ARREST VAN HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

23 februari 2022 *

„Niet-contractuele aansprakelijkheid – Mededinging – Internationale intra-EER-expreslevering van kleine pakketten – Concentratie – Besluit waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt – Nietigverklaring van het besluit bij arrest van het Gerecht – Algemene verwijzing naar andere stukken – Middelen of grieven die door een derde in een andere zaak zijn aangevoerd – In repliek aangevoerd bewijsmateriaal – Geen rechtvaardiging voor de vertraging – Niet-ontvankelijkheid – Voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die particulieren rechten toekent”

In zaak T-540/18,

ASL Aviation Holdings DAC, gevestigd te Swords (Ierland),

ASL Airlines (Ireland) Ltd, gevestigd te Swords,

vertegenwoordigd door N. Travers, SC, H. Kelly, K. McKenna en R. Scanlan, solicitors,

verzoeksters,

tegen

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

verweerster,

betreffende een verzoek krachtens artikel 268 VWEU strekkende tot vergoeding van de schade die verzoeksters stellen te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatigheid van besluit C(2013) 431 final 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,

* Procestaal: Engels.

griffier: E. Artemiou, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 oktober 2020,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 TNT Express NV (hierna: „TNT") is, in het vooruitzicht van haar fusie met United Parcel Service Inc. (hierna: „UPS"), op 26 april 2012 begonnen met onderhandelingen met ASL Aviation Holdings DAC, voorheen ASL Aviation Group Ltd genaamd, en ASL Airlines (Ireland) Ltd, voorheen Air Contractors Ireland Ltd genaamd, teneinde haar luchtvervoersactiviteiten over te dragen aan die laatste (hierna samen: „ASL" of „verzoeksters"). Aanleiding voor deze onderhandelingen was het verbod voor entiteiten uit derde landen, zoals UPS, overeenkomstig artikel 4, onder f), van verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap (PB 2008, L 293, blz. 3), om luchtvervoersdiensten te exploiteren in de Europese Unie.

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 7 april 2004 (PB 2004, L 133, blz. 1).

3 Op 15 november 2012 hebben verzoeksters met TNT twee overeenkomsten gesloten (hierna samen: „overeenkomsten van 2012"):

– de overnameovereenkomst met de titel „UPS-SPA" (hierna: „UPS-SPA-overeenkomst"), volgens welke ASL, na de voltooiing van de transactie tussen UPS en TNT, 100 % van TNT Airways SA/NV en van Pan Air Lineas Aereas SA zou verwerven;

– de dienstenovereenkomst met de titel „UPS-ATSA", volgens welke ASL, na de afronding van zowel de transactie tussen UPS en TNT als de UPS-SPA-overeenkomst, gedurende vijf jaar luchtvervoerdiensten zou leveren aan UPS en aan derden met de luchtvaartactiva van TNT Airways die ASL op grond van de UPS-SPA-overeenkomst had verworven.

4 De overeenkomsten van 2012 moesten op 1 februari 2013 in werking treden, onder voorbehoud van de verenigbaarverklaring, door de Commissie, van de concentratie tussen UPS en TNT met de interne markt.

5 Op 16 november 2012 heeft UPS de Commissie in kennis gesteld van de sluiting van de overeenkomsten van 2012.

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

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

8 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 wordt verklaard (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express (hierna: „litigieus besluit"). Volgens de Commissie vormt de concentratie tussen UPS en TNT een significante belemmering van daadwerkelijke mededinging op de betrokken dienstenmarkten in vijftien lidstaten, te weten Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Estland, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Nederland, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Finland en Zweden.

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

10 Op 5 april 2013 heeft UPS bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-194/13.

11 Op 12 mei 2015 heeft de Commissie een niet-vertrouwelijke versie van het litigieuze besluit bekendgemaakt.

12 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 Corp. TNT zou overnemen.

13 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 met 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).

14 Op 5 februari 2016 hebben FedEx en verzoeksters een overeenkomst over de verwerving door laatstgenoemden van de luchtvaartactiva van TNT, alsmede een overeenkomst voor het verrichten van luchtvervoerdiensten voor FedEx gesloten.

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

16 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.

Procedure en conclusies van partijen

17 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 11 september 2018, hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

18 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.

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

20 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 zijn Reglement voor de procesvoering voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang partijen schriftelijke vragen gesteld. De partijen hebben binnen de gestelde termijnen op deze vragen geantwoord.

21 Ter terechtzitting hebben verzoeksters verklaard dat zij het bedrag van hun vordering tot schadevergoeding verlagen wegens omstandigheden die zich na de instelling van het beroep hebben voorgedaan, waarvan akte is genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting.

22 Verzoeksters verzoeken het Gerecht:

– de Commissie op grond van artikel 268 VWEU en artikel 340, tweede alinea, VWEU wegens de onrechtmatigheid van het litigieuze besluit aansprakelijk te stellen voor de geleden schade ten bedrage van 93 881 731 EUR of enig ander door het Gerecht vast te stellen bedrag;

– de Commissie te veroordelen tot betaling van vertragingsrente vanaf de dag van uitspraak van het arrest waarbij op het onderhavige beroep uitspraak wordt gedaan tot de dag van betaling, tegen de rentevoet die de Europese Centrale Bank (ECB) toepast op haar voornaamste herfinancieringstransacties, vermeerderd met twee procentpunten, over het bedrag van 93 881 731 EUR of enig ander door het Gerecht vast te stellen bedrag;

– de Commissie in de kosten te verwijzen.

23 De Commissie verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoeksters in de kosten te verwijzen.

In rechte

24 Verzoeksters vorderen vergoeding van de gederfde winst als gevolg van de onmogelijkheid om de met TNT gesloten overeenkomsten van 2012 uit te voeren wegens de vaststelling van het litigieuze besluit waarbij de transactie tussen UPS en TNT onverenigbaar met de interne markt is verklaard.

25 Ter ondersteuning van deze vordering beroepen verzoeksters zich op de voldoende gekwalificeerde schending van hun grondrechten en die van UPS door de Commissie (eerste en tweede middel) en op ernstige en kennelijke fouten die de Commissie heeft gemaakt bij de beoordeling van de concentratie tussen UPS en TNT (derde middel), alvorens aan te voeren dat deze onrechtmatigheden hun rechtstreeks schade hebben berokkend (vierde middel) en die schade te ramen (vijfde middel).

26 De Commissie werpt tegen dat het beroep deels verjaard en deels niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond is.

Opmerkingen vooraf

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

28 Volgens vaste rechtspraak moet voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen en dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, dat het bestaan van schade vaststaat 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 in die zin ook 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 niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie niet kan worden ingeroepen 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).

29 In casu moet worden opgemerkt dat het betoog van verzoeksters inzake de gekwalificeerde schending van hun grondrechten en die van UPS door de Commissie en het bestaan van ernstige en kennelijke fouten die de Commissie bij de beoordeling van de concentratie tussen UPS en TNT heeft gemaakt, betrekking heeft op de eerste voorwaarde voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, terwijl het betoog dat deze onrechtmatigheden hun rechtstreeks schade hebben berokkend en het betoog inzake de evaluatie van deze schade respectievelijk de derde en de tweede voorwaarde betreffen.

30 Alvorens de eerste voorwaarde te onderzoeken, moet het verband tussen het onderhavige beroep tot schadevergoeding en het beroep in zaak T-834/17 worden vastgesteld.

31 Verzoeksters betogen dat de overeenkomsten van 2012 zijn ontbonden wegens de vaststelling van het litigieuze besluit waarbij de Commissie zich tegen de transactie tussen UPS en TNT heeft verzet. Aangezien dit besluit door het Gerecht nietig is verklaard wegens schending van de rechten van verdediging van UPS, menen verzoeksters dat de onrechtmatige vaststelling van het litigieuze besluit de rechtstreekse oorzaak is van de onmogelijkheid om uitvoering te geven aan de overeenkomsten van 2012, die essentieel waren voor de totstandbrenging van de concentratie tussen UPS en TNT. Verzoeksters voeren aan dat hun wegens dit onrechtmatige besluit het voordeel is ontnomen dat zij van die overeenkomsten verwachtten, of althans de kans om daaruit een dergelijk voordeel te halen. Verzoeksters vorderen aldus vergoeding van de winstderving die zij stellen te hebben geleden.

32 Verzoeksters beroepen zich in wezen op twee onrechtmatigheden die tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie leiden. De eerste betreft schending van de grondrechten, in het bijzonder de rechten van verdediging van UPS door het feit dat de Commissie niet had meegedeeld welk econometrisch model in het litigieuze besluit was gebruikt om de gevolgen van de concentratie voor de prijzen te analyseren. Deze onrechtmatigheid is door het Gerecht vastgesteld in het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144). De tweede onrechtmatigheid is gelegen in de beoordelingsfouten met betrekking

tot de concentratie tussen UPS en TNT die UPS aanvoert in haar beroep tot schadevergoeding in zaak T-834/17. Deze fouten betreffen de analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen, de doelmatigheidswinsten en de situatie van FedEx.

33 Verzoeksters betogen aldus dat de door het Gerecht in het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), vastgestelde schending van de rechten van verdediging van UPS en de beoordelingsfouten die UPS ter ondersteuning van haar beroep tot schadevergoeding in zaak T-834/17 heeft aangevoerd, aantonen dat de Commissie voldoende gekwalificeerde schendingen heeft begaan. Zij beroepen zich in dit verband op de nauwe banden tussen het onderhavige beroep tot schadevergoeding en dat van UPS in zaak T-834/17, en verklaren dat zij slechts in zeer beperkte mate toegang hebben gehad tot de beoordelingen van de Commissie, omdat zij niet hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van het beroep tot nietigverklaring van UPS in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144). Ter terechtzitting hebben verzoeksters verklaard te aanvaarden dat hun beroep nauw samenhangt met het beroep in zaak T-834/17.

34 De gestelde voldoende gekwalificeerde schendingen van het litigieuze besluit zoals die in de eerste drie middelen van het beroep zijn uiteengezet, dienen tegen de achtergrond van deze inleidende opmerkingen te worden onderzocht.

Eerste voorwaarde voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie

35 Van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen 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 [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].

36 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 en de handelingsvrijheid die aan deze instellingen moet worden gelaten om daadkrachtig te kunnen optreden (arrest van 10 september 2019, HTTS/Raad, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punt 34).

37 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).

38 Het klopt dat het vergemakkelijken van de aansprakelijkheid van de Unie door het begrip „voldoende 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).

39 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 ook in die zin arrest van 11 juli 2007, Schneider Electric/Commissie, T-351/03, EU:T:2007:212, punt 125).

40 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).

Vermeende voldoende gekwalificeerde schending van de grondrechten van UPS en van verzoeksters

41 Verzoeksters stellen dat de door het Gerecht in het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), vastgestelde schending van de rechten van verdediging van UPS een voldoende gekwalificeerde schending vormt die kan leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, hetgeen de Commissie betwist.

42 Het is juist dat is geoordeeld dat de Commissie de rechten van verdediging van UPS had geschonden door haar niet de eindversie van haar econometrische model mee te delen, waardoor het litigieuze besluit in zijn geheel nietig moest worden verklaard (arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie, T-194/13, EU:T:2017:144, punten 221 en 222).

43 Er zij evenwel aan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak van het Gerecht noodzakelijk is dat de bescherming die wordt geboden door de regel waarop een beroep tot schadevergoeding is gebaseerd, doeltreffend is voor de persoon die zich erop beroept, en dat deze persoon dus behoort tot de personen aan wie de betrokken regel rechten toekent. Een regel die de particulier niet tegen de door hem aangevoerde onrechtmatigheid beschermt, maar een andere particulier wel, kan geen aanleiding geven tot schadevergoeding (arresten van 12 september 2007, Nikolaou/Commissie, T-259/03, niet gepubliceerd, EU:T:2007:254, punt 44; 14 december 2018, East West Consulting/Commissie, T-298/16, EU:T:2018:967, punt 142, en 23 mei 2019, Steinhoff e.a./ECB, T-107/17, EU:T:2019:353, punt 77).

44 In casu voeren verzoeksters de schending van de procedurele rechten van UPS op als grond voor hun schadevordering, hetgeen, gelet op de in punt 43 hierboven in herinnering gebrachte elementen, niet kan worden aanvaard.

45 Verzoeksters stellen echter dat de Commissie, door onrechtmatig te handelen ten aanzien van UPS, ook rechtstreeks hun grondrechten heeft geschonden, met name die welke voortvloeien uit de artikelen 16, 17 en 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).

46 Vast staat echter dat verzoeksters niet hebben deelgenomen aan de procedure ter controle op de concentratie tussen UPS en TNT, hoewel zij op grond van artikel 18, lid 4, van verordening nr. 139/2004 en artikel 11, onder b) en c), van verordening nr. 802/2004 in de loop van die procedure konden worden gehoord. In antwoord op de vragen die het Gerecht daarover ter terechtzitting heeft gesteld, hebben verzoeksters bevestigd dat zij niet aan de procedure hebben deelgenomen, hoewel zij daartoe de mogelijkheid hadden. In die omstandigheden kunnen verzoeksters zich niet op goede gronden beroepen op schending door de Commissie van hun procedurele rechten, met inbegrip van die van artikel 41 van het Handvest, in het kader van een procedure waaraan zij volgens hun eigen keuze niet hebben deelgenomen.

47 In elk geval moet er tevens op worden gewezen dat de zorgvuldigheidsplicht die krachtens artikel 41 van het Handvest op de Commissie rust, impliceert dat de instanties met zorg en omzichtigheid moeten handelen, zonder dat het hun taak is om alle schade uit te sluiten die voor marktdeelnemers voortvloeit uit de verwezenlijking van normale commerciële risico's [arrest van 16 december 2008, Masdar (UK)/Commissie, C-47/07 P, EU:C:2008:726, punt 93]. Het risico dat een concentratie niet vooraf door de Commissie wordt goedgekeurd, is inherent 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). In die omstandigheden kunnen verzoeksters zich dus niet beroepen op een gebrek aan zorgvuldigheid van de Commissie jegens hen.

48 Wat betreft de vermeende schending van de vrijheid van ondernemerschap en van het recht op eigendom, die zijn neergelegd in de artikelen 16 en 17 van het Handvest, volstaat de vaststelling dat verzoeksters zich hebben beperkt tot de loutere vermelding van deze grond voor onrechtmatigheid, zonder deze door enig juridisch argument te onderbouwen. Bij gebreke van argumenten die de geldigheid van de uit verordening nr. 139/2004 voortvloeiende controleregeling voor concentraties ter discussie te stellen, dient eraan te worden herinnerd dat, zoals in punt 47 hierboven is aangegeven, het risico van een besluit betreffende de onverenigbaarheid met de interne markt inherent is aan elke controleprocedure.

49 Gelet op een en ander is het betoog inzake de voldoende gekwalificeerde schending door de Commissie van de grondrechten van verzoeksters en van die van UPS ongegrond en moet het bijgevolg worden afgewezen.

Vermeend bestaan van ernstige en kennelijke fouten bij de beoordeling van de transactie tussen UPS en TNT

50 Ter ondersteuning van dit betoog stellen verzoeksters onder verwijzing naar de argumenten en de vorderingen van UPS in zaak T-834/17 dat het litigieuze besluit ernstige en kennelijke beoordelingsfouten bevatte, zonder welke de overeenkomsten van 2012 hadden kunnen worden uitgevoerd. Subsidiair stellen zij dat de Commissie, door de aangemelde concentratie te verbieden en hun aldus te beletten die overeenkomsten ten uitvoer te leggen, de artikelen 16 en 17 van het Handvest heeft geschonden.

51 In de eerste plaats moet worden nagegaan of het onderhavige betoog ontvankelijk is, gelet op, ten eerste, de verwijzing van verzoeksters naar de schriftelijke stukken van UPS en, ten tweede, het feit dat dit betoog slechts lijkt te worden gestaafd door een deskundigenverslag dat als bijlage bij de repliek is overgelegd.

– *Verwijzing naar de door UPS in zaak T-834/17 aangevoerde middelen en argumenten*

52 Gelet op de nauwe banden tussen het onderhavige beroep tot schadevergoeding en dat van UPS in zaak T-834/17, verzoeken verzoeksters het Gerecht om rekening te houden met de door UPS in die zaak aangevoerde middelen en feitelijke elementen. Zij betogen in dit verband dat zij slechts een zeer beperkte toegang hebben gehad tot de beoordelingen van de Commissie omdat zij niet hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van het beroep tot nietigverklaring van UPS.

53 De Commissie werpt hiertegen op dat verzoeksters hun betoog dienaangaande niet met de vereiste duidelijkheid hebben uiteengezet. Zij hebben enkel gesteld dat de transactie tussen UPS en TNT, bij gebreke van summier aangevoerde onrechtmatigheden, zou zijn goedgekeurd, waardoor zij voordeel hadden kunnen halen uit de overeenkomsten van 2012. Volgens de Commissie kunnen verzoeksters, zonder hun eigen juridische analyse te hebben uitgewerkt of bewijzen te hebben geleverd ter ondersteuning van hun betoog, het Gerecht niet verwijzen naar de opmerkingen van de verzoekende partij in zaak T-834/17.

54 Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat, volgens 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 van het Gerecht, elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten.

55 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).

56 Het verzoekschrift moet bijgevolg duidelijk doen uitkomen op welk middel het beroep is gebaseerd, zodat de loutere abstracte vermelding van dit middel niet aan de vereisten van het Reglement voor de procesvoering voldoet (zie arrest van 11 september 2014, Gold East Paper en Gold Huasheng Paper/Raad, T-444/11, EU:T:2014:773, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 In casu bestaat het betrokken betoog in wezen in een verwijzing naar de tekst van het verzoekschrift van UPS in zaak T-834/17.

58 Het aanvaarden van niet uitdrukkelijk in het verzoekschrift opgenomen middelen op de grond dat zij door een derde zijn opgeworpen in een andere zaak waarnaar in het verzoekschrift wordt verwezen, zou het echter mogelijk maken de hierboven aangehaalde dwingende voorwaarden van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering te omzeilen (zie in die zin arrest van 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, EU:T:2005:455, punt 64).

59 Benadrukt moet immers worden dat de identiteit van de partijen, in het bijzonder de verzoekende partij, in beide zaken een essentiële voorwaarde is voor de ontvankelijkheid van middelen die zouden zijn aangevoerd door middel van een verwijzing naar de geschriften in een andere zaak (arrest van 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, EU:T:2005:455, punt 67).

60 Verzoeksters betogen evenwel dat de omstandigheden van de onderhavige zaak verschillen van die welke ten grondslag lagen aan het arrest van 14 december 2005, Honeywell/Commissie (T-209/01, EU:T:2005:455), aangezien de verwijzing van Honeywell duidelijk betrekking had op rechtsmiddelen, terwijl verzoeksters zich in het onderhavige beroep niet baseren op de door UPS aangevoerde middelen, maar op de relevante feiten van de zaak.

61 Evenwel kan worden volstaan met de vaststelling dat, anders dan verzoeksters stellen, hun verzoekschrift een algemene verwijzing naar het beroep van UPS in zaak T-834/17 bevat om aan te tonen dat de Commissie verschillende ernstige en kennelijke fouten heeft gemaakt bij haar inhoudelijke beoordeling van de concentratie tussen UPS en TNT, waardoor de geldigheid van het litigieuze besluit is aangetast wat betreft de analyse van de concentratie van de prijzen, de beoordeling van de doelmatigheidsverbeteringen, de beoordeling van het concurrentievermogen van FedEx en de analyse van de nabijheid van de mededinging. Deze verwijzing valt samen met de formulering van de middelen en de voornaamste argumenten in de mededeling van het op 29 december 2017 ingestelde beroep in zaak T-834/17, zoals bekendgemaakt in het Publicatieblad (PB 2018, C 72, blz. 41).

62 Uit het voorgaande volgt dat de algemene verwijzing door verzoeksters naar het door UPS in zaak T-834/17 ingediende verzoekschrift niet-ontvankelijk is.

63 Voor zover verzoeksters aanvoeren dat zij slechts zeer beperkte toegang hebben gekregen tot de beoordelingen van de Commissie teneinde het verzoekschrift op te stellen, volstaat het voorts eraan te herinneren dat verzoeksters, zoals in punt 46 hierboven is aangegeven, niet hebben deelgenomen aan de procedure ter controle op de concentratie tussen UPS en TNT, hoewel zij daartoe de mogelijkheid hadden. Bovendien erkennen zij dat zij nooit hebben verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van UPS in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144).

– *Ontvankelijkheid van het rapport van Copenhagen Economics*

64 Als bijlage bij de repliek leggen verzoeksters een deskundigenrapport van Copenhagen Economics van 8 juli 2019 over, met de titel „Assessment of economic analysis of the European Commission in the UPS-TNT case” (Evaluatie van de economische analyse van de Commissie in de zaak UPS-TNT). De Commissie verzet zich tegen de door haar als ongerechtvaardigd beschouwde tardieve overlegging van dit rapport. Zij vordert dat dit stuk niet-ontvankelijk wordt verklaard.

65 Volgens verzoeksters is dit rapport ontvankelijk. Het vormt geen nieuw bewijs, maar bevat een verzameling van bewijzen die reeds aan het Gerecht zijn overgelegd. De overlegging ervan vindt haar rechtvaardiging in de noodzaak om op het verweerschrift te antwoorden en om hun recht om te worden gehoord te waarborgen.

66 Er zij aan herinnerd dat, volgens artikel 76, onder f), van het Reglement voor de procesvoering, elk verzoekschrift zo nodig het bewijs en de bewijsaanbiedingen moet bevatten. Artikel 85, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat het bewijs en de bewijsaanbiedingen in het kader van de eerste memoriewisseling worden overgelegd. In artikel 85, lid 2, van dit Reglement is daaraan toegevoegd dat de partijen in de repliek en in de dupliek nog bewijs ter ondersteuning van hun betoog kunnen overleggen of kunnen aanbieden hun stellingen nader te bewijzen, mits de vertraging waarmee dit geschiedt, wordt gerechtvaardigd.

67 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).

68 In casu stellen verzoeksters in repliek dat zij het rapport van Copenhagen Economics hebben overgelegd om met name aan te tonen dat de benadering van de Commissie – zowel met betrekking tot het feit dat het uiteindelijke econometrische model niet aan UPS is meegedeeld, als wegens het ongeschikte gebruik van dit model om ten gronde te beslissen dat de aangemelde concentratie moest worden verboden – zo fundamenteel afwijkt van de beste praktijken en haar eigen praktijk in eerdere en latere zaken, dat haar benadering in de litigieuze beschikking kennelijk onredelijk is.

69 Uit de repliek volgt dus dat dit rapport strekt tot onderbouwing van het betoog dat de Commissie ernstige en kennelijke fouten heeft gemaakt bij de beoordeling van de concentratie tussen UPS en TNT, ter ondersteuning waarvan verzoeksters in hun verzoekschrift geen andere argumenten hebben aangevoerd dan een algemene verwijzing naar de middelen en argumenten van UPS in zaak T-834/17, en evenmin enige bewijsaanbieding hebben gedaan. Hieruit volgt dat verzoeksters het rapport van Copenhagen Economics te laat hebben overgelegd zonder dat daar een rechtvaardiging voor bestaat en zonder dat dit rapport kan worden beschouwd als het tegenbewijs of als nadere uitwerking van bewijsaanbiedingen die na tegenbewijs van de tegenpartij zijn gedaan.

70 In deze omstandigheden moet het rapport van Copenhagen Economics niet-ontvankelijk worden verklaard wegens ongerechtvaardigde tardieve overlegging ervan.

71 Aangezien verzoeksters geen enkel element hebben aangevoerd ter ondersteuning van de beoordelingsfouten die de Commissie zou hebben gemaakt, anders dan de verwijzing naar de middelen en de argumenten van UPS in zaak T-834/17 en het rapport van Copenhagen Economics, moet worden vastgesteld dat het betoog dat de Commissie ernstige en kennelijke fouten heeft gemaakt bij de beoordeling van de concentratie tussen UPS en TNT, niet is onderbouwd.

72 Bijgevolg moet dit betoog in zijn geheel worden afgewezen.

73 Aangezien rekwirantes niet hebben aangetoond dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending die het litigieuze besluit aantast, is niet voldaan aan een van de drie cumulatieve voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, zodat het beroep ongegrond is.

74 Gelet op een en ander wordt het beroep verworpen zonder dat hoeft te worden ingegaan op het in het kader van het vierde en het vijfde middel uiteengezette betoog waarmee verzoeksters het bestaan van schade en een causaal verband beogen aan te tonen. Aangezien het beroep ongegrond is, behoeft geen uitspraak te worden gedaan over de vraag of de vorderingen van verzoeksters verjaard zijn (zie in die zin arrest van 13 juli 1961, Meroni e.a./Hoge Autoriteit, 14/60, 16/60, 17/60, 20/60, 24/60, 26/60 en 27/60 en 1/61, EU:C:1961:16, blz. 341).

Kosten

75 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) ASL Aviation Holdings DAC en ASL Airlines (Ireland) Ltd worden verwezen in de kosten.

Papasavvas da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 23 februari 2022.

ondertekeningen