



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

16. januar 2019*

»Appel – kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser – UPS' overtagelse af TNT Express – kommissionsafgørelse, hvorved fusionen erklæres uforenelig med det indre marked og EØS-aftalen – økonomisk model udarbejdet af Kommissionen – manglende meddelelse af de foretagne ændringer i den økonomiske model – tilsidesættelse af retten til forsvar«

I sag C-265/17 P,

angående en appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 16. maj 2017,

Europa-Kommissionen ved T. Christoforou, N. Khan, H. Leupold og A. Biolan, som befuldmægtigede,
appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

United Parcel Service, Inc., Atlanta, Georgia (De Forenede Stater), ved solicitor A. Ryan, advokat F. Hoseinian, advokaten W. Knibbeler, S.A. Pliego og P. van den Berg samt advocate F. Roscam Abbing,
sagsøger i første instans,

FedEx Corp., Memphis, Tennessee (De Forenede Stater), ved barrister F. Carlin, solicitor G. Bushell og Rechtsanwältin N. Niejahr,
intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling),

sammensat af vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, som fungerende formand for Første Afdeling, og dommerne A. Arabadjiev, E. Regan, C.G. Fernlund (refererende dommer) og S. Rodin,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 25. juli 2018,

* Processprog: engelsk.

afsagt følgende

Dom

- 1 Europa-Kommissionen har med sit appelskrift nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2017:144), hvorved Retten annullerede Kommissionens afgørelse C(2013) 431 af 30. januar 2013 om en fusions uforenelighed med det indre marked og EØS-aftalen (sag COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (herefter »den omtvistede afgørelse«).

Tvistens baggrund

- 2 Det fremgår af den appellerede dom, at United Parcel Service, Inc. (herefter »UPS«) og TNT Express NV (herefter »TNT«) er to selskaber, der opererer på markederne for internationale tjenesteydelser med ekspresudbringning af småpakker.
- 3 Den 15. juni 2012 anmeldte UPS sin påtænkte overtagelse af TNT til Kommissionen i medfør af artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 24, s. 1).
- 4 Den 30. januar 2013 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse. Kommissionen udtalte, at den anmeldte fusion var uforenelig med det indre marked og med aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994, L 1, s. 3), efter at have fastslået, at den udgjorde en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence på markederne for de omhandlede tjenesteydelser i 15 medlemsstater, nemlig i Bulgarien, i Den Tjekkiske Republik, i Danmark, i Estland, i Letland, i Litauen, i Ungarn, på Malta, i Nederlandene, i Polen, i Rumænien, i Slovenien, i Slovakiet, i Finland og i Sverige.

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 5 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 5. april 2013 anlagde UPS sag med påstand om annulation af den omtvistede afgørelse. Til støtte for dette søgsmål påberåbte UPS sig navnlig et anbringende om tilsidesættelse af retten til forsvar, hvormed selskabet foreholdt Kommissionen at have vedtaget den omtvistede afgørelse ved at støtte sig på en anden økonometrisk model end den, der var genstand for en kontradiktorisk drøftelse under den administrative procedure.
- 6 Retten tiltrådte i den appellerede dom dette anbringende og annullerede den omtvistede afgørelse.

Parternes påstande

- 7 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
 - Den appellerede dom ophæves.
 - Sagen hjemvises til Retten.
 - Afgørelsen om appelsagens omkostninger udsættes.
- 8 UPS har nedlagt følgende påstande:
 - Appellen afvises og/eller erklæres uvirksom.

- Appellen forkastes i det hele.
- Subsidiært afsiges endelig dom, idet den appellerede doms konklusion opretholdes, men med andre præmisser.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i appelsagen og i sagen ved Retten.

Appellen

Formaliteten

- 9 UPS har indledningsvis anført, at appellen på grund af visse processuelle fejl skal afvises fra realitetsbehandling og under alle omstændigheder skal forkastes som uvirksom.
- 10 For det første har UPS gjort gældende, at Kommissionen har kritiseret visse konstateringer med hensyn til de faktiske omstændigheder, som Retten foretog i den appellerede dom, uden at Kommissionen dog af den grund har påberåbt sig en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder.
- 11 Det skal herved bemærkes, at en appel i henhold til artikel 256 TEUF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet (dom af 26.1.2017, Masco m.fl. mod Kommission, C-614/13 P, EU:C:2017:63, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).
- 12 I den foreliggende sag må det konstateres, at de retlige fejl, som Kommissionen har påberåbt sig til støtte for sin appel, vedrører Rettens overholdelse af processuelle regler, såsom pligten til at begrunde sine afgørelser og til at tage stilling til de anbringender og argumenter, som fremsættes og fremføres for den. Kommissionen har endvidere bestridt de begrundelser, hvormed Retten konkluderede, at Kommissionen burde have meddelt de ændringer, der blev foretaget i den økonometriske model i løbet af den administrative procedure, såvel som retsvirkningerne af en sådan manglende meddelelse i forhold til den omtvistede afgørelses gyldighed. Den kritik, som Kommissionen således har rettet mod den appellerede dom, vedrører i modsætning til det af UPS hævdede ikke konstateringer med hensyn til de faktiske omstændigheder, men angår forskellige retlige fejl, som Retten skulle have begået.
- 13 For det andet har UPS anført, at appellen skal afvises fra realitetsbehandling, idet Kommissionen – navnlig i sit første anbringendes to første led – har begrænset sig til at gentage den argumentation, som Retten forkastede i bl.a. den appellerede doms præmis 176, 181, 185, 186, 198 og 203-209.
- 14 Det er korrekt, at en appel skal afvises fra realitetsbehandling, hvis appelskriftet alene indeholder en gentagelse af de anbringender og argumenter, som allerede er blevet fremsat og fremført for Retten, herunder dem, som er baseret på faktiske omstændigheder, som denne ret udtrykkeligt har forkastet. En sådan appel har reelt kun til formål at opnå, at de i stævningen for Retten fremsatte påstande pådømmes endnu en gang, hvilket ligger uden for Domstolens kompetence i forbindelse med en appelsag (dom af 10.11.2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital mod Kommissionen, C-449/14 P, EU:C:2016:848, præmis 28).
- 15 Derimod kan retsspørgsmål, som er blevet behandlet i første instans, drøftes på ny under appelsagen, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af EU-retten. Hvis en appellant nemlig ikke således kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været

fremSAT og fremført for Retten, ville appelproceduren blive berøvet en del af sin mening (dom af 10.11.2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital mod Kommissionen, C-449/14 P, EU:C:2016:848, præmis 29).

- 16 I den foreliggende sag har Kommissionen – i modsætning til det af UPS hævdede – ikke i sit appelskrift begrænset sig til at gentage den argumentation, som den fremførte i første instans. Kommissionen har således kritiseret de retlige begrundelser, som Retten angav i den appellerede dom, navnlig med sit første appelanbringendes to første led, hvormed den har foreholdt Retten, at denne undlod at tage stilling til visse argumenter til Kommissionens forsvar.
- 17 For det tredje har UPS gjort gældende, at appellen under alle omstændigheder skal forkastes som uvirksom, idet den ikke kan føre til en hjemvisning af sagen til Retten, således som Kommissionen har nedlagt påstand om. I tilfælde af, at appellen tages til følge, har UPS således nedlagt påstand om, at Domstolen med andre præmisser opretholder annullationen af den omtvistede afgørelse på grund af dennes mangelfulde begrundelse og Kommissionens tilsidesættelse af retten til forsvar.
- 18 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at spørgsmålet om, hvorvidt en appel helt eller delvist er uvirksom, ikke henhører under behandlingen af formaliteten vedrørende denne appel, men under behandlingen af, om der er grundlag for appellen.
- 19 Henset til disse forhold skal den argumentation, hvormed UPS har gjort gældende, at appellen og visse af appelanbringerne skal afvises fra realitetsbehandling, forkastes i sin helhed.

Realiteten

- 20 Kommissionen har til støtte for sin appel fremsat fire anbringender. Med disse anbringender – hvis mange led delvist overlapper hinanden – har Kommissionen i det væsentlige kritiseret Retten for at have begået tre retlige fejl. De to første fejl angår tilsidesættelse af retten til forsvar samt de heraf følgende konsekvenser, og den tredje fejl vedrører tilsidesættelse af Rettens pligt til at begrunde sine afgørelser.

Tilsidesættelse af retten til forsvar

– Parternes argumenter

- 21 Kommissionen har med det første appelanbringendes andet og tredje led anfægtet begrundelsen i den appellerede doms præmis 209, ifølge hvilken »Kommissionen [...] ikke kan gøre gældende, at den ikke var forpligtet til at meddele sagsøgeren den endelige model af den økonometriske analyse, inden den vedtog den [omtvistede] afgørelse«.
- 22 Kommissionen har benægtet, at der består en sådan forpligtelse.
- 23 For det første finder Kommissionen, at den efter tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen ikke er forpligtet til at fremlægge de eventuelle senere mellemliggende vurderinger af de punkter, som den har støttet sine klagepunkter på, eftersom disse vurderinger kan ændre sig i løbet af proceduren. I den konkrete sag blev analysen af forholdene mellem koncentrationsniveauet og priserne gennemført ud fra de data, som UPS og TNT havde fremlagt. Den metodik, hvormed disse data blev evalueret ved hjælp af en økonometrisk model, blev forfinet under hensyn til UPS' argumenter. En anfægtelse af Kommissionens vurdering af disse data henhører ikke under retten til forsvar, men under analysen af, om den omtvistede afgørelse var korrekt.

- 24 For det andet har Kommissionen anfægtet de begrundelser, der er anført i den appellerede doms præmis 199 og 200, og som Retten støttede sig på, da den i denne doms præmis 209 fastslog, at Kommissionen var forpligtet til at meddele UPS den endelige udgave af modellen inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse. Kommissionen har gjort gældende, at henvisningen i den appellerede doms præmis 200 til dom af 10. juli 2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 61), ikke er relevant. Det fremgår således af denne dom, at selv om Kommissionen ikke i sin endelige afgørelse kan fremføre andre klagepunkter end dem, der er blevet meddelt virksomhederne, er denne meddelelse stadig foreløbig og kan ændres, idet den eneste forpligtelse på dette område er, at den endelige afgørelse skal begrundes.
- 25 Hvad angår henvisningen i den appellerede doms præmis 199 til dom af 9. marts 2015, Deutsche Börse mod Kommissionen (T-175/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:148, præmis 247), finder Kommissionen ligeledes, at denne ikke er relevant. I denne dom forkastede Retten således argumentet om en tilsidesættelse af retten til forsvar med den begrundelse, at Kommissionen hverken er forpligtet til at fastholde de vurderinger, der er foretaget i klagepunktsmeddelelsen, eller til i den endelige afgørelse at redegøre for de eventuelle forskelle i forhold til sine vurderinger i denne meddelelse.
- 26 For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at den af Retten fulgte fremgangsmåde er uforenelig med opbygningen af og tidsfristerne i forordning nr. 139/2004. Retten lod i den appellerede dom forstå, at Kommissionen skal fremlægge alle sine interne overvejelser for de anmeldende parter, inden den vedtager sin afgørelse. Ifølge artikel 17, stk. 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 133, s. 1) omfatter retten til aktindsigt imidlertid ikke Kommissionens interne arbejdsdokumenter. En sådan fremgangsmåde – som Retten i øvrigt ikke begrænsede til de økonometriske analyser – risikerer at bringe fusionskontrolproceduren, som er reguleret af meget korte tidsfrister, i fare.
- 27 UPS har bestridt denne argumentation.

– *Domstolens bemærkninger*

- 28 Der skal indledningsvis erindres om, at overholdelsen af retten til forsvar udgør et generelt princip i EU-retten, som finder anvendelse, så snart myndighederne over for en person påtænker at træffe en for vedkommende bebyrdende retsakt (dom af 18.12.2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, præmis 36).
- 29 For så vidt angår fusionskontrolprocedurer fastslås dette princip ved artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 og mere præcist ved artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 802/2004. I henhold til disse bestemmelser stilles i det væsentlige krav om Kommissionens skriftlige meddelelse af dens synspunkter til de anmeldende parter med angivelse til disse af en frist, inden for hvilken de skriftligt kan gøre deres standpunkt gældende (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 62).
- 30 Disse bestemmelser kompletteres af aktindsigtsreglerne, som udgør det logiske supplement til princippet om overholdelse af retten til forsvar (dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 68). Det fremgår således af artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 og af artikel 17 i forordning nr. 802/2004, at aktindsigten omfatter de direkte deltagende parter efter meddelelsen af klagepunkter, med forbehold af bl.a. virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder beskyttes, idet denne aktindsigt hverken omfatter fortrolige oplysninger eller Kommissionens eller medlemsstaternes kompetente myndigheders interne arbejdsdokumenter.

- 31 Overholdelsen af retten til forsvar inden vedtagelsen af en afgørelse på fusionskontrolområdet kræver derfor, at de anmeldende parter gives mulighed for at gøre deres synspunkter gældende med hensyn til rigtigheden og relevansen af alle de forhold, som Kommissionen påtænker at lægge til grund for sin afgørelse (jf. analogt dom af 22.10.2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 32 Hvad angår de økonomiske modeller, der anvendes i forbindelse med fusionskontrolprocedurer, skal det bemærkes, at den nødvendige fremtidsanalyse på området består i at vurdere, på hvilken måde en sådan fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på de berørte markeder. Denne analysetype forudsætter, at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder, med henblik på at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 42 og 43).
- 33 I dette øjemed giver anvendelsen af økonomiske modeller mulighed for at højne forståelsen af den påtænkte fusion ved at identificere og i givet fald kvantificere visse af dens virkninger, og for således at bidrage til kvaliteten af Kommissionens afgørelser. Når Kommissionen agter at basere sin afgørelse på sådanne modeller, er det derfor nødvendigt, at de anmeldende parter gives mulighed for at udtale sig herom.
- 34 En fremlæggelse af disse modeller og af de metodevalg, der ligger til grund for deres udformning, er så meget desto mere påkrævet, som at en sådan fremlæggelse – således som påpeget af generaladvokaten i punkt 43 i forslaget til afgørelse – bidrager til at give proceduren dens retfærdige karakter i overensstemmelse med princippet om god forvaltning, der er fastsat i artikel 41 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.
- 35 Kommissionen har ikke desto mindre gjort gældende, at den ikke er forpligtet til at fremlægge alle de foretagne ændringer i en model, der er udformet i samarbejde med fusionsparterne, og som de meddelte klagepunkter hviler på. Kommissionen har fremhævet, at klagepunkterne på et sådant tidspunkt kan ændre sig, og at de foretagne ændringer i modellerne kan sidestilles med interne arbejdsdokumenter, der ikke er undergivet aktindsigt.
- 36 Ganske vist er klagepunktsmeddelelsen efter sin natur midlertidig og kan ændres under den vurdering, som Kommissionen senere foretager på grundlag af de bemærkninger, som parterne som svar har afgivet for den, og andre betragtninger med hensyn til de faktiske omstændigheder (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 63). På grund af denne midlertidige karakter er klagepunktsmeddelelsen på ingen måde til hinder for, at Kommissionen kan ændre sit standpunkt til fordel for de omhandlede virksomheder, uden af den grund at være forpligtet til at give en redegørelse for de eventuelle forskelle i forhold til den foreløbige bedømmelse i denne meddelelse (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 63-65).
- 37 Disse betragtninger tillader dog ikke at fastslå, at Kommissionen efter meddelelsen af klagepunkter kan ændre hovedindholdet i en økonomisk model, på grundlag af hvilken denne institution påtænker at støtte sine klagepunkter, uden at gøre de berørte virksomheder bekendt med denne ændring og give disse virksomheder mulighed for at fremsætte deres bemærkninger hertil. En sådan fortolkning ville således stride imod princippet om overholdelse af retten til forsvar og imod bestemmelserne i artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, hvilke bestemmelser dels kræver, at Kommissionen kun lægger de klagepunkter til grund for sine afgørelser, som de deltagende parter har haft lejlighed til at udtale sig om, dels fastsætter en ret til aktindsigt for i det mindste de direkte deltagende parter. Det er tillige udelukket, at sådanne oplysninger kan kvalificeres som interne arbejdsdokumenter som omhandlet i artikel 17 i forordning nr. 802/2004.

- 38 Det skal i øvrigt bemærkes, at det bydende krav om hurtighed, som karakteriserer opbygningen af forordning nr. 139/2004, indebærer, at Kommissionen har pligt til at overholde strenge tidsfrister for vedtagelsen af den endelige afgørelse (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 49). Kommissionen er forpligtet til at forene dette bydende krav om hurtighed med overholdelsen af retten til forsvar.
- 39 Efter at Retten i den konkrete sag i den appellerede doms præmis 199 og 200 nøje havde redegjort for de krav, der følger af princippet om overholdelse af retten til forsvar, foretog den forskellige konstateringer med hensyn til de faktiske omstændigheder, som Kommissionen ikke har anfægtet i sit appelskrift.
- 40 Retten fastslog således i den appellerede doms præmis 201 og 211-213, at Kommissionen havde støttet sig på den endelige udgave af den økonometriske model med henblik på at identificere antallet af medlemsstater, på hvis område den påtænkte fusion ville føre til en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.
- 41 Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 202, at den endelige udgave af den økonometriske model var blevet vedtaget den 21. november 2012, dvs. mere end to måneder inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, og i præmis 203, at Kommissionen ikke havde forelagt UPS denne endelige udgave. I den appellerede doms præmis 205-208 fastslog Retten, at ændringerne i den nævnte endelige udgave i forhold til de modeller, der blev drøftet under den administrative procedure, ikke var beskedne.
- 42 Som påpeget af generaladvokaten i punkt 61 i forslaget til afgørelse har Kommissionen desuden ikke oplyst de konkrete grunde til, at det på dette tidspunkt skulle have været praktisk umuligt for denne institution at meddele UPS en kort svarfrist med henblik på at høre selskabet om den nævnte endelige udgave.
- 43 Henset til disse omstændigheder kunne Retten derfor uden at begå nogen retlig fejl konkludere i den appellerede doms præmis 209, at »Kommissionen [...] ikke kan gøre gældende, at den ikke var forpligtet til at meddele sagsøgeren den endelige model af den økonometriske analyse, inden den vedtog den [omtvistede] afgørelse«.
- 44 Følgelig skal det første anbringendes andet og tredje led forkastes som ugrundede.

De konsekvenser, der skal drages af en tilsidesættelse af retten til forsvar

– Parternes argumenter

- 45 Kommissionen har med det andet anbringendes første og andet led og det fjerde anbringendes første og andet led anfægtet Rettens bedømmelse i den appellerede doms præmis 210, hvormed Retten fastslog, at »[s]agsøgerens ret til forsvar er [...] blevet tilsidesat, hvorfor den [omtvistede] afgørelse skal annulleres, forudsat at sagsøgeren har ført tilstrækkeligt bevis for, at [den omtvistede] afgørelse i fravær af denne processuelle uregelmæssighed ikke nødvendigvis ville have fået et andet indhold, men at selskabet ville have haft en bedre chance, om end begrænset, for at sikre sit forsvar (jf. i denne retning dom af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, præmis 57)«.
- 46 For det første har Kommissionen anført, at Retten begik en retlig fejl ved i den konkrete sag at anvende det retspraksisbaserede kriterium, der udspringer af præmis 57 i dom af 25. oktober 2011, Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686).

- 47 Mens dette kriterium alene angår de konsekvenser, der skal drages af en undladelse af at fremsende en diskulperende sagsakt, var den omhandlede økonometriske model ikke et bevismateriale, men et redskab, der gav Kommissionen mulighed for at vurdere de sandsynlige virkninger af fusionen på priserne. Selv hvis der var tale om et bevismateriale, ville denne model kun være et potentielt diskulperende element. Det blotte forhold, at modellen førte til, at antallet af nationale markeder, hvori fusionen kunne give anledning til en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence, blev reduceret fra 29 til 15, er i denne henseende utilstrækkeligt. Den omstændighed, at en af de af Kommissionen anvendte faktorer var mere bebyrdende i klagepunktsmeddelelsen end i den endelige afgørelse, giver endvidere ikke i sig selv grundlag for at fastslå, at det relevante bevismateriale til vurderingen af disse faktorer på tidspunktet for denne afgørelse var blevet diskulperende elementer.
- 48 Kommissionen har heraf udledt, at Retten burde have anvendt den regel om tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af manglende fremsendelse af belastende dokumenter, der udspringer af dom af 7. januar 2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 72 og 73), ifølge hvilken den omstændighed, at det ikke-udleverede, belastende dokument udelukkes som bevismiddel, kun kan føre til en annullation af den anfægtede afgørelse, såfremt der ikke foreligger nogen andre dokumentbeviser, som parterne blev bekendt med under den administrative procedure.
- 49 For det andet har Kommissionen anført, at selv hvis der måtte være sket en tilsidesættelse af UPS' ret til forsvar, kunne en sådan tilsidesættelse under alle omstændigheder – i modsætning til, hvad Retten fastslog i den appellerede doms præmis 222 – ikke medføre en annullation af den omtvistede afgørelse.
- 50 Kommissionen har påpeget, at den i sin argumentation i første instans gjorde gældende, at det er tilstrækkeligt at fastslå en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence på ét enkelt marked for at erklære en fusion uforenelig med det indre marked. I Danmark og i Nederlandene medførte den påtænkte fusion både en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence og en negativ nettovirkning på priserne. I det mindste for disse to markeder var enhver fejl i den økonometriske model vedrørende prisniveauet derfor uden konsekvenser, eftersom konstateringen af en hindring for konkurrencen beroede på andre faktorer. I betragtning af disse forhold finder Kommissionen, at Retten burde have forkastet anbringendet om tilsidesættelse af retten til forsvar som uvirksomt.
- 51 Endelig kan UPS ifølge Kommissionen ikke hævde, at selskabet ville have været i stand til at foreslå korrigerende foranstaltninger, såfremt det havde haft kendskab til den endelige udgave af den økonometriske model.
- 52 UPS har bestridt Kommissionens argumentation.

– *Domstolens bemærkninger*

- 53 Som fremhævet i nærværende doms præmis 32-34 er økonometriske modeller efter deres natur og deres funktion nyttige kvantitative redskaber i den fremtidsanalyse, som Kommissionen foretager i forbindelse med fusionskontrolprocedurer. De metodemæssige grundlag, som disse modeller hviler på, skal være så objektive som muligt for ikke at foregribe udfaldet af denne analyse i den ene eller den anden retning. Disse faktorer bidrager således til den upartiskhed i og kvalitet af Kommissionens afgørelser, som offentlighedens og virksomhedernes tillid til EU-fusionskontrolprocedurens lovlighed i sidste ende afhænger af.
- 54 Henset til disse kendetegn kan en økonometrisk model ikke kvalificeres som et belastende eller diskulperende dokument alt efter, hvilke resultater denne model munder ud i, og om disse resultater efterfølgende anvendes til at støtte eller forkaste visse klagepunkter over for en fusion. Spørgsmålet om, hvorvidt en manglende fremsendelse af en økonometrisk model til parterne i en fusion kan

begrunde en annullation af Kommissionens afgørelse, afhænger – i henseende til overholdelsen af retten til forsvar – ikke af den indledende kvalificering af denne model som et belastende dokument eller et diskulperende dokument, således som generaladvokaten i det væsentlige har påpeget i punkt 40 i forslaget til afgørelse.

- 55 Hvis man, som Kommissionen i det væsentlige har forfægtet, forøgede den bevisbyrde, der skal løftes for at annullere en afgørelse på grund af en tilsidesættelse af retten til forsvar, der som i den foreliggende sag skyldes en manglende underretning om de metodevalg – navnlig med hensyn til de statistiske teknikker – der er uløseligt forbundet med de økonometriske modeller, ville dette i betragtning af disse modellers vigtighed for fremtidsanalysen af virkningerne af en fusion gå imod formålet om at tilskynde Kommissionen til at udvise gennemsigtighed i udformningen af de økonometriske modeller, der anvendes i fusionskontrolprocedurer, og skade effektiviteten af den efterfølgende domstolskontrol med Kommissionens afgørelser.
- 56 Det følger af disse omstændigheder, at Retten ikke begik nogen retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 210 fastslog, at »[s]agsøgerens ret til forsvar er [...] blevet tilsidesat, hvorfor den [omtvistede] afgørelse skal annulleres, forudsat at sagsøgeren har ført tilstrækkeligt bevis for, at [den omtvistede] [...] afgørelse i fravær af denne processuelle uregelmæssighed ikke nødvendigvis ville have fået et andet indhold, men at selskabet ville have haft en bedre chance, om end begrænset, for at sikre sit forsvar (jf. i denne retning dom af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, præmis 57)«.
- 57 Følgelig, og i modsætning til det af Kommissionen anførte, kunne Retten ikke erklære det af UPS i første instans fremsatte anbringende om tilsidesættelse af retten til forsvar uvirksomt på grund af, at Kommissionen i forhold til de danske og nederlandske markeder havde fastslået, at der forelå en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence, uafhængigt af enhver hensyntagen til den økonometriske model.
- 58 Følgelig skal det andet anbringendes første og andet led og det fjerde anbringendes første og andet led forkastes.

Tilsidesættelse af begrundelsespligten

– Parternes argumenter

- 59 For det første har Kommissionen med det første anbringendes første led og det tredje anbringendes andet led anfægtet den appellerede doms præmis 198, der er således affattet:
- »Det andet anbringende indebærer, for så vidt angår dets første led om fusionens sandsynlige virkninger på priserne, en kontrol af, om sagsøgerens ret til forsvar blev påvirket af de betingelser, hvorunder den pågældende økonometriske analyse blev baseret på en anden økonometrisk model end den, der var genstand for en kontradiktorisk drøftelse under den administrative procedure.«
- 60 Retten undlod således at tage stilling til den argumentation fra Kommissionens side, der er sammenfattet i den appellerede doms præmis 181, hvormed Kommissionen anførte, at den, idet klagepunktsmeddelelsen kun havde en midlertidig karakter, havde ret til senere at revidere eller tilføje oplysninger, forudsat at afgørelsen var støttet på de samme klagepunkter som dem, der allerede var tilsendt parterne. En manglende retligt korrekt hensyntagen til ethvert argument, som en part i første instans har fremført, udgør imidlertid en retlig fejl (dom af 2.4.2009, France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 41). Retten tilsidesatte sin begrundelsespligt, idet den ikke gav den mindste forklaring på grundene til, at den ikke fandt det nødvendigt at besvare Kommissionens væsentligste argument (dom af 19.12.2012, Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen, C-288/11 P, EU:C:2012:821, præmis 83).

- 61 For det andet har Kommissionen med det tredje anbringendes første led foreholdt Retten, at denne undlod at tage den argumentation til efterretning, som denne institution fremførte i første instans i sine besvarelser af de spørgsmål, som Retten stillede efter retsmødet den 6. april 2016, ifølge hvilken argumentation anvendelsen i den økonometriske model af en kontinuerlig variabel på tidspunktet for prognosen ikke blot er begrundet, men endvidere »følger intuitivt« af den af UPS foreslåede metodik angående tidspunktet for vurderingen. Det kan ikke hævdes, at den appellerede dom indeholder en begrundelse – det være sig blot implicit – på dette punkt, således at Retten ikke kan anses for at have behandlet Kommissionens argumenter.
- 62 For det tredje har Kommissionen med det andet anbringendes andet led og det fjerde anbringendes tredje led gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 198-222 undlod at besvare den argumentation, hvormed Kommissionen anførte, at UPS' anbringende om tilsidesættelse af retten til forsvar var uvirksomt, eftersom konstateringen af en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence på de danske og nederlandske markeder ikke udelukkende hvilede på resultaterne af den økonometriske model. Det var selvmodsigende, at den appellerede dom annullerede den omtvistede afgørelse for tilsidesættelse af retten til forsvar og samtidig i sin præmis 217 og 218 fastslog, at den endelige udgave af den økonometriske model dels »i hvert fald i visse [medlemsstater] [havde kunnet] modvirke de kvalitative oplysninger, som Kommissionen tog hensyn til«, dels havde gjort det muligt for Kommissionen at reducere antallet af medlemsstater, hvori fusionen havde givet anledning til en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.
- 63 UPS har bestridt Kommissionens argumentation.

– *Domstolens bemærkninger*

- 64 Hvad angår det første klagepunkt, der er fremført i det første anbringendes første led og i det tredje anbringendes andet led, er det tilstrækkeligt at fastslå, at Retten af de grunde, der er anført i den appellerede doms præmis 198-209, implicit, men nødvendigvis besvarede den argumentation fra Kommissionens side, der er sammenfattet i den appellerede doms præmis 181. Følgelig skal dette første klagepunkt forkastes som ugrundet.
- 65 Hvad angår det andet klagepunkt, der er fremført i det tredje anbringendes første led, skal det bemærkes, at Retten af de grunde, der er anført i den appellerede doms præmis 198-208, gav en retligt tilstrækkelig begrundelse for sin bedømmelse, der er anført i denne doms præmis 209, ifølge hvilken »Kommissionen [...] ikke kan gøre gældende, at den ikke var forpligtet til at meddele sagsøgeren den endelige model af den økonometriske analyse, inden den vedtog den [omtvistede] afgørelse«.
- 66 Retten fastslog navnlig i den appellerede doms præmis 205, at de af Kommissionen tilføjede ændringer i den økonometriske model ikke var beskedne. Retten bemærkede desuden i den appellerede doms præmis 207, at »Kommissionen [havde støttet] sig [...] på en diskret variabel ved vurderingen og på en kontinuerlig variabel ved prognosen«, og fastslog i denne doms præmis 208, at »[s]elv om den diskrete variabel [havde været] genstand for gentagne drøftelser under den administrative procedure, fremg[ik] det ikke af sagsakterne, at dette ligeledes [havde været] tilfældet for anvendelsen af forskellige variabler på de forskellige tidspunkter, som den økonometriske analyse består af«.
- 67 Af disse grunde gav Retten en retligt tilstrækkelig begrundelse for sin afgørelse og forkastede implicit, men nødvendigvis den argumentation, hvormed Kommissionen gjorde gældende, at UPS »intuitivt« havde været i stand til at identificere de foretagne ændringer i den økonometriske model. Følgelig skal det andet klagepunkt forkastes som ugrundet.

- 68 Hvad angår det tredje klagepunkt, der er fremført i det andet anbringendes andet led og i det fjerde anbringendes tredje led, er det tilstrækkeligt at fastslå, at denne argumentation hviler på den forudsætning, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 210 at fastslå, at den konstaterede tilsidesættelse af retten til forsvar medførte en annullation, »forudsat at sagsøgeren har ført tilstrækkeligt bevis for, at den [omtvistede] afgørelse i fravær af denne processuelle uregelmæssighed ikke nødvendigvis ville have fået et andet indhold, men at selskabet ville have haft en bedre chance, om end begrænset, for at sikre sit forsvar«. Af de grunde, der tidligere er gennemgået i nærværende doms præmis 53-58, er denne forudsætning imidlertid urigtig. Følgelig skal det tredje klagepunkt forkastes som ugrundet.
- 69 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at appellen skal forkastes i det hele.

Sagsomkostninger

- 70 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da UPS har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

- 1) Appellen forkastes.**
- 2) Europa-Kommissionen betaler sagsomkostningerne.**

Underskrifter