsplannen niet richt 58

– Bestemmingen van FedEx 58

– Analyse per land 59

d) Conclusies over de gestelde onrechtmatigheden 59

3. Causaal verband 59

IV. Kosten 65