ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

7 maart 2017 *

„Mededinging — Concentraties — Verordening (EG) nr. 139/2004 — Internationale intra-EER-expreslevering van kleine pakketten — Verwerving van TNT Express door UPS — Besluit waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt — Waarschijnlijke prijseffecten — Econometrische analyse — Rechten van de verdediging”

In zaak T-194/13,

United Parcel Service, Inc., gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten), aanvankelijk vertegenwoordigd door A. Ryan en B. Graham, solicitors, en W. Knibbeler en P. Stamou, advocaten, vervolgens door A. Ryan, W. Knibbeler, P. Stamou, A. Pliego Selie, F. Hoseinian en P. van den Berg, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door T. Christoforou, N. Khan, A. Biolan, N. von Lingen en H. Leupold, vervolgens door T. Christoforou, N. Khan, A. Biolan en H. Leupold, als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

FedEx Corp., gevestigd te Memphis, Tennessee (Verenigde Staten), aanvankelijk vertegenwoordigd door F. Carlin, barrister, G. Bushell, solicitor, en Q. Azau, advocaat, vervolgens door F. Carlin, G. Bushell en N. Niejahr, advocaat,

interveniënte,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot nietigverklaring 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 (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: M. Prek, president, I. Labucka (rapporteur) en V. Kreuschitz, rechters,

griffier: M. L. Grzegorczyk, administrateur,

* Procestaal: Engels.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 april 2016,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1. *Partijen bij de concentratie*

1 United Parcel Service, Inc. (hierna: „UPS" of „verzoekster") en TNT Express NV (hierna: „TNT") zijn wereldwijd actief in de sector van gespecialiseerde vervoers- en logistieke diensten.

2 Binnen de Europese Economische Ruimte (EER) zijn UPS en TNT (hierna tezamen: „partijen bij de concentratie") aanwezig op de markten van internationale expreslevering van kleine pakketten.

3 Bij deze diensten verbindt de dienstverlener zich ertoe om kleine pakketten binnen een dag in een ander land te bezorgen.

4 Zij worden verleend via internationale distributienetwerken via de lucht en de grond waarbij een aantal activa worden geïntegreerd (onder meer lokale sorteercentra, grond- en luchtplatformen, voertuigen voor wegvervoer, vliegtuigen).

5 Binnen de EER opereren FedEx Corp. (hierna: „FedEx" of „interveniënte") en DHL eveneens op de markten van genoemde diensten.

2. *Administratieve procedure*

6 Op 15 juni 2012 heeft verzoekster aan de Europese Commissie haar voornemen om TNT te verwerven (hierna: „concentratie") aangemeld op grond van 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; hierna: „concentratieverordening"), zoals uitgevoerd bij verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 21 april 2004 (PB 2004, L 133, blz. 1).

7 Met deze concentratie wilde UPS de zeggenschap over TNT in haar geheel verwerven in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening door een openbaar overnamebod naar Nederlands recht.

8 Bij besluit van 20 juli 2012 heeft de Commissie geoordeeld dat de concentratie ernstige twijfels deed rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt en heeft zij overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening beslist een grondig onderzoek in te stellen.

9 Op 26 juli en 5 september 2012 heeft de Commissie de termijn voor het nemen van een eindbesluit met tien werkdagen verlengd op grond van artikel 10, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening.

10 Op 19 oktober 2012 heeft de Commissie de partijen bij de concentratie een mededeling van punten van bezwaar (hierna: „PvB") toegezonden overeenkomstig artikel 18 van de concentratieverordening.

11 De partijen bij de concentratie hebben op 6 november 2012 op de PvB geantwoord.

12 Op 12 november 2012 is een hoorzitting gehouden waarop verzoekster, bijgestaan door haar externe economische adviseurs, is gehoord.

13 Bovendien hebben derden die voldoende belang konden aantonen, waaronder DHL en FedEx, hun opmerkingen mogen maken.

14 In de loop van de administratieve procedure heeft FedEx ook deelgenomen aan meerdere vergaderingen met de Commissie en heeft zij aan de Commissie verscheidene opmerkingen en interne documenten doen toekomen.

15 De Commissie heeft verzoeksters externe raadslieden toestemming verleend om op 26 en 29 oktober 2012 vertrouwelijke uittreksels uit de door FedEx toegezonden interne documenten te bestuderen in een dataroom.

16 Op 29 november 2012 heeft verzoekster op grond van artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening een eerste reeks corrigerende maatregelen ingediend om de concentratie met de interne markt verenigbaar te maken.

17 Op 16 december 2012 heeft verzoekster een tweede reeks corrigerende maatregelen voorgesteld.

18 Op 21 december 2012 heeft de Commissie verzoekster een letter of facts toegezonden.

19 Op 3 januari 2013 heeft verzoekster een derde reeks corrigerende maatregelen voorgesteld.

20 Bij besluit C(2013) 431 van 30 januari 2013 heeft Commissie verklaard dat de aangemelde concentratie onverenigbaar met de interne markt en de EER-Overeenkomst was (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (hierna: „bestreden besluit").

3. *Bestreden besluit*

21 Bij het bestreden besluit heeft de Commissie de concentratie op grond van artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening onverenigbaar met de interne markt en de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte verklaard, op basis van het oordeel dat de concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging (hierna: „SBDM") zou betekenen in vijftien lidstaten van de EER, maar niet in veertien andere staten.

22 In het bestreden besluit heeft de Commissie overwegingen ten aanzien van de betrokken markten, de gevolgen van de concentratie voor de mededinging en de verbintenissen van de partijen bij de concentratie vermeld.

Markten

Aanbod

23 In de overwegingen 17 tot en met 35 van het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de concentratie niet tot een SBDM op de markten van luchtvrachtvervoer, expediteursdiensten en contractlogistiek leidde.

24 In het bestreden besluit heeft de Commissie de bedrijfstak van het vervoer van kleine pakketten omschreven (overwegingen 36-48) en de schaalvoordelen van de betrokken diensten geanalyseerd aan de hand van de dichtheid van de netwerken en de omvang van de gebieden die werden bestreken (overwegingen 49-56).

25 In de overwegingen 57 tot en met 60 van het bestreden besluit heeft de Commissie benadrukt dat de betrokken diensten sterk gedifferentieerd waren in termen van bezorgingstermijn, geografische dekking op de plaats van vertrek en die van aankomst en de kwaliteit voor zover het de betrouwbaarheid, veiligheid, uurregelingen, de alomvattendheid van de dienst en de traceerbaarheid betrof.

26 In het bestreden besluit heeft de Commissie de markt van het vervoer van kleine pakketten vanuit de aanbodzijde geanalyseerd en daarbij de integratoren van de andere aanbieders onderscheiden, waarbij zij de volgende kenmerken van die integratoren heeft genoemd:

„(62) De ‚integratoren' worden door vijf basiselementen gekenmerkt: in de eerste plaats de eigendom van alle transportmiddelen en volledige operationele controle daarover, met inbegrip van een luchtnetwerk met lijnvluchten waarmee een groot deel van de door de maatschappij afgewikkelde volumes wordt vervoerd; in de tweede plaats een toereikende geografische dekking wereldwijd; in de derde plaats een stervormig model rond de hubs (‚hub and spoke'); in de vierde plaats een eigen IT-netwerk zodat alle relevante gegevens door één en hetzelfde netwerk gaan, en in de vijfde en laatste plaats hebben de integratoren de reputatie dat zij de pakketten geloofwaardig op tijd bezorgen (zogenoemde ‚end-to-end credibility'). Wereldwijd zijn er vier integratoren, die alle in Europa actief zijn: UPS, TNT, DHL en FedEx.

(63) De belangrijkste onderscheidende factor voor een integrator is het feit dat hij de operationele controle over de gehele logistiek van de pakketbezorging heeft vanaf het punt van vertrek tot het punt van aankomst (daaronder begrepen het luchtvervoer), zodat hij kan garanderen dat de bezorging zal plaatsvinden op het tijdstip waartoe hij zich heeft verbonden. De integrator doet zaken met de verzender, gebruikt zijn eigen hulpmiddelen om alle fasen van de vervoersketen te verzorgen en bezorgt de zending aan de geadresseerde. De eigendom van of op zijn minst de operationele controle over de noodzakelijke hulpmiddelen voor een bezorging betekent dat er voor de betrokken ondernemingen minder stappen in de keten zijn, die anders zeer lang zou zijn."

27 In deze categorie heeft de Commissie UPS (overwegingen 64-67), TNT (overwegingen 68-71), DHL (overwegingen 73-77) en FedEx (overwegingen 78-81) geplaatst.

28 De Commissie heeft een onderscheid gemaakt tussen ten eerste de integratoren, ten tweede de gevestigde aanbieders, waaronder Royal Mail, La Poste, PostNL en Austrian Post, die ook op basis van internationale netwerken opereren (overwegingen 82-84), ten derde nationale ondernemingen die kleine pakketten bezorgen, die in mindere mate dan de integratoren en op basis van partnerschappen op de betrokken dienstenmarkten actief zijn (overwegingen 85 en 86), ten vierde expediteurs, die eveneens op die markten actief zijn en deze activiteiten vaak aan de integratoren uitbesteden (overweging 87), ten vijfde kleinere koeriersondernemingen die op basis van bevoorrechte relaties met de lokale klanten opereren (overweging 88) en ten zesde eenvoudige intermediairs die de diensten in kwestie doorverkopen (overweging 89).

Vraag

29 In de overwegingen 90 tot en met 94 van het bestreden besluit heeft de Commissie de markt voor de bezorging van kleine pakketten vanuit de vraagzijde geanalyseerd en daarbij vermeld dat die sterk gefragmenteerd was. Zij heeft er namelijk op gewezen dat de vraagzijde bestond uit ad-hocklanten en grote internationale klanten, waarbij laatstgenoemden een aanzienlijk aandeel in de omzet van de leveranciers op de betrokken markten vertegenwoordigden. Ook heeft zij erop gewezen dat de vraag bestond uit expresdiensten en diensten voor uitgestelde levering en dat zij zeer variabel was wat het traject betrof. Tot slot heeft zij gepreciseerd dat aan de vraagzijde werd gewerkt met één enkele of verschillende aanbieders, afhankelijk van de betrokken dienst, de omvang en de voorkeuren van de

klanten, waarbij kleine klanten in de regel een voorkeur voor één aanbieder voor alle diensten hadden (bundeling), terwijl grote klanten ofwel met één aanbieder voor alle diensten werkten (bundeling) ofwel met verschillende aanbieders voor verschillende diensten ofwel verschillende aanbieders voor dezelfde diensten.

30 In overweging 95 van het bestreden besluit heeft de Commissie verklaard dat uit haar marktstudies was gebleken dat het gebruik van één enkele aanbieder voor alle diensten (bundeling) niet de overheersende tendens was.

31 De Commissie heeft in overweging 96 van het bestreden besluit verduidelijkt dat zij in de PvB geen verslag over de details van haar marktanalyses had uitgebracht, omdat de resultaten geen conclusies over een algemene tendens toelieten, met uitzondering van het feit dat grote klanten eerder van verschillende aanbieders gebruikmaakten.

32 In overweging 97 van het bestreden besluit heeft de Commissie het argument van de partijen bij de concentratie dat het gebruik van één enkele aanbieder voor alle diensten zorgde voor concurrentiedruk op de prijzen voor elk van de diensten, verworpen.

Vaststelling van de prijzen

33 In de overwegingen 98 tot en met 151 van het bestreden besluit heeft de Commissie geanalyseerd hoe de prijzen op de markt van de bezorging van kleine pakketten tot stand komen.

34 Zij heeft vermeld dat er met het merendeel van de klanten individuele onderhandelingen plaatsvinden (overwegingen 114 en 115), dat het profiel van elke klant belangrijk is (overwegingen 116-123), dat met de concurrentiedruk en met de bereidheid van de klanten om te betalen rekening wordt gehouden (overwegingen 124-131) en dat de prijsverschillen niet volledig door kostenverschillen konden worden verklaard (overwegingen 132-134).

35 Na het standpunt van de partijen bij de concentratie te hebben uiteengezet (overwegingen 135-147), is de Commissie tot het besluit gekomen dat sprake was gedifferentieerde prijzen (overwegingen 148-151).

Afbakening van de relevante markt

36 In het bestreden besluit heeft de Commissie de relevante markt voor de betrokken diensten inhoudelijk en geografisch afgebakend als de bezorging van kleine pakketten – en niet als vrachtvervoer – (overwegingen 152-164) van één land naar een ander binnen de EER – en niet als binnenlandse bezorging of internationale bezorging buiten de EER – (overwegingen 165-187) als expresdienst – en niet als uitgestelde bezorging – (overwegingen 188-226), ongeacht de afgelegde afstand (overwegingen 227-231) en de kwaliteit van de dienst (overwegingen 232-237), waarbij over de contracten voor dit soort diensten op nationale schaal wordt onderhandeld (overwegingen 239-243).

37 De Commissie is er dus van uitgegaan dat de diensten die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, internationale intra-EER-expreslevering van kleine pakketten zijn (hierna: „betrokken diensten”).

Gevolgen van de concentratie voor de mededinging

38 Bij wijze van inleiding en als samenvatting van haar globale beoordeling heeft de Commissie in overweging 244 van het bestreden besluit op het volgende gewezen:

„(244) Hoewel de relevante geografische markten nationaal zijn, is het dienstig om de markt van intra-EER-expreslevering van kleine pakketten eerst vanuit pan-Europees perspectief te onderzoeken. Intra-EER-expreslevering is – zoals UPS ook heeft erkend – een netwerkindustrie die vereist dat de aanbieders in alle landen aanwezig zijn. Dit vereiste van aanwezigheid houdt op zijn beurt in dat moet worden geïnvesteerd in infrastructuur door de hele waardeketen heen (ophaling, sortering, lijndiensten, hubs, luchtnetwerk, bezorging). Zelfs als uitbesteding van delen van de waardeketen aan derden mogelijk is, dan nog beperkt dit de controle over de waardeketen, de operationele efficiëntie en uiteindelijk de kwaliteit van de verleende diensten. De bedrijven die diensten in het hogere segment van de intra-EER-expreslevering aanbieden met een homogeen netwerk voor expreslevering dat alle landen van de EER dekt, zijn de integratoren, die strakkere controle over hun netwerk hebben. De niet-integratoren zijn als zodanig niet in staat om voldoende concurrentiedruk op de integratoren uit te oefenen. De kleinste integrator op de Europese markt, FedEx, oefent onvoldoende concurrentiedruk op de partijen bij de concentratie en DHL uit. Bovendien is het onwaarschijnlijk dat in de voldoende nabije toekomst een toetreding van voldoende omvang zal plaatsvinden of dat bestaande spelers als FedEx zodanig zullen expanderen, dat dit de schadelijke gevolgen van het verlies aan concurrentie als gevolg van de transactie zal ondervangen. Voorts volstaan de afnemersmacht en de efficiëntieverbeteringen niet om binnen de voor de beoordeling van deze concentratie relevante tijdsspanne een tegenwicht voor het verlies aan concurrentie te vormen."

Niet-integratoren

39 In de overwegingen 245 tot en met 510 van het bestreden besluit is de Commissie tot het oordeel gekomen dat de ondernemingen die niet over een geïntegreerd netwerk voor de levering van kleine pakketten beschikken (hierna: „niet-integratoren") zwakke concurrentiedruk uitoefenden.

– Dochterondernemingen van La Poste en Royal Mail

40 Wat de dochterondernemingen van La Poste, DPD, en Royal Mail, GLS, betreft, heeft de Commissie in aanmerking genomen dat hun dekking geringer is (overwegingen 253-284), dat de klanten hun aanbod niet als een alternatief voor die van de integratoren zien (overwegingen 285-295), meer bepaald wat de kwaliteit van de diensten betreft (overwegingen 396-411) en met name de bezorgingstermijnen (overwegingen 412-420), dat zij niet aanwezig zijn op de markten voor lange afstanden (overwegingen 296-309) en dat zij met hun wegvervoersnetwerken alleen een expresdienst over korte afstanden kunnen verzorgen (overwegingen 310-318).

41 De Commissie heeft tevens geoordeeld dat de levering van de betrokken diensten door gebruik te maken van uitbesteding van luchtvervoer structurele nadelen ten opzichte van de integratoren vertoonde (overwegingen 319-374) en dat uitbreiding van de geografische dekking van de dochterondernemingen van La Poste, DPD, en Royal Mail, GLS, onwaarschijnlijk was (overwegingen 375-395).

42 Op basis van haar marktstudies is de Commissie tot het oordeel gekomen dat de klanten van de partijen bij de concentratie van DPD en GLS gebruikmaakten voor binnenlandse diensten en standaarddiensten (overwegingen 421-423), waarbij de inlichtingen die door de partijen bij de

concentratie waren verstrekt over het gebruik van meerdere leveranciers bevestigden dat de dochterondernemingen van La Poste en Royal Mail beperkt aanwezig waren op de markten van de betrokken diensten (overwegingen 424-426).

43 Ter onderbouwing van haar analyse heeft de Commissie empirisch bewijs over de aanwezigheid en de activiteiten van de dochterondernemingen van La Poste en Royal Mail genoemd, dat was verstrekt door UPS (overwegingen 424-434), TNT (overwegingen 435-439), FedEx en DHL (overwegingen 440-450). Op basis daarvan is zij tot de conclusie gekomen dat de concurrentiedruk die van de dochterondernemingen van La Poste en Royal Mail uitging, zwak was (overwegingen 451 en 452).

– Andere postexploitanten

44 In de overwegingen 453 tot en met 468 van het bestreden besluit heeft de Commissie verklaard dat het merendeel, of zelfs alle, postexploitanten in Europa expreslevering van kleine pakketten aanbieden, maar dat alleen de dochterondernemingen van La Poste en Royal Mail zich zodanig hadden ontwikkeld dat zij een pan-Europese voetdruk achterlieten. Op basis daarvan konden zij in beperkte mate met de integratoren concurreren op de markten van de betrokken diensten (overweging 453), welke overwegingen ook golden voor Austrian Post (overweging 455), PostNL (overweging 456), Posten Norge (overweging 457) en PostNord (overweging 458).

45 In overweging 459 van het bestreden besluit heeft de Commissie erop gewezen dat vrijwel alle postexploitanten die in overheidshanden waren, weliswaar lid waren van het samenwerkingsverband Express Mail Services (EMS), waarbinnen de openbare postbedrijven in de zin van de Constitutie van de Wereldpostunie (UPU) zijn verenigd, maar dat de kwaliteit van hun diensten van elke aanbieder afhing en dat die kwaliteit hoe dan ook minder goed was dan die van commerciële aanbieders.

46 De Commissie heeft benadrukt dat de gevestigde aanbieders geen andere intra-EER-expresdiensten aanboden dan die voor brieven en dat de andere die diensten doorverkochten aan de integratoren (overwegingen 460 en 461).

47 In de overwegingen 462 tot en met 466 van het bestreden besluit heeft de Commissie vermeld dat er marktstudies waren die aantoonden dat de wederverkopers geen concurrentiedruk op de integratoren uitoefenden.

– Coöperatieve netwerken

48 In de overwegingen 469 tot en met 477 van het bestreden besluit heeft de Commissie vermeld dat er coöperatieve netwerken waren die zeer onderscheiden functioneerden, zoals NetExpress (overweging 470) en EuroExpress (overweging 471), waarin de onafhankelijkheid van elk van de leden was gewaarborgd (overweging 472) en die hoe dan ook geen concurrentiedruk op de partijen bij de concentratie uitoefenden op de markten van de betrokken diensten (overwegingen 473-477).

– Expediteurs

49 Na het standpunt van UPS te hebben besproken (overwegingen 478-484), heeft de Commissie geoordeeld dat de expediteurs, hoewel die diensten op het gebied van de bezorging van kleine pakketten leveren, waarvan sommige intra-EER, geen sterke concurrentie op die markten waren en dus geen concurrentiedruk op de markten van de betrokken diensten uitoefenden (overwegingen 487-507).

– Conclusie ten aanzien van de niet-integratoren

50 In de overwegingen 508 en 510 van het bestreden besluit is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de aanbieders van diensten over land, de gevestigde aanbieders, de coöperatieve netwerken en de expediteurs op de markten van de betrokken diensten beperkt concurrentiedruk uitoefenden op de integratoren, bezien vanuit zowel de vraagzijde als de aanbodzijde, met name gelet op hun zeer lage marktaandelen ten opzichte van die van de integratoren.

Integratoren

– FedEx

51 De Commissie is er in de overwegingen 511 tot en met 625 van het bestreden besluit van uitgegaan dat FedEx tussen de integratoren een zwakke concurrent was in Europa, gelet op haar marktaandeel op de markten van de betrokken diensten en haar dekking in de EER (overwegingen 513-526), haar netwerk binnen de EER (overwegingen 528-533), de nadelen die zij op het gebied van de kosten ondervond binnen de EER (overwegingen 534-546), haar aanwezigheid op de nationale markten en de markten voor uitgestelde levering (overwegingen 547-552), het feit dat de kracht van FedEx hoofdzakelijk op markten buiten de EER bleek te liggen (overwegingen 553-564), en de perceptie die de klanten (overwegingen 565-577) en concurrenten (overwegingen 578-589) van FedEx hadden, waarbij FedEx zwakker was op de markten van de betrokken diensten (overwegingen 590-598).

52 In de overwegingen 599 tot en met 622 van het bestreden besluit is de Commissie ingegaan op de expansie van FedEx binnen de EER.

53 De Commissie is in de overwegingen 623 tot en met 625 van het bestreden besluit tot de conclusie gekomen dat FedEx een concurrentieachterstand had op de markten van de betrokken diensten die wat de dekking en dichtheid van haar netwerk in de landen van de EER betrof niet op korte termijn voldoende kon worden ingehaald door middel van haar expansieplannen om tegen de andere integratoren te kunnen aantreden op hun netwerken voor expreslevering binnen de EER.

– DHL

54 In de overwegingen 626 tot en met 630 van het bestreden besluit heeft de Commissie benadrukt dat DHL volgens de partijen bij de concentratie in Europa de belangrijkste concurrent was op de markten van de betrokken diensten, in termen van marktaandelen (overweging 626), geografische dekking (overweging 627) en haar goed ontwikkelde en dichte netwerk binnen de EER (overweging 628).

Nauwe concurrentie

– Algemene overwegingen ten aanzien van hoe nauw de concurrentierelatie tussen UPS en TNT op een „uitgestelde markt” was

55 In de overwegingen 631 tot en met 635 van het bestreden besluit heeft de Commissie het volgende uiteengezet:

„(631) In dit onderdeel presenteert de Commissie een analyse van de nauwheid van de concurrentierelatie, die aantoont dat TNT en UPS inderdaad naaste concurrenten zijn op de markt van intra-EER-expreslevering. De analyse laat zien dat DHL ook een naaste concurrent van de partijen is, terwijl FedEx en de belangrijkste niet-geïntegreerde bedrijven DPD en GLS verder verwijderde concurrenten van de partijen zijn, zoals wordt aangetoond in de onderdelen 7.3 en 7.2.1.

(632) De analyse is nuttig om te bepalen welke ondernemingen die op de markt van intra-EER-expreslevering actief zijn, producten aanbieden die nauwe substituten van elkaar zijn, en zij levert informatie over de omvang van de concurrentiedruk die thans van deze ondernemingen uitgaat.

(633) Een dergelijke analyse is bijzonder relevant op een gesegmenteerde markt, zoals de onderhavige, waarop de producten en diensten verschillende kenmerken hebben. Een van de belangrijkste onderscheidende factoren op de markt van intra-EER-expreslevering is de dekking van de vertrek- en eindpunten die door een specifieke aanbieder wordt aangeboden (dat wil zeggen de EER-landen vanaf waar en waarnaar de kleine exprespakketten kunnen worden verzonden, en de omvang van de dekking van geografische gebieden binnen deze landen). Er zijn ook andere onderscheidende factoren zoals de kwalitatieve kenmerken van de dienst (betrouwbaarheid, kwaliteit van het traceringssysteem en het aanbieden van specifieke diensten zoals premiumdiensten met levering in de ochtend of middag en specifieke behandeling).

(634) De combinatie van verschillende onderscheidende factoren van de dienst tezamen met de commerciële aanpak van de aanbieders tijdens het biedingsproces (of een vergelijkbaar selectieproces van de klanten) bepaalt hoe nauwe substituten de aanbieders zullen zijn wanneer zij voor klanten concurreren. De Commissie heeft de bedrijven daarom niet alleen aan de hand van hun belangrijkste kenmerken geanalyseerd (zoals de dekking van hun diensten), maar ook beoordeeld hoe onderling substitueerbaar zij volgens het beschikbare bewijs zijn vanuit het perspectief van de klant, met name het oordeel dat de klanten tijdens de marktstudies hebben gegeven, een analyse van de biedingen en een analyse van de uittredingsinterviews van TNT.

(635) Het doel van de analyse is niet alleen om te bepalen hoe groot de rivaliteit tussen de twee fuserende ondernemingen is, maar ook om te achterhalen welke ondernemingen thans nauwe substituten voor de partijen bij de concentratie op deze gesegmenteerde markt zijn. Dit is in de onderhavige zaak bijzonder relevant, aangezien het beschikbare bewijs doet uitschijnen dat thans een zeer kleine kring van aanbieders op de betrokken segmenteerde markt nauw met elkaar concurreert, vergeleken met andere bedrijven die op de markt aanwezig zijn.”

– Perceptie van de klanten volgens de marktstudies

56 De Commissie heeft in de overwegingen 636 tot en met 652 van het bestreden besluit vermeld welke antwoorden de klanten op haar vragenlijsten hadden gegeven op het punt van de nauwe concurrentie op de markten van de betrokken diensten, waaruit duidelijk bleek dat de partijen bij de concentratie en DHL zich in een nauwe concurrentierelatie bevonden.

– Vergelijking van de bestemmingen die worden bediend en de leveringen die worden gedekt voor de verschillende expresdiensten

57 In overweging 653 van het bestreden besluit heeft de Commissie benadrukt een van de belangrijkste onderscheidende factoren voor de ondernemingen die de betrokken diensten leveren, de dekking van de landen van vertrek en aankomst is, aangezien dit bepaalt of de klant een klein pakket via een gegeven expresdienst kan versturen (vroeg in de ochtend, ’s middags of op elk uur van de dag) vanuit een bepaald vertrekpunt naar een bepaalde bestemming.

58 In de overwegingen 654 tot en met 658 heeft de Commissie enerzijds de integratoren met elkaar vergeleken en anderzijds de integratoren met de dochterondernemingen van La Poste en Royal Mail, om in overweging 659 tot de conclusie te komen dat de partijen bij de concentratie voor de klanten die een ruimere geografische dekking binnen de EER nodig hebben, zeer waarschijnlijk het dichtste bij elkaar lagen wat de substitueerbaarheid van de diensten betrof.

– Bezorgtijden en premiumdiensten

59 In de overwegingen 660 en 661 van het bestreden besluit heeft de Commissie onderstreept dat een van de andere factoren waardoor de ondernemingen die de betrokken diensten leveren zich van elkaar onderscheidden, de bezorgtijden waren – waarbij de markt in drie segmenten was onderverdeeld, namelijk het segment „Vóór 10 uur", het segment „Vóór 12 uur" en het segment „Op elk uur van de dag" –, met name voor bepaalde producten, waarbij de diensten in de ochtend als premiumdiensten werden gezien.

60 Op basis van haar analyse is de Commissie tot het oordeel gekomen dat de partijen bij de concentratie sterk concurreerden met DHL, tegenover een vrij zwak aanbod van de niet-integratoren van premiumdiensten (overwegingen 662-665).

– Kwaliteit van diensten

61 In overweging 666 van het bestreden besluit heeft de Commissie verklaard dat „de kenmerken van de partijen, als belangrijkste integratoren, op het gebied van de kwaliteit, zoals tracering of diverse bijkomende diensten, [...] met elkaar vergelijkbaar [waren], in tegenstelling tot die van de niet-geïntegreerde bedrijven (als DPD en GLS) die verre substituten voor de diensten van de partijen zijn wat betreft de verschillende kwaliteitscriteria, zoals is uitgelegd in het onderdeel betreffende de niet-integratoren (met name in onderdeel 7.2.1.7, waarin wordt uitgelegd waarom de internationale intra-EER-expresdiensten van La Poste en Royal Mail worden gezien als verre substituten voor de diensten van de partijen voor zover het de verschillende kwaliteitscriteria betreft)."

– Biedingen

62 In de overwegingen 667 tot en met 684 van het bestreden besluit is de Commissie op basis van de gegevens van UPS (overwegingen 668-674), van TNT (overwegingen 675-681) en van DHL (overwegingen 682-684) tot het oordeel gekomen dat de partijen bij de concentratie op het punt van de biedingsprocessen nauw met elkaar concurreerden, net als DHL en in tegenstelling tot FedEx en de niet-integratoren.

– Binding van de klanten van TNT

63 De Commissie heeft in de overwegingen 685 tot en met 701 van het bestreden besluit een analyse verricht van de interviews die TNT bij haar klanten had afgenomen over de redenen waarom zij van aanbieder wisselden.

– Conclusie ten aanzien van de nauwe concurrentie

64 In de overwegingen 702 tot en met 711 van het bestreden besluit heeft de Commissie, tevens in antwoord op de opmerkingen van de partijen bij de concentratie naar aanleiding van de PvB, geoordeeld dat UPS en TNT nauwe concurrenten van DHL waren op de markten van de betrokken diensten.

Aantasting van de concurrentiedruk op „extreem gedifferentieerde" markten

65 In de overwegingen 712 tot en met 714 van het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de concentratie het aantal aanbieders van de betrokken diensten, integratoren en niet-integratoren, op sommige markten van vier naar drie verlaagde.

66 In de overwegingen 715 tot en met 720 van het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de concentratie het aantal integratoren dat de betrokken diensten aanbood, op sommige markten van drie naar twee verlaagde, gelet op de positie van FedEx.

67 In de overwegingen 721 tot en met 726 van het bestreden besluit heeft de Commissie gemeten welke prijseffecten de concentratie waarschijnlijk zou hebben en in de overwegingen 727 tot en met 740 heeft zij uiteengezet welke analyse UPS van de prijseffecten van de concentratie had gemaakt.

Drempels voor toetreding en voor expansie op de markten van de betrokken diensten

68 In overweging 741 van het bestreden besluit is de Commissie tot het volgende oordeel gekomen:

„(741) De toetreding of expansie op de markt van intra-EER-expreslevering moet vanuit twee invalshoeken worden onderzocht: het productaanbod en de geografische reikwijdte. Ongeacht de invalshoek zijn de drempels voor toetreding of expansie met elkaar vergelijkbaar. Zij kunnen als volgt worden samengevat: een nieuwkomer op de markt van intra-EER-expreslevering zou moeten voorzien in i) een IT-infrastructuur, ii) een sorteerinfrastructuur in de hele EER en iii) een luchtnetwerk. Uit het feit dat in de afgelopen 20 jaar weinig nieuwkomers tot de markt zijn toegetreden, blijkt dat deze drempels aanzienlijk zijn en dat zelfs uitbesteding geen oplossing biedt."

69 Ter onderbouwing van haar analyse heeft de Commissie gewezen op ten eerste het feit dat er in de laatste 20 jaar geen grote nieuwkomer was geweest (overwegingen 742-746), ten tweede de beoordeling van product- en geografische dimensie van de markt (overwegingen 747-750), ten derde de noodzaak voor een nieuwkomer op de markten van de betrokken diensten om in de hele EER een infrastructuur op te bouwen (overwegingen 751 en 752), ten vierde de noodzaak om over een eigen IT-netwerk te beschikken (overwegingen 753-759), ten vijfde de noodzaak om in de hele EER over een sorteerinfrastructuur te beschikken (overwegingen 760-765) en ten zesde de noodzaak om over een eigen luchtvervoersnetwerk te beschikken (overwegingen 766-780).

70 In de overwegingen 781 en 782 is de Commissie tot de volgende conclusie gekomen:

„(781) De drempels voor toetreding of expansie zijn cumulatief, aangezien een nieuwkomer op de markt van intra-EER-expreslevering die tegelijk zou moeten overwinnen om bezorgingsdiensten te leveren die concurreren met die van de sterkste spelers. Om effectief te concurreren moet een intra-EER-expresnetwerk worden opgezet in termen van zowel productaanbod als geografische reikwijdte. De nieuwkomer zou dus complexe infrastructuur in de hele EER moeten opzetten, waaronder sorteercentra, voor een uitgebreid en dicht netwerk voor het ophalen en bezorgen [‚Pick-Up & Delivery' (PUD)] moeten zorgen en een luchtnetwerk, grondnetwerk, lijntrajecten en een complex IT-netwerk moeten opbouwen. Dit alles gaat gepaard met aanzienlijke kosten, risico's en tijd.

(782) Om te waarborgen dat zij kostenefficiënt is en dus om effectieve concurrentie te vormen, moet de toetreding of expansie op voldoende grote schaal plaatsvinden en moet voldoende dichtheid van het netwerk worden bereikt. Aangezien de bezorging van kleine pakketten een netwerkindustrie is, zijn de schaalvoordelen en de dichtheid bepalend (zoals is toegelicht in onderdeel 6.1.3), en het kan lang duren voordat die worden bereikt. Totdat voldoende schaalvoordelen worden behaald, zullen de aanbieders aanzienlijke kosten en risico's moeten dragen, en zullen zij het bedrijf gedurende lange tijd niet winstgevend kunnen voeren voordat hun investeringen zullen renderen. Deze complexiteit onderstreept de moeilijkheden die met toetreding en expansie op deze markt gepaard gaan."

Waarschijnlijkheid, tijdigheid en toereikendheid van toetreding of expansie om de potentiële mededingingsverstorende gevolgen van de concentratie tegen te gaan

71 In het bestreden besluit is de Commissie tot het oordeel gekomen dat noch de expansieplannen van FedEx (overweging 783) noch die van de overige marktdeelnemers (overwegingen 784-787) enige mededingingsverstorende strategie van de partijen bij de concentratie zouden kunnen beletten (overweging 788).

Bestaan van compenserende afnemersmacht

72 Wat de vraag betreft of er compenserende afnemersmacht was, heeft de Commissie allereerst aan het volgende herinnerd:

„(789) Compenserende afnemersmacht wordt in de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies gedefinieerd als ‚de sterke onderhandelingspositie van de afnemer in commerciële onderhandelingen met de verkoper, welke hij te danken heeft aan zijn omvang, zijn commerciële betekenis voor de verkoper en zijn vermogen om over te schakelen op andere leveranciers'. Zij heeft betrekking op het vermogen van de grote afnemers om op geconcentreerde stroomafwaartse markten prijsconcessies van de leveranciers af te dwingen.

(790) In de richtsnoeren is een niet-uitputtende lijst van de mogelijke bronnen van compenserende afnemersmacht opgenomen, waaronder het vermogen van een grote afnemer om zich tot andere leveranciers te wenden, om uitbreiding of toetreding [van concurrenten] te ondersteunen of te weigeren om bepaalde producten van de partijen bij de concentratie af te nemen indien zij de prijzen van de producten waarvoor de concentratie tot minder concurrentie leidt, zouden verhogen."

73 In de overwegingen 791 tot en met 799 van het bestreden besluit heeft de Commissie, na het standpunt van UPS te hebben omschreven (overweging 791), de conclusie getrokken dat „klanten niet het vermogen hebben om voldoende compenserende afnemersmacht uit te oefenen om na de concentratie een tegenwicht te bieden voor een verhoging van de prijzen op de markt van intra-EER-expreslevering".

Positie van TNT zonder de concentratie

74 De Commissie heeft in de overwegingen 800 tot en met 806 van het bestreden besluit geoordeeld dat rekening moest worden gehouden met de huidige dekking en het concurrentievermogen van TNT. Voorts heeft zij het argument van UPS inzake de potentiële achteruitgang van TNT op het gebied van de expresdiensten over lange afstanden verworpen.

Verwachte efficiëntieverbeteringen als gevolg van de concentratie

75 Wat de verwachte efficiëntieverbeteringen als gevolg van de concentratie betreft, heeft de Commissie bij wijze van inleiding in de overwegingen 807 tot en met 816 van het bestreden besluit herinnerd aan de criteria die zijn vastgesteld in 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).

76 In de overwegingen 817 tot en met 848 van het bestreden besluit heeft de Commissie een analyse gemaakt van de door de partijen bij de concentratie gestelde efficiëntieverbeteringen in termen van kostenverlagingen als gevolg van operationele synergiën (overwegingen 822-831), synergiën bij het luchtnetwerk (overwegingen 832-837) en synergiën bij de algemene kosten van de bedrijfsvoering en

de administratie (overweging 838), en van de argumenten van de partijen bij de concentratie inzake de verifieerbaarheid van hun gegevens (overwegingen 839-841) en de verdeling van de voorziene verlagingen over de diensten en geografische gebieden (overwegingen 842-848).

77 In de overwegingen 849 tot en met 921 van het bestreden besluit heeft de Commissie een beoordeling gemaakt van de door de partijen bij de concentratie gestelde efficiëntieverbeteringen en hun verifieerbaarheid (overwegingen 850-892), de voordelen die de consument worden verschaft (overwegingen 893-906), de specificiteit van de concentratie (overwegingen 907-910) en de berekeningen van de synergiën (overwegingen 911-921).

Analyse per land

78 De Commissie heeft in de overwegingen 923 tot en met 939 van het bestreden besluit een synthese van haar bevindingen op de markten van de betrokken diensten gemaakt.

79 In de overwegingen 940 tot en met 951 van het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat niet op de door UPS verstrekte marktaandelen kon worden afgegaan.

80 Vervolgens heeft zij in het bestreden besluit een omschrijving gegeven van de positie van UPS en van haar beoordeling van de gevolgen van de concentratie op de markten van de betrokken diensten, rekening houdend met de waarschijnlijke prijseffecten van de concentratie en de verwachte efficiëntieverbeteringen als gevolg van de concentratie, land per land voor sommige van de EER-landen, namelijk Bulgarije (overwegingen 952-1018), Tsjechië (overwegingen 1019-1070), Denemarken (overwegingen 1071-1148), Estland (overwegingen 1149-1193), Finland (overwegingen 1194-1240), Hongarije (overwegingen 1241-1317), Letland (overwegingen 1318-1365), Litouwen (overwegingen 1366-1415), Malta (overwegingen 1416-1435), Nederland (overwegingen 1436-1563), Polen (overwegingen 1564-1633), Roemenië (overwegingen 1634-1679), Slowakije (overwegingen 1680-1743), Slovenië (overwegingen 1744-1798) en Zweden (overwegingen 1799-1849).

Algemene conclusie van de Commissie ten aanzien van de gevolgen van de concentratie in het bestreden besluit

81 In overweging1850 van het bestreden besluit is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de concentratie een SBDM zou vormen op de markten van de betrokken diensten in Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Estland, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Nederland, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Finland en Zweden, dus in vijftien lidstaten van de EER.

Verbintenissen van de partijen bij de concentratie

82 In de overwegingen 1851 tot en met 1942 van het bestreden besluit heeft de Commissie omschreven welke verbintenissen de partijen bij de concentratie hadden aangeboden. In de overwegingen 1943 tot en met 2106 heeft zij haar negatieve beoordeling van die verbintenissen uiteengezet.

Procedure en conclusies van partijen

83 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 april 2013, heeft verzoekster beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit ingesteld.

84 In de begeleidende brief bij het verzoekschrift heeft verzoekster de aandacht van het Gerecht erop gevestigd dat het verzoekschrift en de bijlagen daarbij vertrouwelijk waren en op haar betrekking hebbende zakengeheimen bevatten.

85 Verzoekster heeft derhalve op grond van artikel 6, lid 3, van de Instructies aan de griffier van het Gerecht verzocht om deze inlichtingen niet te vermelden in de op de zaak betrekking hebbende stukken die voor het publiek toegankelijk zijn.

86 Bovendien heeft verzoekster te kennen gegeven dat zij in geval van een interventie door een derde voornemens was om het Gerecht te verzoeken om haar zakengeheimen uit alle aan de interveniënt meegedeelde stukken weg te laten overeenkomstig artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991.

87 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op diezelfde dag, heeft verzoekster een verzoek om versnelde behandeling als bedoeld in artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 ingediend.

88 Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 12 april 2013, heeft de Commissie de ontvangst van verzoeksters verzoekschrift en haar verzoek om versnelde behandeling bevestigd en het Gerecht verzocht om verlenging van de termijn voor neerlegging van haar verweerschrift.

89 Bij op 17 april 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft de Commissie haar opmerkingen over het verzoek om versnelde behandeling van verzoekster ingediend.

90 Bij beslissing van 7 mei 2013 is het door verzoekster gedane verzoek om de onderhavige zaak versneld te behandelen afgewezen.

91 Op 7 mei 2013 is beslist dat op het verzoek van de Commissie om verlenging van de termijn voor neerlegging van haar verweerschrift niet langer hoefde te worden beslist.

92 Bij een op 15 mei 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief heeft de Commissie het Gerecht verzocht om de termijn voor neerlegging van haar verweerschrift te verlengen.

93 Op 27 mei 2013 is dit verzoek ingewilligd.

94 Bij een op 25 juni 2013 ter griffie van het Gerecht ingediende brief heeft de Commissie het Gerecht opnieuw verzocht om de termijn voor neerlegging van haar verweerschrift te verlengen.

95 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 juni 2013, heeft FedEx verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie (hierna: „interventieverzoek”).

96 Bij brieven van de griffie van het Gerecht van 25 juni 2013 zijn verzoekster en de Commissie uitgenodigd om uiterlijk 18 juli 2013 hun opmerkingen over het interventieverzoek in te dienen.

97 Op 2 juli 2013 is het verzoek van de Commissie om verlenging van de termijn voor neerlegging van haar verweerschrift ingewilligd.

98 Bij schrijven van 5 juli 2013, gericht aan de griffie van het Gerecht, heeft verzoekster verzocht om de termijn voor neerlegging, in het kader van haar verzoek om vertrouwelijke behandeling, van een versie van het verzoekschrift die niet vertrouwelijk is jegens FedEx te verlengen tot 1 augustus 2013, gelet op de omvang van het dossier en het aantal gevoelige gegevens en het feit dat het bestreden besluit nog niet beschikbaar was voor het publiek omdat de Commissie nog vele verzoeken om vertrouwelijkheid aan het behandelen was.

99 De Commissie heeft haar verweerschrift op 9 juli 2013 neergelegd, en vervolgens haar opmerkingen over het interventieverzoek op 10 juli 2013.

100 Bij brief van het Gerecht van 11 juli 2013 is het door verzoekster gedane verzoek om verlenging van de termijn voor de neerlegging van een versie van het verzoekschrift die niet vertrouwelijk is jegens FedEx ingewilligd.

101 Verzoekster heeft haar opmerkingen over het interventieverzoek op 17 juli 2013 ingediend.

102 Bij akten, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 31 juli 2013, heeft verzoekster gevraagd om bepaalde vertrouwelijke stukken weg te laten uit de processtukken die aan FedEx zouden worden betekend, waaronder het verzoekschrift en de bijlagen. Verzoekster heeft een lijst en niet-vertrouwelijke versies van die stukken overgelegd.

103 In haar brief heeft verzoekster allereerst te kennen gegeven dat zij haar verzoek om vertrouwelijke behandeling jegens FedEx in de loop van de procedure zou uitbreiden tot andere stukken waarvan aan het Gerecht kennis werd gegeven, zoals het verweerschrift van de Commissie en de repliek.

104 Vervolgens heeft verzoekster uitgelegd dat de gegevens waarvoor zij om vertrouwelijke behandeling vroeg, onderdeel waren van de analyse van de gevolgen van de concentratie op het punt van de prijzen en efficiëntieverbeteringen en betrekking hadden op haar operationele en commerciële strategie en de door haar tijdens administratieve procedure aan de Commissie aangeboden verbintenissen.

105 Tot slot heeft verzoekster de aandacht van het Gerecht gevestigd op het feit dat sommige stukken in het dossier vertrouwelijke informatie en zakengeheimen betreffende derden bevatten, in het bijzonder TNT, en dat zij meende dat zij niet in hun naam om vertrouwelijke behandeling kon verzoeken, waarbij zij niettemin aan het Gerecht heeft aangegeven welke de TNT betreffende gegevens waren.

106 Bij een 9 augustus 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief heeft de Commissie haar opmerkingen over het verzoek om vertrouwelijke behandeling doen toekomen, waarbij zij heeft benadrukt dat sommige stukken in het dossier, maar niet het verweerschrift, vertrouwelijke gegevens betreffende TNT bevatten en dat indien verzoekster, die deze gegevens in de loop van de administratieve procedure had verstrekt, inderdaad van mening was dat zij haar verzoek om vertrouwelijke behandeling niet daartoe kon uitbreiden, zij dan zelf de inhoud van het verzoekschrift moest herzien.

107 Bij beslissing van de griffier van 20 augustus 2013 is verzoekster verzocht om de niet-vertrouwelijke versies uiterlijk 5 september 2013 in die zin te regulariseren dat alle gegevens betreffende TNT daarin werden weggelaten.

108 Op 2 september 2013 heeft verzoekster de repliek neergelegd.

109 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op diezelfde dag, heeft verzoekster het Gerecht, gezien artikel 64, lid 3, onder e), en lid 4, alsmede artikel 65 van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991, verzocht om de Commissie bij wijze van maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie te gelasten om de door FedEx tijdens de administratieve procedure verstrekte documenten over te leggen.

110 Verzoekster heeft verduidelijkt dat haar verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang of van instructie hoofdzakelijk betrekking hadden op het middel inzake schending van de rechten van de verdediging.

111 Op 5 september 2013 heeft verzoekster ter griffie van het Gerecht een ten opzichte van FedEx niet vertrouwelijke versie van het verzoekschrift en de bijlagen daarbij, met daarin gegevens over TNT, ingediend, waaronder bijlage A.1, zijnde het bestreden besluit.

112 Op 5 september 2013 heeft verzoekster bevestigd dat haar verzoek van 31 juli 2013 betrekking had op verschillende categorieën van gegevens, zonder echter te preciseren waarom die gegevens beweerdelijk vertrouwelijk waren.

113 Bij beslissing van het Gerecht van 30 september 2013 is de onderhavige zaak toegewezen aan de Vierde kamer.

114 Bij beschikking van de president van de Vierde kamer van het Gerecht van 21 oktober 2013 is FedEx toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

115 Aan FedEx zijn alle aan de partijen betekende processtukken meegedeeld, waaronder de niet-vertrouwelijke versies van het verzoekschrift en de bijlagen daarbij, zoals door verzoekster gewijzigd op 5 september 2013.

116 Bij schrijven van 8 november 2013 heeft de Commissie haar opmerkingen over het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang van verzoekster van 2 september 2013 doen toekomen, waarbij zij tot afwijzing van dat verzoek concludeerde, gelet op het feit dat het te laat was ingediend en het feit dat dit verzoek niet dienstig was voor het goede verloop van de procedure.

117 Bij een schrijven dat op 6 december 2013 ter griffie van het Gerecht is neergelegd, heeft interveniënte uitvoerige bezwaren geformuleerd tegen het verzoek om vertrouwelijke behandeling van verzoekster, zoals dit haar door de griffie van het Gerecht was toegezonden.

118 Op 12 december 2013 heeft de griffie van het Gerecht interveniënte ervan in kennis gesteld dat de termijn voor neerlegging van de memorie in interventie, gezien haar bezwaren tegen het verzoek om vertrouwelijke behandeling, sine die was opgeschort en dat een nieuwe termijn zou worden bepaald na de vaststelling van een beschikking over de vertrouwelijkheid.

119 Op 30 januari 2014 heeft de Commissie haar dupliek ingediend.

120 Op diezelfde dag heeft verzoekster haar verzoek om vertrouwelijke behandeling aangevuld voor zover het de dupliek betreft.

121 Op 20 maart 2014 is verzoekster in verband met haar verzoek om vertrouwelijke behandeling van bijlage A.1 bij het verzoekschrift, namelijk de niet-vertrouwelijke versie van het bestreden besluit, verzocht om voor elk van de weggelaten gegevens aan te geven waarom die volgens haar vertrouwelijk moesten worden behandeld.

122 Aan verzoekster is voorts verzocht om in haar antwoord geen gegevens over haarzelf of TNT op te nemen waarvan zij meende dat die vertrouwelijk jegens interveniënte waren.

123 Los daarvan is verzoekster gevraagd om uit de vertrouwelijke versie van het bestreden besluit alleen die passages weg te laten die strikt noodzakelijk waren om de vertrouwelijkheid jegens interveniënte te bewaren.

124 Bij brieven van de griffie van 3 april 2014 is interveniënte verzocht om indiening van haar opmerkingen over het verzoek om vertrouwelijke behandeling jegens haar, zoals dit uiteindelijk door verzoekster was ingediend.

125 Bij fax gericht aan de griffie van het Gerecht van 25 april 2014 heeft interveniënte verklaard dat zij geen bezwaren had tegen het verzoek om vertrouwelijk behandelding, zoals dit uiteindelijk door verzoekster was ingediend.

126 Bij brief van de griffie van 8 mei 2014 zijn partijen ervan in kennis gesteld dat de termijn voor neerlegging van de memorie in interventie was bepaald op 20 juni 2014.

127 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 26 juni 2014, heeft interveniënte haar memorie in interventie ingediend.

128 Verzoekster heeft haar opmerkingen over deze memorie op 6 oktober 2014 ingediend en de ontvankelijkheid ervan bestreden.

129 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 juli 2015, heeft verzoekster verzocht om het onderhavige beroep bij voorrang te behandelen.

130 Op 16 juli 2015 heeft het Gerecht partijen op grond van artikel 89, lid 2, onder c), van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om schriftelijk op vragen te antwoorden.

131 Partijen hebben binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.

132 Bij beslissing van 4 augustus 2015 is het verzoek om behandeling bij voorrang op grond van artikel 67, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering ingewilligd.

133 Bij brief van 4 augustus 2015 heeft het Gerecht het door verzoekster ingediende verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang op grond van artikel 89, lid 2, onder a), van het Reglement voor de procesvoering ingewilligd en de Commissie verzocht om overlegging van bepaalde documenten die FedEx tijdens de administratieve procedure had verstrekt.

134 Op 12 augustus 2015 heeft de Commissie geweigerd om de gevraagde documenten over te leggen om de vertrouwelijkheid ervan te waarborgen.

135 Bij beschikking van 25 september 2015 heeft de Vierde kamer van het Gerecht de Commissie op grond van artikel 91, onder b), artikel 92, lid 3, en artikel 103 van het Reglement voor de procesvoering gelast om de gevraagde documenten over te leggen.

136 Op 2 oktober 2015 heeft de Commissie de gevraagde documenten overgelegd.

137 Bij beschikking van 27 oktober 2015 heeft de Vierde kamer van het Gerecht de Commissie op grond van artikel 91, onder b), artikel 92, lid 3, en artikel 103 van het Reglement voor de procesvoering gelast om aanvullende documenten over te leggen.

138 Bij beschikking van 11 december 2015 heeft de Vierde kamer van het Gerecht het de vertegenwoordigers van verzoekster op grond van artikel 91, onder b), artikel 92, lid 3, en artikel 103 van het Reglement voor de procesvoering toegestaan om, na ondertekening van een geheimhoudingsverklaring, ter griffie van het Gerecht een vertrouwelijk document in te zien.

139 Op 17 december 2015 hebben verzoeksters vertegenwoordigers de ondertekende geheimhoudingsverklaringen aan de griffie van het Gerecht toegezonden.

140 Van 15 januari 2016 tot en met 12 februari 2016 hebben verzoeksters vertegenwoordigers het vertrouwelijke document ter griffie van het Gerecht kunnen inzien.

141 Op 12 februari 2016 heeft het Gerecht partijen op grond van artikel 89, lid 2, onder a), van het Reglement voor de procesvoering verzocht om hun eventuele opmerkingen over het vertrouwelijke document binnen twee weken schriftelijk te doen toekomen.

142 Verzoekster en de Commissie hebben hun opmerkingen over de inhoud van het vertrouwelijke document dat in een dataroom was ingezien, op 26 respectievelijk 29 februari 2016 aan het Gerecht toegezonden.

143 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

144 Overeenkomstig artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering heeft het Gerecht partijen bij brief van 18 maart 2016 verzocht om indiening van hun opmerkingen over de eventuele noodzaak om de terechtzitting gedeeltelijk achter gesloten deuren te houden.

145 Op 29 maart 2016 heeft de Commissie op het verzoek van het Gerecht geantwoord dat zij meende dat het niet nodig was om de terechtzitting achter gesloten deuren te houden, tenzij zou worden ingegaan op het document dat vanaf 15 januari 2016 door verzoeksters vertegenwoordigers was ingezien in een dataroom.

146 Op 31 maart 2016 heeft verzoekster in antwoord op het verzoek van het Gerecht verklaard dat zij er geen bezwaar tegen had dat de standpunten in de openbaarheid zouden worden uitgewisseld en dat zij net zomin bezwaren tegen een terechtzitting achter gesloten deuren had, doch alleen indien zou worden ingegaan op het vertrouwelijke document dat haar vertegenwoordigers vanaf 15 januari 2016 hadden ingezien in een dataroom.

147 Op diezelfde dag heeft interveniënte aangegeven dat zij het noodzakelijk achtte dat de terechtzitting in zijn geheel achter gesloten deuren zou plaatsvinden, en niet alleen gedeeltelijk, zoals het Gerecht had gesuggereerd, wegens de vele verschillen tussen de niet-vertrouwelijke versie van het bestreden besluit zoals die in het dossier was opgenomen en de openbare versie van het bestreden besluit, welke verschillen in de bijlage bij interveniëntes opmerkingen waren opgesomd.

148 Op 5 april 2016 heeft het Gerecht, partijen gehoord, beslist om de terechtzitting in zijn geheel achter gesloten deuren te houden.

149 Partijen hebben ter terechtzitting van 6 april 2016 pleidooi gehouden en geantwoord op de mondeling gestelde vragen van het Gerecht.

150 Bij maatregel tot organisatie van de procesgang van 11 april 2016 heeft het Gerecht de Commissie op grond van artikel 89, lid 3, onder a) en d), van het Reglement voor de procesvoering verzocht om overlegging van bepaalde documenten waarop zij zich tijdens de terechtzitting van 6 april 2016 had beroepen en om schriftelijke beantwoording van een vraag.

151 Op 26 april 2016 heeft de Commissie de gevraagde documenten overgelegd en binnen de termijn geantwoord op de vraag van het Gerecht.

152 Op 8 juni 2016 heeft verzoekster haar opmerkingen over de op 26 april 2016 door de Commissie toegezonden documenten en haar antwoord ingediend.

153 Bij beslissing van 4 oktober 2016 heeft het Gerecht de mondelinge behandeling gesloten.

154 In haar verzoekschrift concludeert verzoekster tot:

— nietigverklaring van het bestreden besluit;

— verwijzing van de Commissie in de kosten.

155 De Commissie concludeert tot:

— verwerping van het beroep in zijn geheel;

— verwijzing van verzoekster in de kosten, die van interveniënte daaronder begrepen.

156 Interveniënte concludeert tot:

— verwerping van het beroep in zijn geheel;

— verwijzing van verzoekster in de kosten.

In rechte

157 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster in wezen drie middelen aan. Het eerste betreft schending van het recht en kennelijke beoordelingsfouten, het tweede schending van de rechten van de verdediging en het derde niet-nakoming van de motiveringsplicht.

158 Het tweede middel van het beroep, dat als eerste moet worden onderzocht, valt in wezen uiteen in vier onderdelen, ontleend aan schending van de rechten van de verdediging voor zover het respectievelijk de waarschijnlijke prijseffecten van de concentratie, de verwachte efficiëntieverbeteringen als gevolg van de concentratie, de toekomstige concurrentiepositie van FedEx en het aantal lidstaten van de EER met een SBDM betreft.

159 In het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel herinnert verzoekster eraan dat zij en de Commissie tijdens de administratieve procedure hun analyses van de concentratie in termen van prijzen en verwachte efficiëntieverbeteringen – door een berekening van de verwachte nettogevolgen van de concentratie voor de prijzen op de verschillende nationale markten – hebben uitgewisseld.

160 De analyse van de concentratie in termen van prijzen die in het bestreden besluit voorkomt, verschilt echter aanzienlijk van alle versies waartoe verzoekster tijdens de administratieve procedure toegang heeft gehad, hetgeen afbreuk doet aan haar rechten van de verdediging.

161 In de bijlage bij het verzoekschrift legt verzoekster een verslag over met daarin een overzicht van de wijzigingen die volgens haar zijn aangebracht in het model dat zij heeft gebruikt en een uitzetting van de technische redenen waarom zij de resultaten die in het bestreden besluit zijn vermeld niet kan reproduceren.

162 Na het antwoord van de Commissie op de maatregel tot organisatie van de procesgang van het Gerecht die na de terechtzitting is getroffen, betoogt verzoekster dat het econometrische model dat in het bestreden besluit is gebruikt, een zeer restrictieve versie van een niet-lineaire benadering is, of zelfs een benadering die zij als „lineair per segment” kwalificeert, waarover tijdens de administratieve procedure geen standpunten zijn uitgewisseld.

163 Verzoekster beweert namelijk dat de Commissie eerder een lineair model binnen elke bandbreedte heeft gebruikt.

164 Zij benadrukt daarnaast dat het met de economische praktijk in strijd is om in het stadium van de schatting en in het stadium van de voorspelling, de twee stappen in de econometrische analyse van de Commissie, twee verschillende concentratievariabelen te gebruiken.

165 Om de concentratiegraad op de markt te vertegenwoordigen heeft de Commissie namelijk in het stadium van de schatting een gediscretiseerde concentratievariabele gebruikt, overeenkomstig de aanbevelingen die verzoekster daartoe had gedaan, terwijl zij in het stadium van de voorspelling een continue variabele heeft aangehouden.

166 Verzoekster geeft derhalve te kennen dat de Commissie, door in het stadium van de voorspelling een dergelijke variabele aan te houden, niet de ontwikkeling van de prijs van de ene bandbreedte tot een andere heeft geanalyseerd, maar alleen de prijsontwikkeling binnen elke bandbreedte.

167 Wat deze bandbreedtes betreft, voert verzoekster nog aan dat zij die niet heeft opgesteld, maar dat de Commissie die willekeurig heeft gekozen.

168 Bijgevolg kan verzoekster niet dienstig in verzet komen tegen de betrouwbaarheid van het betrokken econometrische model, waarvan de Commissie in het bestreden besluit is uitgegaan, of tegen de afwijkingen tussen de resultaten van de Commissie en de resultaten die zij zelf heeft berekend in de laatste econometrische analyse die zij aan de Commissie had verstrekt, op 16 november 2012.

169 Het feit dat zij de resultaten van de Commissie niet kan reproduceren, laat zien dat de Commissie haar niet heeft gehoord alvorens een econometrisch model dat bepalend was voor de inhoud van het bestreden besluit, merkbaar en in haar nadeel te wijzigen.

170 Indien de Commissie haar vóór de vaststelling van het bestreden besluit over de betrokken wijzigingen zou hebben gehoord, had verzoekster de resultaten waarvan in het bestreden besluit is uitgegaan, kunnen verifiëren en had zij vooral haar standpunt kenbaar kunnen maken ten aanzien van de gepastheid van een zo belangrijke wijziging.

171 Daarnaast stelt verzoekster onder verwijzing naar het derde onderdeel van haar tweede middel, inzake de toekomstige concurrentiepositie van FedEx, in wezen dat zij tijdens de administratieve procedure niet vroeg genoeg toegang heeft gehad tot de dekkingsgegevens van FedEx in 2015 en derhalve dat zij geen aangepaste corrigerende maatregelen heeft kunnen aanvoeren.

172 De Commissie bestrijdt de ontvankelijkheid van verzoeksters juridische en economische argumenten, omdat die in een bijlage bij het verzoekschrift zijn opgenomen. De bijlagen dienen immers slechts als bewijsmiddel en documentatie.

173 Volgens de Commissie bevat het verzoekschrift geen toelichtingen ten aanzien van de gestelde verschillen, op een verwijzing naar een bijlage na, zodat haar argumenten op grond van artikel 44, lid 1, onder c), van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 niet-ontvankelijk zijn omdat het verzoekschrift niet de essentiële onderdelen van het middel bevat.

174 Verzoekster wijst deze exceptie van niet-ontvankelijkheid af, aangezien de essentiële onderdelen van haar betoog duidelijk in de tekst zelf van het verzoekschrift voorkomen en de verwijzing naar bijlage A.6 bij het verzoekschrift slechts bedoeld was om haar hoofdargumenten technisch te onderbouwen.

175 In het verzoekschrift is namelijk gepreciseerd dat het betrokken econometrische model aanzienlijk verschilde van alle econometrische modellen die verzoekster tijdens de administratieve fase heeft kunnen bestuderen en dat dit met name wordt bevestigd door het feit dat verzoekster er niet in is geslaagd om genoemd model volledig te begrijpen en om de resultaten die daaruit zijn voortgekomen te verifiëren.

176 Subsidiair stelt de Commissie dat het eerste onderdeel van het tweede middel niet ter zake dienend en in elk geval ongegrond is.

177 Om te beginnen verschilt haar uiteindelijke analyse van de waarschijnlijke prijseffecten van de concentratie niet substantieel van de analyse die verzoekster heeft overgelegd, zoals blijkt uit een bijlage bij haar verweerschrift.

178 Volgens de Commissie hadden de aangebrachte wijzigingen betrekking op de mogelijke aannames ten aanzien van de gevolgen van toegenomen concentratie op de aanvankelijke prijsniveaus die aan het econometrische model ten grondslag liggen en de concentratievariabele die moest worden gekozen, zoals blijkt uit de overwegingen 727 tot en met 740 van het bestreden besluit.

179 Vervolgens stelt de Commissie dat zij niet verplicht was om verzoekster te horen alvorens het econometrische model in kwestie vast te stellen.

180 Ter onderbouwing van die stelling merkt de Commissie op dat verzoekster vijf studies heeft ingediend in een relatief laat stadium van de administratieve procedure, maar dat niettemin alle studies uitgebreid zijn besproken tijdens verschillende bijeenkomsten over de stand van zaken. De Commissie verduidelijkt dat zij ten aanzien van verzoeksters laatste studie, die van 16 november 2012, eveneens voorlopige standpunten had ingenomen tijdens de bijeenkomst over de stand van zaken van 11 december 2012 en dat, gezien het feit dat die laatste studie te laat was overgelegd, „haar eindbeoordeling aan het [bestreden] besluit moest worden overgelaten”.

181 Tot slot betoogt de Commissie dat haar benadering in overeenstemming is met de rechtspraak over de rechten van de verdediging in de context van concentraties, in die zin dat zij, aangezien het besluit geen kopie van de PvB hoeft te zijn, het recht heeft om de door haar geformuleerde bezwaren te herzien of elementen, feitelijk of rechtens, toe te voegen, mede in het licht van de antwoorden die verzoekster tijdens de administratieve procedure heeft gegeven, mits in het bestreden besluit dezelfde bezwaren worden geuit als in de PvB, hetgeen in de onderhavige zaak het geval is.

182 In de repliek betoogt verzoekster dat indien de Commissie – op grond van een onjuiste rechtsopvatting – van oordeel was dat zij niet het recht had om in november 2012 geactualiseerde studies in te dienen, zij in het bestreden besluit dan dezelfde prijs-concentratieanalyse had moeten gebruiken als in de PvB, waardoor zij dan de mogelijkheid zou hebben gehad om de inhoudelijke fouten in deze analyse te bestrijden voor het Gerecht. Uit de rechtspraak volgt namelijk dat de Commissie argumenten die zijn aangevoerd in het antwoord op de PvB mag verwerpen op grond van argumenten en gronden die niet in de PvB zijn vermeld, maar dat zij zich niet mag baseren op andere elementen dan die die in de PvB zijn uiteengezet.

183 In de onderhavige zaak had de Commissie hoogstens de in november 2012 door verzoekster overgelegde studies kunnen afwijzen zonder haar nader te horen. Volgens verzoekster kon de Commissie echter niet afzien van het horen van verzoekster, aangezien zij de methodes en resultaten van die studies zodanig bewerkt had dat zij de nieuwe resultaten kon gebruiken om zich tegen de concentratie te verzetten, als tegenwicht voor factoren die zij na de PvB had aanvaard, namelijk de efficiëntieverbeteringen en de expansie van FedEx.

184 In de tweede plaats is het feit dat verzoeksters stukken volgens de Commissie „te laat” zijn ingediend, het resultaat van de eigen houding van de Commissie tijdens de administratieve procedure.

185 In de dupliek stelt de Commissie dat pas van schending van verzoeksters rechten van de verdediging kan worden uitgegaan, wanneer zij bewijst dat de Commissie zich op de econometrische analyse in kwestie heeft gebaseerd om haar bezwaar te onderbouwen en dit bezwaar alleen aan de hand van genoemde analyse kan worden bewezen. De Commissie voegt daaraan toe dat verzoekster ook had moeten bewijzen dat haar beoordelingen op het punt van de SBDM’s anders zouden zijn geweest indien zij die analyse van het bewijs had moeten uitsluiten.

186 Uit het bestreden besluit blijkt echter dat van een SBDM op de Deense en de Nederlandse markt is uitgegaan, hoewel het verwachte netto-effect op basis van de econometrische analyse negatief was, zodat de beoordeling van de Commissie dat op die markten een SBDM waarschijnlijk was, niet anders zou zijn geweest indien die analyse van het bewijs zou zijn uitgesloten.

187 In dat verband is er voor het Gerecht aanleiding om op te merken dat verzoekster in het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel niet de gegrondheid van de betrokken econometrische analyse bestrijdt, wat het voorwerp van het eerste onderdeel van het eerste middel is, maar dat het betrokken econometrische model, dat de Commissie in het bestreden besluit heeft gehanteerd, tegen haar kan worden gebruikt, aangezien haar dit, in strijd met haar recht om te worden gehoord en meer algemeen haar rechten van de verdediging, niet is voorgelegd vóór de vaststelling van het bestreden besluit.

188 In die context is tussen partijen in geschil of het betrokken econometrische model, dat de Commissie in het bestreden besluit heeft gehanteerd, verschilt van het laatste model dat de Commissie aan verzoekster heeft voorgelegd tijdens de administratieve procedure en, zo ja, in welke mate.

189 Alvorens de gegrondheid van verzoeksters betoog te beoordelen, moet eerst worden nagegaan of het ontvankelijk is, wat de Commissie bestrijdt.

1. *Ontvankelijkheid van het eerste onderdeel van het tweede middel*

190 De Commissie bestrijdt de ontvankelijkheid van het eerste onderdeel van het tweede middel inzake schending van verzoeksters rechten van de verdediging voor zover het de waarschijnlijke prijseffecten van de concentratie betreft, omdat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 44, lid 1, onder c), van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991.

191 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat deze bepaling en artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering voorschrijven dat elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten. Deze uiteenzetting moet zo duidelijk en nauwkeurig zijn dat de verweerder zijn verdediging kan voorbereiden en het Gerecht in voorkomend geval zonder nadere informatie op het beroep uitspraak kan doen.

192 Ook moet eraan worden herinnerd dat het voor de ontvankelijkheid van een beroep voor het Gerecht noodzakelijk is dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken. Ofschoon het verzoekschrift op specifieke punten kan worden onderbouwd en aangevuld met verwijzingen naar bepaalde passages in bijgevoegde stukken, kan een algemene verwijzing naar andere stukken, ook al zijn die bij het verzoekschrift gevoegd, geen alternatief zijn voor de vermelding van de essentiële bestanddelen van het juridische betoog, die volgens voornoemde bepalingen in het verzoekschrift moeten staan (arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 40).

193 In de onderhavige zaak voert verzoekster aan dat de Commissie haar rechten van de verdediging heeft geschonden door het econometrische model dat zij haar met betrekking tot de waarschijnlijke prijseffecten had voorgelegd, aanzienlijk te wijzigen zonder haar daarover te horen.

194 Vastgesteld moet worden dat de elementen, rechtens en feitelijk, waarop verzoekster het eerste onderdeel van haar tweede middel baseert, onmiddellijk begrijpelijk zijn bij lezing van het verzoekschrift. Hoewel verzoekster inderdaad naar bijlage A.6 bij het verzoekschrift verwijst ter onderbouwing van de gestelde wijzigingen, komt het betoog waarop zij zich baseert om kritiek te leveren op het gebruik van de betrokken econometrische analyse, ook al is dat summier, uit de tekst van het verzoekschrift zelf naar voren.

195 Bovendien moet worden vastgesteld dat de Commissie in haar verweerschrift heeft kunnen antwoorden op het eerste onderdeel van het tweede middel van verzoekster, wat steun biedt voor de opvatting dat de inhoud van het eerste onderdeel van het tweede middel duidelijk was, hoewel dit onderdeel in het verzoekschrift summier was uiteengezet.

196 Ook heeft het Gerecht zich weliswaar aan bijlage A.6 moeten refereren voor de beoordeling van het bewijs ter onderbouwing van het eerste onderdeel van het tweede middel, maar het heeft in bijlage A.6 niet de argumenten hoeven op te sporen en te identificeren die als grondslag voor het eerste onderdeel van het tweede middel dienen.

197 Uit een en ander volgt dat het eerste onderdeel van het tweede middel, getoetst aan de vereisten van artikel 76, onder d), van het Reglement voor de procesvoering, ontvankelijk is.

2. *Gegrondheid van het eerste onderdeel van het tweede middel*

198 Doordat het eerste onderdeel betrekking heeft op de waarschijnlijke prijseffecten van de concentratie, houdt het tweede middel in dat moet worden nagegaan of verzoeksters rechten van de verdediging zijn aangetast als gevolg van de omstandigheden waaronder aan de betrokken econometrische analyse een ander econometrisch model ten grondslag is gelegd dan dat waarover de standpunten zijn uitgewisseld tijdens de administratieve procedure.

199 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen beginsel van Unierecht is, dat in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is vastgelegd, en dat in alle procedures, daaronder begrepen de procedures voor de Commissie op het gebied van concentraties, moet worden gewaarborgd (zie in die zin arrest van 9 maart 2015, Deutsche Börse/Commissie, T-175/12, niet gepubliceerd, EU:T:2015:148, punt 247).

200 Ook is geoordeeld dat het beginsel van een procedure op tegenspraak, dat deel uitmaakt van de rechten van de verdediging, verlangt dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de documenten die de Commissie voor de onderbouwing van haar stellingen heeft gebruikt (zie arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

201 In de onderhavige zaak moet er in de eerste plaats op worden gewezen dat de Commissie zich met name op de betrokken econometrische analyse heeft gebaseerd om vast te stellen in welke landen zich een SBDM zou voordoen, zoals volgt uit de overwegingen 721 tot en met 740 van het bestreden besluit.

202 De Commissie heeft de eindversie van haar econometrische model op 21 november 2012 vastgesteld, dus twee maanden vóór de vaststelling van het bestreden besluit op 30 januari 2013, zoals nauwkeurig blijkt uit de documenten die de Commissie in de bijlage bij haar dupliek heeft toegezonden.

203 Ook volgt uit de stukken in het dossier dat over de eindversie van het econometrische model geen mededelingen aan verzoekster zijn gedaan. Volgens de Commissie was dit namelijk overbodig omdat dit model het resultaat was van de veelvoudige communicatie die er tijdens de administratieve procedure tussen haar en verzoekster is geweest.

204 In essentie benadrukt de Commissie immers dat het uiteindelijke model zoals dit in het bestreden besluit is gepresenteerd, slechts marginaal afwijkt van de modellen die tijdens de administratieve procedure met verzoekster zijn besproken.

205 Ofschoon er inderdaad vele gelijkenissen zijn tussen het uiteindelijke econometrische model en de modellen die tijdens de administratieve procedure zijn besproken, neemt dit niet weg dat de aangebrachte wijzigingen al met al niet als verwaarloosbaar kunnen worden beschouwd.

206 Uit de opmerkingen die de Commissie en verzoekster na de terechtzitting hebben ingediend, blijkt immers dat de Commissie zich op twee verschillende variabelen heeft gebaseerd in, enerzijds, het stadium van de statistische schatting van de effecten van het verlies van een concurrent op de prijzen en, anderzijds, het stadium van de voorspelling van de prijseffecten van de transactie.

207 De Commissie heeft zich in het stadium van de schatting namelijk gebaseerd op een gediscretiseerde variabele en in het stadium van de voorspelling op een continue variabele.

208 Hoewel het gebruik van een gediscretiseerde variabele herhaaldelijk is besproken tijdens de administratieve procedure, blijkt uit het dossier niet dat dit ook het geval is met betrekking tot het gebruik van andere variabelen in de verschillende stadia waaruit de econometrische analyse bestaat.

209 Bijgevolg kan de Commissie niet stellen dat zij niet verplicht was om aan verzoekster het eindmodel van de econometrische analyse mee te delen vóór de vaststelling van het bestreden besluit.

210 Verzoeksters rechten van de verdediging zijn derhalve geschonden, zodat het bestreden besluit nietig moet worden verklaard, niet omdat verzoekster afdoende heeft aangetoond dat het bestreden besluit zonder die onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad, maar omdat zij heeft aangetoond dat zij een kans zou hebben gehad, hoe gering ook, om zich beter te verweren (zie in die zin arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 57).

211 In dat verband moet in de eerste plaats worden benadrukt dat de Commissie zich op de econometrische analyse heeft gebaseerd om tot de conclusie te komen dat er landen waren waarin het tot een SBDM zou komen.

212 Ten tijde van de PvB was de Commissie tot de voorlopige conclusie gekomen dat er 29 landen waren waarin het tot een SBDM zou komen op basis van een econometrische analyse die aantoonde dat de prijzen sterk zouden stijgen na de concentratie, zoals zij ter terechtzitting heeft vermeld.

213 Zoals de Commissie bovendien heeft erkend, hebben de latere resultaten van de econometrische analyse, die minder sterke prijsstijgingen lieten zien, haar ertoe gebracht om het aantal landen met een SBDM in het bestreden besluit terug te brengen tot vijftien.

214 In de tweede plaats heeft verzoekster reeds tijdens de administratieve procedure aanzienlijke invloed kunnen uitoefenen op de uitwerking van het door de Commissie voorgestelde econometrische model, aangezien zij technische problemen had opgeworpen waarvoor zij oplossingen had aangedragen, zoals de Commissie ook uitdrukkelijk erkent.

215 Gelet op een en ander moet derhalve worden geoordeeld dat verzoekster zich ten tijde van de administratieve procedure die tot de vaststelling van het bestreden besluit heeft geleid, beter had kunnen verweren indien zij vóór de vaststelling daarvan had beschikt over de eindversie van de econometrische analyse die de Commissie op 21 november 2012 heeft vastgesteld.

216 Aan die beoordeling kan niet worden afgedaan door de door de Commissie gestelde omstandigheid dat haar conclusies gebaseerd zijn op een grote verzameling gegevens, waarvan sommige kwantitatief zijn, zoals de econometrische analyse, en andere kwalitatief.

217 Zoals namelijk in punt 213 van het onderhavige arrest is opgemerkt, erkent de Commissie uitdrukkelijk dat zij zich op de nieuwe resultaten van de econometrische analyse heeft gebaseerd om het aantal landen met een SBDM na de PvB terug te brengen, zodat die resultaten in op zijn minst sommige landen hadden kunnen afdoen aan de kwalitatieve informatie waarmee de Commissie rekening had gehouden.

218 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat verzoekster informatie is onthouden die haar, indien die tijdig zou zijn toegezonden, in staat had kunnen stellen om andere resultaten met betrekking tot de prijseffecten van de transactie aan te voeren, die dan weer tot een herbeoordeling van de strekking van de door de Commissie in aanmerking genomen kwalitatieve informatie hadden kunnen leiden, en derhalve tot een verlaging van het aantal landen met een SBDM.

219 In de tweede plaats is het juist dat bij de beoordeling van de eerbiediging van de rechten van de verdediging in het kader van de concentratiecontrole rekening moet worden gehouden met het vereiste van snelheid dat kenmerkend is voor de algemene opzet van de concentratieverordening (zie in die zin arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 701).

220 Dit neemt echter niet weg dat de econometrische analyse in casu reeds verregaand vaststond vóór de bijeenkomst over de stand van zaken van 20 november 2012, dus meer dan twee manden vóór 30 januari 2013, de datum van het bestreden besluit, zoals de Commissie in haar geschriften erkent, zodat de Commissie op zijn minst de hoofdbestanddelen van het gekozen econometrische model aan verzoekster had kunnen meedelen.

221 De conclusie moet derhalve luiden dat de Commissie verzoeksters rechten van de verdediging heeft geschonden door haar niet de eindversie van haar econometrische model mee te delen.

222 Bijgevolg slaagt het tweede middel van het beroep voor zover het het eerste onderdeel betreft en moet het bestreden besluit in zijn geheel nietig worden verklaard, zonder dat de overige onderdelen van het tweede middel of de andere middelen van het beroep behoeven te worden onderzocht.

Kosten

223 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 de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in haar eigen kosten en in verzoeksters kosten. De interveniënt draagt zijn eigen kosten.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) 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), wordt nietig verklaard.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten en die van United Parcel Service, Inc.

3) FedEx Corp. zal haar eigen kosten dragen.

Prek Labucka Kreuschitz

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 maart 2017.

ondertekeningen