



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Syvende Udvidede Afdeling)

23. februar 2022*

»Ansvar uden for kontraktforhold – konkurrence – markederne for internationale tjenesteydelser med ekspresudbringning af småpakker i EØS – fusion – afgørelse, hvorved fusionen erklæres uforenelig med det indre marked – annulation af afgørelsen ved en dom afsagt af Retten – retten til forsvar – tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, som tillægger borgerne rettigheder – årsagsforbindelse«

I sag T-834/17,

United Parcel Service, Inc., Atlanta, Georgia (De Forenede Stater), ved solicitor A. Ryan og advokaterne F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie og F. Roscam Abbing,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved N. Khan, P. Berghe, M. Farley og R. Leupold Henning, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående et søgsmål i henhold til artikel 268 TEUF med påstand om erstatning for den skade, som sagsøgeren har lidt som følge af, at 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) var ulovlig,

har

RETTE (Syvende Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Papasavvas, og dommerne R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot og M. Sampol Pucurull (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig E. Artemiou,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 28. oktober 2020,

afsagt følgende

* Processprog: engelsk.

Dom

I. Sagens baggrund

- 1 Inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) er sagsøgeren, United Parcel Service, Inc. (herefter »UPS« eller »sagsøgeren«), og TNT Express NV (herefter »TNT«) to selskaber, som driver virksomhed på markederne for internationale tjenesteydelser med ekspresudbringning af småpakker.
- 2 Den 26. juni 2012 offentliggjorde Europa-Kommissionen en meddelelse om en anmeldelse af en planlagt fusion (sag COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (EUT 2012, C 186, s. 9) 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), som gennemført ved Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 21. april 2004 (EUT 2004, L 133, s. 1).
- 3 Den 11. januar 2013 meddelte Kommissionen UPS, at den havde til hensigt at forbyde den påtænkte fusion mellem dette selskab og TNT.
- 4 Den 14. januar 2013 offentliggjorde UPS denne oplysning ved en pressemeddelelse.
- 5 Den 18. januar 2013 afgav det rådgivende udvalg, der er fastsat i artikel 19 i forordning nr. 139/2004, en positiv udtalelse om udkastet til Kommissionens afgørelse om at erklære fusionen mellem UPS og TNT uforenelig med det indre marked.
- 6 Den 30. januar 2013 vedtog Kommissionen afgørelse C(2013) 431 om en fusions uforenelighed med det indre marked og EØS-aftalen (sag COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (herefter »den omtvistede afgørelse«). Kommissionen fandt, at fusionen mellem UPS og TNT udgjorde en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence på markederne for de omhandlede tjenesteydelser i 15 medlemsstater, nemlig i Bulgarien, i Den Tjekkiske Republik, Danmark, Estland, Letland, Litauen, Ungarn, Malta, Nederlandene, Polen, Rumænien, Slovenien, Slovakiet, Finland og Sverige.
- 7 Ved pressemeddelelse af samme dag meddelte UPS, at selskabet opgav den påtænkte fusion.
- 8 Den 5. april 2013 anlagde UPS søgsmål for Retten med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse, som er indført i Rettens register under nr. T-194/13, og anmodede om, at der blev truffet afgørelse efter en fremskyndet procedure, hvilken anmodning Retten ikke tog til følge.
- 9 Den 7. april 2015 annoncerede FedEx Corp. et overtagelsestilbud på TNT.
- 10 Den 4. juli 2015 offentliggjorde Kommissionen en meddelelse om en anmeldelse af en planlagt fusion (sag M.7630 – FedEx/TNT Express) (EUT 2015, C 220, s. 15) vedrørende den transaktion, hvorved FedEx skulle erhverve TNT.
- 11 Den 8. januar 2016 vedtog Kommissionen en afgørelse om en fusions forenelighed med det indre marked og EØS-aftalen (sag M.7630 – FedEx/TNT Express), hvoraf et resumé er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2016, C 450, s. 12), vedrørende transaktionen mellem FedEx og TNT.

- 12 Ved dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), annullerede Retten den omtvistede afgørelse.
- 13 Den 16. maj 2017 iværksatte Kommissionen appel til prøvelse af dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), hvilken appel Domstolen forkastede ved dom af 16. januar 2019, Kommissionen mod United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

II. Retsforhandlinger og parternes påstande

- 14 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 29. december 2017 har UPS anlagt nærværende søgsmål.
- 15 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 29. januar 2018 har Kommissionen anmodet Retten om at udsætte sagen, indtil der er truffet afgørelse vedrørende appellen i sag C-265/17 P, eller, subsidiært, om at vedtage en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, for at Retten for det første afgør, om betingelserne for, at Den Europæiske Union ifalder et erstatningsansvar i medfør af artikel 340 TEUF, er opfyldt – ud over betingelsen om, at der foreligger en skade – og dermed, for det andet, om parterne ikke skulle bidrage til størrelsen af den angivelige skade, indtil andet bestemmes.
- 16 Ved afgørelse af 6. februar 2018 har afdelingsformanden besluttet at udsætte sagen, indtil der er truffet afgørelse i sag C-265/17 P. Retten har derimod ikke taget Kommissionens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse til følge.
- 17 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 25. januar 2019 har Kommissionen atter anmodet Retten om at vedtage en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, således at Retten indledningsvis skulle afgøre, om betingelserne for, at Unionen ifalder et erstatningsansvar i medfør af artikel 340 TEUF var opfyldt, uden at tage stilling til den af UPS anførte skade, og dermed om at fritage parterne fra at behandle spørgsmålene om størrelsen af den angivelige skade, indtil andet bestemmes.
- 18 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 14. februar 2019 har UPS gjort indsigelse mod denne anmodning, og Retten har ikke taget Kommissionens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse til følge.
- 19 Som følge af en ændring af sammensætningen af Retten har Rettens præsident ved afgørelse af 17. oktober 2019 i henhold til artikel 27, stk. 3, i Rettens procesreglement udpeget en anden refererende dommer, der er tilknyttet Syvende Afdeling.
- 20 Efter forslag fra Syvende Afdeling har Retten i henhold til procesreglementets artikel 28 besluttet at henvise sagen til et udvidet dommerkollegium.
- 21 Efter forslag fra den refererende dommer har Retten (Syvende Udvidede Afdeling) besluttet at indlede retsforhandlingernes mundtlige del og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 89 stillet parterne skriftlige spørgsmål, som de har besvaret inden for den fastsatte frist. Retten har ligeledes besluttet at stille parterne et skriftligt spørgsmål med henblik på besvarelse heraf i retsmødet.

- 22 UPS har nedlagt følgende påstande:
- UPS tilkendes erstatning på 1,742 mia. EUR med tillæg af renter.
 - UPS indrømmes kompensation for de skatter og afgifter, der vil blive pålagt den opnåede erstatning, på grundlag af den skattesats, som er gældende på tidspunktet for Rettens afgørelse.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 23 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

III. Retlige bemærkninger

A. Formaliteten vedrørende visse anbringender, argumenter og beviser

- 24 Kommissionen har gjort gældende, at UPS' processkrifter er uklare og hverken opfylder kravene i procesreglementets artikel 76, litra d), eller dette reglements artikel 85, og at visse af de argumenter og beviser, som er fremført til støtte herfor, dermed skal afvises.

1. Uklarheden af UPS' argumentation

- 25 Kommissionen har foreholdt UPS, at selskabet har anført sin argumentation spredt uden at overholde fremstillingen af søgsmålsgrundene. Søgsmålet er støttet på tre anbringender svarende til hver af betingelserne for Unionens ansvar uden for kontraktforhold. UPS har imidlertid fremsat flere argumenter uden for de anbringender, som disse argumenter er indholdsmæssigt forbundet med. UPS har i stævningen således anført argumenter om ulovligheden i de dele, som vedrører årsagsforbindelsen. I replikken har UPS behandlet disse to emner samlet, idet selskabet i den del, der vedrører skaden, har anført argumenter vedrørende de to andre betingelser for Unionens ansvar uden for kontraktforhold. Efter Kommissionens opfattelse skal Retten ikke omfordele disse argumenter, eftersom de formelt set ikke svarer til fremstillingen af det anbringende, hvorunder de påberåbes.
- 26 I det foreliggende tilfælde er det korrekt, at UPS i stævningen har fremsat en del af sin argumentation vedrørende de angivelige ulovligheder inden for rammerne af anbringender vedrørende andre betingelser for Unionens ansvar uden for kontraktforhold, navnlig i den del, der vedrører betingelsen om årsagsforbindelse. Selv om denne manglende sammenhæng kan gøre stævningen uklar, kan dette ikke føre til en selv delvis afvisning heraf, såfremt de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som påstandene støttes på, er anført kortfattet, klart og præcist i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og procesreglements artikel 76, litra d), således at sagsøgte kan sikre sine rettigheder og Retten træffe afgørelse i sagen. For at opfylde disse krav skal en stævning, hvori der som i det foreliggende tilfælde nedlægges påstand om betaling af erstatning for skade forvoldt af EU-institutioner, indeholde såvel de elementer, der gør det muligt at identificere den adfærd, som sagsøgeren bebrejder disse institutioner, som grundene til, at vedkommende

antager, at der består en årsagsforbindelse mellem adfærden og det tab, som den pågældende hævder at have lidt (jf. dom af 14.12.2005, FIAMM og FIAMM Technologies mod Rådet og Kommissionen, T-69/00, EU:T:2005:449, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).

- 27 Selv om opbygningen af visse retlige og faktiske argumenter, som sagsøgeren har fremsat, savner nøjagtighed, følger det ikke desto mindre heraf, at både Retten og Kommissionen kan identificere de faktiske og retlige omstændigheder, som sagsøgerens påstande støttes på. Kommissionen har i øvrigt ikke anført nogen specifik bestemmelse til støtte for sit udsagn om, at Retten ikke kan omfordele de argumenter, der formelt er fremsat spredt, efter deres indhold. Under alle omstændigheder er et sådant udsagn vanskeligt at forene med det forhold, at Retten ved undersøgelsen af anbringenderne i en sag på ingen måde er forpligtet til i sin begrundelse at følge den rækkefølge, hvori disse anbringender er fremsat (dom af 25.3.2010, Sviluppo Italia Basilicata mod Kommissionen, C-414/08 P, EU:C:2010:165, præmis 57). Retten kan under hensyntagen til argumentationens indhold omkvalificere dette (jf. i denne retning dom af 19.11.1998, Parlamentet mod Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, præmis 21, og af 28.7.2011, Mediaset mod Kommissionen, C-403/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:533, præmis 92 og 93). Retten kan således ligeledes under hensyntagen til argumentationens indhold foretage sin undersøgelse i en anden rækkefølge end den, hvori argumentationen er fremsat.
- 28 På denne baggrund ville afvisningen af en del af sagsøgerens argumentation alene med den begrundelse, at indholdet heraf ikke præcist svarer til overskriften på det afsnit i processkriftet, hvori denne argumentation er fremført, være udtryk for en overdreven formalisme, som kan være en hindring for udøvelsen af den ret til adgang til effektive retsmidler, som er sikret i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
- 29 Kommissionens formalitetsindsigelse vedrørende stævningens angiveligt uklare karakter er ugrundet og skal derfor forkastes.

2. Tilsidesættelse af procesreglementets artikel 76, litra d)

- 30 Kommissionen har gjort gældende, at UPS' processkrifter ikke er i overensstemmelse med procesreglementets artikel 76, litra d), hvorfor visse argumenter og beviser skal afvises.
- 31 Det skal i denne henseende bemærkes, at ifølge artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, der i medfør af samme statuts artikel 53, stk. 1, finder anvendelse på Retten, og procesreglementets artikel 76, litra d), skal enhver stævning angive søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene.
- 32 For at garantere retssikkerheden og en ordnet retspleje skal sagsøgerens korte fremstilling af søgsmålsgrundene være så klar og præcis, at det er muligt for sagsøgte at tilrettelægge sit forsvar og for den kompetente domstol at træffe afgørelse i sagen (dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 41).
- 33 Såfremt et søgsmål for Retten skal kunne antages til realitetsbehandling, er det således nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt fremgår af selve stævningen. Selv om stævningens indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at

anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen (dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 40).

- 34 Det tilkommer ikke Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender der kan antages at udgøre grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning (dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 94, og af 9.3.2015, Deutsche Börse mod Kommissionen, T-175/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:148, præmis 354). Tilsvarende krav gælder, når et argument fremføres til støtte for et anbringende fremsat for Retten (dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 41, og af 16.9.2020, BP/FRA, C-669/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:713, præmis 54).

a) Formaliteten vedrørende UPS' argumentation om en tilsidesættelse af proceduremæssige rettigheder

- 35 Kommissionen har gjort gældende, at UPS' argumentation om, at selskabets proceduremæssige rettigheder blev tilsidesat, med den begrundelse, at det ikke blev oplyst om kriterierne for vurdering af effektivitetsgevinsterne, inden den omtvistede afgørelse blev vedtaget, skal afvises. UPS har i stævningens punkt 42 blot anført en generel og abstrakt kritik i forhold til den omtvistede afgørelse og visse retsakter forud for denne. Eftersom selskabet ikke præcist har identificeret de omtvistede passager, opfylder denne argumentation ikke kravene i procesreglementets artikel 76, litra d).
- 36 Det skal imidlertid bemærkes, at det fremgår af læsningen af stævningens punkt 42, at UPS i det væsentlige har foreholdt Kommissionen, at den ikke foretog en seriøs undersøgelse af, om de anførte effektivitetsgevinster var påviselige, eller på forhånd meddelte de kriterier, hvorefter disse gevinster skulle vurderes. UPS har således gjort gældende, at Kommissionens analyse er mangelfuld, og at der mangler oplysninger om genstanden og det krævede bevisniveau. UPS kan følgelig ikke kritiseres for, at selskabet blandt de retsakter, som Kommissionen har vedtaget, i stævningen ikke præcist har identificeret de elementer, som efter selskabets opfattelse mangler.
- 37 Det skal i øvrigt fastslås, at der i stævningens punkt 42 henvises til bestemte passager i klagepunktsmeddelelsen og den omtvistede afgørelse. UPS har således med præcision anført de elementer, som selskabet finder relevante for en indbyrdes sammenligning og for at godtgøre, at Kommissionen først på tidspunktet for den omtvistede afgørelse fremlagde sin analyse af effektivitetsgevinsterne.
- 38 Det følger heraf, at Kommissionens formalitetsindsigelser er ugrundede og derfor skal forkastes.

b) Formaliteten vedrørende UPS' argumentation om et urigtigt skøn vedrørende fusionens virkninger på priserne

1) Stævningens punkt 34-37

- 39 Kommissionen har gjort gældende, at UPS' argumentation om analysen af fusionens virkninger på priserne, som er fremført i stævningens punkt 34-37, er så mangelfuld, at den ikke opfylder kravene i procesreglementets artikel 76, litra d). I stævningen angives ikke grundene til, at UPS mener, at Kommissionens økonometriske model er behæftet med en fejl.

- 40 Det skal imidlertid bemærkes, at UPS i stævningens punkt 34-37 har anført, at analysen af fusionens virkninger på priserne er behæftet med alvorlige fejl. Det fremgår klart af læsningen af disse punkter og af stævningen samlet set, at UPS har gjort gældende, at Kommissionen mærkbart afveg fra den sædvanlige økonometriske praksis, idet den på tidspunktet for skønnet anvendte en anden form for fusionsvariabel end den, der blev anvendt på tidspunktet for prognosen, og at UPS som bevis har påberåbt sig to sagkyndiges erklæringer (bilag A.8 og A.9 til stævningen). Selv om stævningens punkt 34-37 er kortfattede, gengiver de i klare og præcise vendinger indholdet af den tekniske kritik, der er fremsat i forhold til Kommissionens metodologiske valg. Denne kortfattede fremstilling underbygges af henvisningen til disse sagkyndiges erklæringer (bilag A.8 og A.9 til stævningen), som indeholder uddybende forklaringer af de således anførte tekniske fejl.
- 41 Det fremgår af disse betragtninger, at stævningens punkt 34-37 opfylder kravene i procesreglementets artikel 76, litra d). Følgelig skal den formalitetsindsigelse, som Kommissionen har fremsat, forkastes som ugrundet.

2) Henvisningen til bilag A.12 til stævningen

- 42 Kommissionen har gjort gældende, at UPS i stævningens punkt 34 har henvist til bilag A.12 til nævnte stævning, som er et processkrift indleveret i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), uden at selskabet har identificeret de passager, som det specifikt har ønsket at påberåbe sig. Denne tilsidesættelse af procesreglementets artikel 76, litra d), bør følgelig føre til en afvisning af dette dokument.
- 43 Ved i stævningens punkt 34 at henvise til et dokument (bilag A.12 til stævningen), som blev indleveret som led i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), har UPS imidlertid ikke forsøgt at afhjælpe nogen mangel ved fremstillingen i stævningens punkt 34-37 med en overordnet henvisning til læsningen af dette dokument. Tværtimod har UPS således fremhævet, at selskabets kritik af den valgte økonometriske model allerede var blevet fremsat i forbindelse med nævnte sag. Dette bilag A.12 består nemlig af UPS' bemærkninger af 8. juni 2016 til Kommissionens svar af 26. april 2016 på Rettens spørgsmål i denne sag. I disse bemærkninger påpegede UPS således, at der på tidspunktet for fremtidsanalysen blev anvendt en anden model end på tidspunktet for skønnet. UPS gjorde gældende, at Kommissionen havde handlet usædvanligt og vilkårligt. Denne argumentation, som UPS, som det fremgår af de dokumenter, der er blevet fremlagt i nærværende sag, ligeledes fremsatte under appellen i den sag, der gav anledning til dom af 16. januar 2019, Kommissionen mod United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), er i det væsentlige identisk med argumentationen i stævningens punkt 34-37.
- 44 Det fremgår af disse baggrundsoplysninger, at UPS således har gentaget de klagepunkter, som selskabet havde fremsat i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), vedrørende gyldigheden af den økonometriske metode, der blev anvendt til støtte for den omtvistede afgørelse, og at disse elementer indeholder en tilstrækkeligt klar og præcis fremstilling af argumentationen. Kommissionen kan således ikke gøre gældende, at den ikke havde mulighed for at få kendskab til indholdet heraf eller at tilrettelægge sit forsvar. Kommissionens formalitetsindsigelse skal forkastes.

3) *Henvisningen til bilag A.8 og A.9 til stævningen samt bilag C.1 og C.2 til replikken*

- 45 Kommissionen har gjort gældende, at UPS alene har foretaget en generel henvisning til læsningen af visse bilag i stedet for at fremsætte sin argumentation klart og præcist i processkrifterne. Som svar på Rettens skriftlige spørgsmål har Kommissionen i første række anført, at den i svarskriftets punkt 22 har bestridt, at bilag A.8 og A.9 til stævningen kan antages til realitetsbehandling. Grundene til, at UPS mener, at den valgte økonometriske model er urigtig, skal i overensstemmelse med procesreglementets artikel 76, litra d), fremgå af selve stævningen. Forklaringerne i stævningens punkt 36 er ikke tilstrækkelige i denne henseende. Kommissionen har anført, at en generel henvisning til bilag A.8 og A.9 til stævningen ikke kan afhjælpe denne mangel, idet det pålægger denne institution at udlede de argumenter, som UPS ønsker at fremsætte. Kommissionen har anført, at den har fremhævet dette punkt i duplikken. I anden række har Kommissionen gjort gældende, at UPS i replikken ikke kunne afhjælpe disse mangler med en mere præcis identificering af de relevante passager i bilag A.8 og A.9 til stævningen samt bilag C.1 og C.2 til replikken.
- 46 Det skal imidlertid fastslås, at Kommissionen i svarskriftets punkt 24-29 detaljeret imødegik indholdet af disse sagkyndiges erklæringer. Dette viser, at Kommissionen kunne sikre forsvaret af sine interesser, og at den ved svarskriftet i øvrigt ikke fandt det nødvendigt for sit vedkommende at fremlægge en eller flere sagkyndige erklæringer for at modsige UPS' sagkyndige erklæringer og således oplyse Retten om de tekniske aspekter ved den valgte økonometriske model.
- 47 I duplikkens punkt 25-41 har Kommissionen givet en grundig besvarelse af UPS' argumenter, som er anført i stævningens punkt 45-49 og er underbygget af disse sagkyndige erklæringer (bilag A.8 og A.9 til stævningen) samt af de sagkyndiges supplerende udtalelser (bilag C.1 og C.2 til replikken). Med hensyn til Kommissionens argument om, at henvisningen til bilag C.1 og C.2 til replikken ikke er tilstrækkelig præcis, modsiges dette argument direkte af den omstændighed, at Kommissionen i fodnote 32 i duplikken har identificeret de passager i disse bilag, som UPS specifikt har påberåbt sig i replikken. For at imødegå argumenterne om modellens gyldighed har Kommissionen som bilag til duplikken fremlagt to erklæringer fra en sagkyndig (bilag D.5 og D.6 til duplikken), hvoraf muligheden for antagelse til realitetsbehandling undersøges nedenfor i forhold til procesreglementets artikel 85, stk. 1.
- 48 På denne baggrund kan Kommissionen ikke gøre gældende, at den ikke kunne tilrettelægge sit forsvar. UPS har således ikke tilsidesat procesreglementets artikel 76, litra d), ved i sine processkrifter at henvise til bilag A.8 og A.9 til stævningen samt til bilag C.1 og C.2 til replikken med henblik på at underbygge de tekniske aspekter i kritikken af den økonometriske model, som Kommissionen valgte. Eftersom Kommissionens formalitetsindsigelse herom er ugrundet, skal den forkastes.

4) *Stævningens punkt 84*

- 49 Kommissionen har gjort gældende, at UPS' argumentation i stævningens punkt 84 med kritik af anvendelsen af oplysningerne om FedEx' dækning af markederne i 2012 i stedet for oplysningerne for 2015 skal afvises i medfør af procesreglementets artikel 76, litra d). Kommissionen har anført, at denne argumentation ikke fremgår af stævningen, men af processkrifterne indleveret i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), uden at det præcist angives, hvilke passager i disse processkrifter UPS ønsker at basere sig på.

- 50 Det skal imidlertid fastslås, at UPS i stævningens punkt 84 klart og præcist har foreholdt Kommissionen, at den i sin analyse af fusionens virkninger på priserne anvendte oplysninger om FedEx' situation i 2012, selv om den rådede over prognoserne for FedEx for 2015.
- 51 På denne baggrund kan UPS ikke anses for at have forsøgt at afhjælpe et upræcist forhold i stævningen ved en overordnet henvisning til de processkrifter, som blev indleveret i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144). Ikke alene var UPS' argumentation fremført forståeligt, men den var ligeledes Kommissionen bekendt fra behandlingen af nævnte sag. Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen selv har henvist til sine processkrifter i denne sag som svar på UPS' argumenter. Følgelig kan Kommissionen ikke hævde, at den ikke kunne tilrettelægge sit forsvar. Henset til, at parterne og retsgrundlaget, dvs. de ulovligheder, som Kommissionen foreholdes, er sammenfaldende i annulationsøgsmålet og i nærværende erstatningsøgsmål, kan henvisningerne i stævningens argumentation, der i sig selv kan antages til realitetsbehandling, til fremstillingen af søgsmålsgrundene fremsat til støtte for annulationsøgsmålet, som er fremlagt som bilag til stævningen i nærværende sag, antages til realitetsbehandling (jf. analogt dom af 11.7.2007, Schneider Electric mod Kommissionen, T-351/03, EU:T:2007:212, præmis 96). Kommissionens formalitetsindsigelse skal derfor forkastes.

c) Formaliteten vedrørende UPS' argumentation om et urigtigt skøn vedrørende effektivitetsgevinsterne

1) Stævningens punkt 46

- 52 Kommissionen har gjort gældende, at argumentation i stævningens punkt 46, hvorved UPS for det første har gjort gældende, at beviserne fremlagt under den administrative procedure udelukkede en afgørelse om uforenelighed med det indre marked, for det andet, at Kommissionen principielt havde accepteret synergier, og for det tredje, at såfremt Kommissionen havde anvendt den tilgang, der senere blev fulgt under kontrollen med fusionen mellem FedEx og TNT, på effektivitetsgevinsterne, skulle den have accepteret en langt større andel af de angivelige synergier, skal afvises, eftersom denne argumentation er i strid med procesreglementets artikel 76, litra d). Kommissionen har anført, at disse udsagn ikke er tilstrækkeligt underbyggede, og har fremhævet, at de allerede er blevet imødegået i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144).
- 53 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionens kritik snarere vedrører spørgsmålet om, hvorvidt UPS' udsagn i stævningens punkt 46 om analysen af effektivitetsgevinsterne er tilstrækkeligt underbyggede til at overbevise Retten, end spørgsmålet om, hvorvidt stævningen indeholder den kortfattede fremstilling af søgsmålsgrundene, som kræves i medfør af procesreglementets artikel 76, litra d).
- 54 Det skal under alle omstændigheder fastslås, stævningens punkt 46 er affattet tilstrækkeligt klart og præcist til, at Kommissionen kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten kan tage stilling til sagen. Kommissionen har således i svarskriftets punkt 55-97 givet en udtømmende besvarelse af UPS' argumentation. Kommissionens argumentation er således ugrundet.

2) *Henvisningen til bilag C.6 til replikken*

- 55 I replikkens punkt 82 har Kommissionen anført, at UPS har henvist til nogle uddrag af formularen vedrørende fusionens anmeldelse, som er vedlagt i bilag C.6 til replikken, uden at selskabet præcist har identificeret de relevante passager i dette bilag, som det har påberåbt sig. En sådan henvisning er i strid med procesreglementets artikel 76, litra d).
- 56 Det skal imidlertid fastslås, at UPS i stævningens punkt 41-46 har givet en ganske vist kortfattet, men klar og præcis fremstilling af den argumentation, hvorved selskabet har foreholdt Kommissionen, at denne institution ikke under den administrative procedure meddelte de kriterier, som den ville anvende for at vurdere de angivelige effektivitetsgevinster. Navnlig har UPS i stævningens punkt 44 anført, at Kommissionen inden vedtagelsen af afgørelsen var forpligtet til at anføre sine indvendinger mod, at de angivelige effektivitetsgevinster var påviselige, og til at give de parter, som har anmeldt en fusion, en reel mulighed for at fremkomme med deres bemærkninger i denne henseende. UPS har desuden gjort gældende, at sagsakterne viser, at selskabet allerede i forbindelse med anmeldelsen via CO-formularen fremlagde konkrete beviser for effektivitetsgevinsterne. I replikkens punkt 82 har UPS endvidere udtrykkeligt henvist til det relevante afsnit i CO-formularen, nærmere bestemt dennes punkt 96.
- 57 UPS' angivelse af klagepunkterne opfylder de betingelser om klarhed og præcision, som kræves i medfør af procesreglementets artikel 76, litra d). På denne baggrund kan Kommissionen ikke med føje gøre gældende, at den ikke kunne tilrettelægge sit forsvær, uden at dette har betydning for spørgsmålet om, hvorvidt fremlæggelsen af bilag C.6 til replikken ved indleveringen heraf skete for sent og derfor skal afvises, hvilket vil blive undersøgt nedenfor i forhold til procesreglementets artikel 85.
- 58 Det følger heraf, at Kommissionens formalitetsindsigelse skal forkastes.

3) *Henvisningen til bilag C.7 og C.37 til replikken*

- 59 Kommissionen har anført, at UPS i strid med procesreglementets artikel 76, litra d), i replikkens punkt 90, 92 og 107 blot har foretaget en generel henvisning til sin erklæring af 4. juli 2019 vedrørende synergierne (bilag C.7 til replikken), uden at selskabet har præciseret de relevante passager, som det har påberåbt sig. Kommissionen har anført den samme argumentation mod den angiveligt ikke tilstrækkeligt præcise henvisning i replikkens punkt 106 og 108-110 til den anden sagkyndige erklæring udarbejdet af FTI Consulting med henblik på at vurdere de tre sagkyndige erklæringer, som Kommissionen har fremlagt i bilaget til svarskriftet (herefter »den anden FTI-erklæring«) (bilag C.37 til replikken).
- 60 Det skal imidlertid konstateres, at replikkens punkt 90-98 indeholder en detaljeret og begrundet fremstilling af de argumenter, hvormed UPS har imødegået den første sagkyndige erklæring udarbejdet af Oxera med henblik på at vurdere de synergier, som UPS forventede at kunne udlede af erhvervelsen af TNT (herefter »den første Oxera-erklæring«) (bilag B.7 til svarskriftet), som Kommissionen har fremlagt under retsforhandlingerne i forbindelse med svarskriftet. UPS' argumentation underbygges og suppleres i sine forskellige tekniske dimensioner ved bilag C.7 til replikken, hvori angives de metoder, som UPS har anvendt til vurderingen af effektivitetsgevinsterne. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, har UPS ikke omgået sin forpligtelse til kortfattet, men klart og præcist at fremstille sin argumentation ved at

foretage en overordnet og upræcis henvisning til bilag C.7 til replikken eller bortlede dette dokument fra dets rent bevismæssige og praktiske funktion. Kommissionen kan følgelig ikke gøre gældende, at UPS har tilsidesat bestemmelserne i procesreglementets artikel 76, litra d).

- 61 Hvad angår henvisningen til den anden FTI-erklæring (bilag C.37 til replikken) skal det ligeledes fastslås, at replikkens punkt 108-110 indeholder en kortfattet, men klar og præcis fremstilling af den argumentation, hvormed UPS har imødegået de to sagkyndige erklæringer, som Kommissionen har fremlagt (den første Oxera-erklæring i bilag B.7 til svarskriftet og den første Schoutens-erklæring i bilag B.39 til nævnte svarskrift). Af tilsvarende grunde som de netop anførte vedrørende henvisningen til bilag C.7 til replikken er Kommissionens udsagn om en tilsidesættelse af procesreglementets artikel 76, litra d), ugrundet.
- 62 Henset til samtlige ovenstående betragtninger er Kommissionens klagepunkter om en tilsidesættelse af procesreglementets artikel 76, litra d), ugrundede og skal derfor forkastes.

3. Tilsidesættelse af procesreglementets artikel 85

- 63 Kommissionen har fremsat en formalitetsindsigelse vedrørende flere bevisementer, som UPS har fremlagt for sent, hvilket dette selskab har bestridt, idet det for sin del har gjort gældende, at visse beviser, som Kommissionen har fremlagt for sent under retsforhandlingerne, skal afvises.
- 64 For at træffe afgørelse om disse klagepunkter skal det bemærkes, at det følger af procesreglementets artikel 76, litra f), at stævningen i givet fald skal indeholde de beviser eller en angivelse af de beviser, der påberåbes. Det fremgår af dette reglements artikel 81, stk. 1, at svarskriftet skal indeholde de anbringender og argumenter, der gøres gældende, og i givet fald de beviser eller en angivelse af de beviser, der påberåbes.
- 65 Procesreglementets artikel 85, stk. 1, præciserer, at beviser fremlægges eller anføres i forbindelse med den første udveksling af processkrifter. I dette reglements artikel 85, stk. 2, tilføjes, at parterne i forbindelse med replikken og duplikken kan fremlægge eller anføre yderligere beviser til støtte for deres anbringender, forudsat at den forsinkede påberåbelse af beviserne begrundes.
- 66 Selv om parterne i henhold til præklusionsreglen i procesreglementets artikel 85, stk. 1, skal begrunde, at beviser fremlægges, eller nye beviser anføres for sent, kan Unionens retsinstanser efterprøve grundlaget for den begrundelse for forsinkelsen, som gives ved fremlæggelsen eller anførelsen af disse beviser, og, alt efter omstændighederne, bevisernes indhold, og kan ligeledes, såfremt denne forsinkede fremlæggelse ikke er tilstrækkeligt begrundet eller er ugrundet, forkaste disse beviser. En parts forsinkede fremlæggelse eller anførelse af beviser kan navnlig begrundes med, at denne part ikke tidligere kunne råde over de pågældende beviser, eller hvis modpartens forsinkede fremlæggelse begrundes, at sagsakterne suppleres, således at kontradiktionsprincippet overholdes (dom af 16.9.2020, BP mod FRA, C-669/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:713, præmis 41).

a) Formaliteten vedrørende bilag C.6, C.7 og C.37 til replikken

- 67 Kommissionen har gjort gældende, at UPS alene har fremlagt bilag C.6, C.7 og C.37 til replikken med henblik på at afhjælpe manglerne i stævningen. En sådan forsinket og ubegrundet fremlæggelse skal føre til afvisning af disse bilag i medfør af procesreglementets artikel 85.

- 68 Som fastslået ovenfor fremgår det imidlertid af replikkens punkt 82, at bilag C.6 til replikken blev fremlagt for at tilbagevise Kommissionens argumentation i svarskriftets punkt 47, om at UPS ikke havde nævnt spørgsmålet om effektivitetsgevinster i CO-formularen. Bilag C.7 til replikken tilsigter at tilbagevise den første Oxera-erklæring (bilag B.7 til svarskriftet), som Kommissionen har fremlagt. Den anden FTI-erklæring (bilag C.37 til replikken) tilsigter at rejse tvivl om to andre sagkyndige erklæringer, som Kommissionen har fremlagt (den første Oxera-erklæring i bilag B.7 til svarskriftet og den første Schoutens-erklæring i bilag B.39 til dette svarskrift).
- 69 Således er modbevis og adgangen til at fremkomme med nye beviser som følge af et modbevis fra modpartens side i svarskriftet ikke omfattet af præklusionsreglen i procesreglementets artikel 85, stk. 1 (dom af 17.12.1998, Baustahlgewebe mod Kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, præmis 72, og kendelse af 21.5.2019, Le Pen mod Parlamentet, C-525/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:435, præmis 48).
- 70 Følgelig skal bilag C.6, C.7 og C.37 ikke afvises fra realitetsbehandling i medfør af procesreglementets artikel 85, stk. 1.

b) Formaliteten vedrørende de økonometrisagkyndiges erklæringer, som Kommissionen har fremlagt

- 71 Som svar på Rettens skriftlige spørgsmål har UPS bestridt, at to erklæringer fra økonometrisagkyndige, som Kommissionen har fremlagt som bilag til duplikken (bilag D.5 og D.6 til duplikken), kan antages til realitetsbehandling. UPS har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har fremlagt disse erklæringer for sent og uden begrundelse herfor.
- 72 Kommissionen har gjort gældende, at disse erklæringer kan antages til realitetsbehandling.
- 73 Det skal imidlertid bemærkes, at det følger af procesreglementets artikel 81, stk. 1, og artikel 85, stk. 1 og 2, at de anbringender og argumenter, der gøres gældende, samt de beviser eller en angivelse af de beviser, der påberåbes, principielt skal fremgå af svarskriftet, idet sagsøgte skal begrunde den forsinkede fremlæggelse eller anførelse af yderligere beviser, idet de ellers vil blive afvist (jf. i denne retning dom af 15.11.2007, Ungarn mod Kommissionen, T-310/06, EU:T:2007:343, præmis 164 og den deri nævnte retspraksis).
- 74 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen fremlagt to erklæringer fra en økonom af 16. oktober 2019 i forbindelse med duplikken, dvs. efter indleveringen af svarskriftet. Kommissionen har fremlagt disse erklæringer for at underbygge sit svar på anbringenderne i stævningen og ikke i replikken.
- 75 I duplikkens punkt 26 og 27 har Kommissionen således anført, at den tilsigtede at besvare UPS' argumentation, der fremgår af stævningens punkt 35 og 36, hvorved selskabet i det væsentlige har rejst tvivl om, hvorvidt væsensforskellen mellem den fusionsvariabel, der blev anvendt ved skønnet, og den, der blev anvendt ved prognosen, kunne accepteres, henset til de særlige omstændigheder ved den planlagte transaktion. Med henblik herpå har Kommissionen i det væsentlige fremsat to argumenter. Det første argument, der er anført i duplikkens punkt 28-50, består i en påberåbelse af, at ingen af de økonometriske modeller, som UPS efterfølgende foreslog under den administrative procedure, var acceptable. For at underbygge dette argument har Kommissionen fremlagt den første erklæring fra denne sagkyndige (bilag D.5 til duplikken). Med det andet argument, der er fremstillet i duplikkens punkt 39-41, har Kommissionen anført,

at den model, som den sluttelig valgte, var begrundet og rimelig i betragtning af de særlige omstændigheder ved den planlagte transaktion. Til støtte for dette argument har Kommissionen påberåbt sig denne sagkyndiges anden erklæring (bilag D.6 til duplikken).

- 76 Det skal fastslås, at Kommissionens argumentation ikke i væsentlig grad afviger fra argumentationen i svarskriftets punkt 21-31.
- 77 På denne baggrund skal det anerkendes, at disse to erklæringer fra den sagkyndige, som Kommissionen havde hyret (bilag D.5 og D.6 til duplikken), er blevet fremlagt for sent, uden at Kommissionen har begrundet denne forsinkelse i duplikken. Det skal derfor fastslås, at disse erklæringer ikke kan antages til realitetsbehandling.
- 78 I retsmødet har Kommissionen anført, at selv om disse to erklæringer ideelt set burde være fremlagt i forbindelse med svarskriftet, er de blot en tilbagevisning af erklæringerne fra UPS' sagkyndige (bilag A.8 og A.9 til stævningen) samt disses supplerende udtalelser (bilag C.1 og C.2 til replikken). Kommissionen har tilføjet, at eftersom UPS har kunnet tage skriftlig stilling til såvel formaliteten som realiteten vedrørende denne institutions sagkyndiges erklæringer efter Rettens foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, er spørgsmålet om, hvorvidt disse erklæringer kan antages til realitetsbehandling, ikke længere relevant.
- 79 I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, tilsigter de sagkyndige erklæringer, som den har fremlagt, imidlertid ikke specifikt at besvare to supplerende sagkyndige udtalelser, som UPS har fremlagt i forbindelse med replikken (bilag C.1 og C.2 til replikken). Desuden betyder den omstændighed, at Retten i det foreliggende tilfælde har opfordret UPS til skriftligt at tage stilling til formaliteten og realiteten vedrørende den første erklæring fra Kommissionens sagkyndige, ikke, at denne erklæring kan antages til realitetsbehandling. I henhold til procesreglementets artikel 85, stk. 4, berører det nemlig ikke Rettens afgørelse af spørgsmålet, om de for sent fremlagte beviser kan antages til realitetsbehandling, at de andre parter har haft lejlighed til at tage stilling hertil.
- 80 Eftersom UPS' argumentation er begrundet, skal de erklæringer, som Kommissionen har fremlagt under retsforhandlingerne (bilag D.5 og D.6 til duplikken), afvises, eftersom de er fremlagt for sent uden begrundelse herfor.

B. Realiteten

1. Betingelserne for Unionens ansvar uden for kontraktforhold

- 81 I henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF skal Unionen for så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dens institutioner eller af dens ansatte under udøvelsen af deres hverv.
- 82 Ifølge fast retspraksis forudsætter Unionens ansvar uden for kontraktforhold, at tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at den retsbestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, at der er påvist et tab, og endelig, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, der påhviler den, der har udstedt retsakten, og de skadelidtes tab (dom af 13.12.2018, Den Europæiske Union mod Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, præmis 117; jf. ligeledes i denne

retning dom af 4.7.2000, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, C-352/98 P, EU:C:2000:361, præmis 39-42). Det forhold, at disse betingelser er kumulative, indebærer, at Unionen ikke ifalder ansvar uden for kontraktforhold, når blot én af betingelserne ikke er opfyldt (jf. i denne retning dom af 9.9.1999, Lucaccioni mod Kommissionen, C-257/98 P, EU:C:1999:402, præmis 63 og 64, og af 15.6.2000, Dorsch Consult mod Rådet og Kommissionen, C-237/98 P, EU:C:2000:321, præmis 54).

- 83 Der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder, når tilsidesættelsen indebærer, at den omhandlede institution åbenbart og alvorligt har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser, idet de forhold, der i denne forbindelse kan tages i betragtning, navnlig er kompleksiteten af de forhold, der skal reguleres, hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, såvel som hvor vidt et skøn den tilsidesatte bestemmelse overlader EU-institutionen (jf. i denne retning dom af 19.4.2007, Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, C-282/05 P, EU:C:2007:226, præmis 50, og af 30.5.2017, Safa Nicu Sepahan mod Rådet, C-45/15 P, EU:C:2017:402, præmis 30).
- 84 Kravet om en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse i EU-retten følger af behovet for en afvejning mellem på den ene side beskyttelsen af borgerne mod institutionernes ulovlige handlinger og på den anden side det skøn, som de sidstnævnte bør indrømmes for at undgå, at deres arbejde lammes (dom af 10.9.2019, HTTS mod Rådet, C-123/18 P, EU:C:2019:694, præmis 34).
- 85 Denne afvejning er så meget desto vigtigere, når det påhviler Kommissionen at fastlægge og gennemføre Unionens konkurrencepolitik, og den i denne forbindelse råder over en skønsbeføjelse (dom af 23.4.2009, AEPI mod Kommissionen, C-425/07 P, EU:C:2009:253, præmis 31).
- 86 Det er korrekt, at såfremt det gøres lettere for Unionen at ifalde et ansvar, idet begrebet kvalificeret tilsidesættelse af EU-retten udvides til enhver tilsidesættelse af en lovbestemt forpligtelse, der, hvor beklagelig den end måtte være, kan forklares ved de objektive begrænsninger, som Kommissionen er undergivet, ville det risikere at skade eller endda hindre Kommissionens handlinger inden for fusionskontrol. Enhver person, der har lidt skader, der skyldes Kommissionens adfærd, har imidlertid ret til erstatning, hvis adfærden består i en handling, som uden begrundelse eller objektiv forklaring er i åbenbar strid med retsbestemmelsen og i alvorlig grad skadelig for disse personers interesser (jf. i denne retning dom af 11.7.2007, Schneider Electric mod Kommissionen, T-351/03, EU:T:2007:212, præmis 123 og 124, og af 9.9.2008, MyTravel mod Kommissionen, T-212/03, EU:T:2008:315, præmis 42 og 43).
- 87 En sådan definition af tærsklen for, hvornår Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold, beskytter – uden at lade andre bære konsekvenserne af åbenbare og uundskyldelige tilsidesættelser – det råderum og den skønsfrihed, som Kommissionen må have, både når den træffer individuelle afgørelser, og når den fortolker og anvender de relevante EU-retlige bestemmelser på konkurrenceområdet (jf. i denne retning dom af 11.7.2007, Schneider Electric mod Kommissionen, T-351/03, EU:T:2007:212, præmis 125).
- 88 Det er således alene konstateringen af en uregelmæssighed, som under tilsvarende omstændigheder ikke ville være blevet begået af en normalt forsigtig og påpasselig administration, der kan medføre, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold (dom af 10.9.2019, HTTS mod Rådet, C-123/18 P, EU:C:2019:694, præmis 43).

2. De angivelige ulovligheder

- 89 UPS har gjort gældende, at den omtvistede afgørelse og den procedure, som førte til vedtagelsen heraf, er behæftet med flere ulovligheder, der udgør tilstrækkeligt kvalificerede tilsidesættelser af EU-retten. Kommissionen har tilsidesat UPS' proceduremæssige rettigheder, tilsidesat sin begrundelsespligt og begået fejl ved den materielle vurdering af fusionen ved for det første at fravige de almindelige økonometriske metoder til analysen af fusionens virkning på priserne, ved for det andet at foretage en statistisk undersøgelse af FedEx' konkurrencepres og ved for det tredje at foretage en upassende vurdering af effektivitetsgevinsterne.
- 90 Det anførte om tilsidesættelser af UPS' proceduremæssige rettigheder, tilsidesættelse af begrundelsespligten og gyldigheden af vurderingerne i den omtvistede afgørelse skal undersøges efter hinanden.

a) Tilsidesættelse af UPS' proceduremæssige rettigheder

- 91 Til støtte for, at selskabets proceduremæssige rettigheder ulovligt blev tilsidesat, har UPS foreholdt Kommissionen, at den for det første ikke meddelte den valgte økonometriske model, for det andet, at den ikke meddelte kriterierne for vurderingen af effektivitetsgevinsterne, og for det tredje, at den ikke meddelte visse fortrolige dokumenter fra FedEx.

1) Den manglende meddelelse af den valgte økonometriske model

- 92 UPS har gjort gældende, at Retten og derefter Domstolen allerede har fastslået, at Kommissionen tilsidesatte selskabets ret til forsvar, idet den ikke meddelte den endelige udgave af den økonometriske model, som tjente som grundlag for analysen af fusionens virkninger på priserne. Der er tale om en åbenbar og alvorlig tilsidesættelse af en retsbestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som hverken kan begrundes med tidspres eller sagens kompleksitet.
- 93 Kommissionen har gjort gældende, at tilsidesættelsen af UPS' ret til forsvar ikke kan defineres som en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af EU-retten, dels som følge af EU-rettens manglende klarhed på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse med hensyn til Kommissionens pligt til at meddele den endelige udgave af den økonometriske model, dels som følge af tidspreset i vurderingen af den påtænkte fusion.
- 94 Det skal bemærkes, at den af UPS anførte ulovlighed allerede er endeligt fastslået. Retten annullerede nemlig den omtvistede afgørelse i sin helhed med den begrundelse, at Kommissionen havde tilsidesat UPS' ret til forsvar ved ikke at meddele selskabet den endelige udgave af sin økonometriske model (dom af 7.3.2017, United Parcel Service mod Kommissionen, T-194/13, EU:T:2017:144, præmis 221 og 222). Denne dom har fået retskraft, efter at Kommissionens appel blev forkastet ved dom af 16. januar 2019, Kommissionen mod United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).
- 95 Det er ubestridt, at princippet om overholdelse af retten til forsvar som led i sagerne med fusionskontrol henhører under den kategori af retsregler, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Kommissionen mod Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 162).

- 96 Parterne er derimod uenige om, hvorvidt tilsidesættelsen af UPS' ret til forsvar er tilstrækkeligt kvalificeret til, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold.
- 97 Det skal i denne henseende bemærkes, 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 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 28).
- 98 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 bl.a. krav om Kommissionens skriftlige meddelelse af dens synspunkter til de parter, der har anmeldt fusionen, med angivelse til disse af en frist, inden for hvilken de skriftligt kan gøre deres standpunkt gældende (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 29).
- 99 Disse bestemmelser kompletteres af aktindsigtsreglerne, som udgør det logiske supplement til princippet om overholdelse af retten til forsvar. 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 klagepunktsmeddelelsen, med forbehold af navnlig virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder beskyttes, idet denne aktindsigt hverken omfatter fortrolige oplysninger eller Kommissionens eller medlemsstaternes kompetente myndigheds interne arbejdsdokumenter (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 30).
- 100 For at foretage en fremtidsanalyse af fusionens virkninger på de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på de berørte markeder, giver anvendelsen af økonomiske modeller mulighed for at højne forståelsen af den påtænkte transaktion 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 parter, som har anmeldt en fusion, gives mulighed for at udtale sig herom (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 33).
- 101 En fremlæggelse af disse modeller og af de metodevalg, der ligger til grund for deres udformning, er så meget desto mere påkrævet, eftersom en sådan fremlæggelse bidrager til at give proceduren dens retfærdige karakter i overensstemmelse med princippet om god forvaltning, der er fastsat i chartrets artikel 41 (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 34).
- 102 Overholdelsen af retten til forsvar inden vedtagelsen af en afgørelse på fusionskontrolområdet kræver derfor, at de parter, som har anmeldt en fusion, 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 (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 31).
- 103 Kommissionen kan ikke efter klagepunktsmeddelelsen 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 (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 37).

- 104 Det følger heraf, at Kommissionen inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse var forpligtet til at gøre UPS bekendt med ændringerne af den økonometriske model, der blev anvendt til at vurdere fusionens virkninger på priserne. Denne forpligtelse følger af anvendelsen af artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, som pålægger Kommissionen at formulere klagepunkterne tilstrækkeligt klart og præcist, således at den part, der har anmeldt en fusion, får mulighed for at blive hørt inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse. Kommissionen havde i denne forbindelse et stærkt begrænset eller ikke eksisterende skøn (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Kommissionen mod Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 166). Disse betragtninger tilsigter at godtgøre, at Kommissionen ved ikke at meddele UPS sin økonometriske model tilsidesatte grænserne for sin skønsbeføjelse åbenbart og alvorligt.
- 105 Ifølge Kommissionen er dette dog ikke tilfældet i den foreliggende sag, og den har i denne henseende fremført to argumenter.
- 106 Med det første argument gøres det gældende, at retspraksis ved vedtagelsen af den omtvistede afgørelse endnu ikke var klart fastlagt vedrørende forpligtelsen til at meddele de økonometriske modeller.
- 107 Det skal bemærkes, at vanskelighederne ved anvendelse eller fortolkning af de relevante EU-retlige regler inden for rammerne af vedtagelsen af en afgørelse, som efterfølgende drages i tvivl med henblik på, at det fastslås, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold, tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af den pågældende institutions adfærd med henblik på at afgøre, om den har gjort sig skyldig i en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse i EU-retten. Disse parametre henviser alle til det tidspunkt, hvor denne institution vedtog afgørelsen eller handlingen. Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse i EU-retten, nødvendigvis skal afgøres i forhold til de omstændigheder, hvorunder institutionen handlede på dette nøjagtige tidspunkt (jf. i denne retning dom af 10.9.2019, HTTS mod Rådet, C-123/18 P, EU:C:2019:694, præmis 44 og 46).
- 108 Det er korrekt, at dommen af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), er den første, hvori det blev undersøgt, om Kommissionen kunne støtte sig på en økonometrisk model uden først at have givet den virksomhed, der havde anmeldt fusionen, mulighed for at blive hørt om ændringerne i denne model. Retspraksis vedrørende princippet om overholdelse af retten til forsvar og retten til at blive hørt var imidlertid allerede omfangsrig inden afsigelsen af denne dom. I en anden retlig og faktisk sammenhæng end den i nærværende sag omhandlede har Domstolen og Retten i det væsentlige allerede fastslået, at Kommissionen, idet den støttede sig på en rapport, som den på eget initiativ havde ændret, uden at sørge for at forhøre sig hos den pågældende virksomhed om de mulige følger af dette ensidige skridt for så vidt angår pålideligheden af de oplysninger, som virksomheden var fremkommet med, havde begået en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse i EU-retten (jf. i denne retning dom af 10.7.2003, Kommissionen mod Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, præmis 30, og af 24.10.2000, Fresh Marine mod Kommissionen, T-178/98, EU:T:2000:240, præmis 80-82).

- 109 Endvidere er der grund til at fremhæve den ordlyd, hvormed Domstolen forkastede Kommissionens argumentation rettet mod begrundelsen i dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), som førte til annullation af den omtvistede afgørelse, eftersom UPS' ret til forsvar var blevet tilsidesat. Domstolen fastslog, at spørgsmålet om, hvorvidt en manglende fremsendelse af en økonometrisk model til parterne i en fusion kunne begrunde en annullation af Kommissionens afgørelse – i henseende til overholdelsen af retten til forsvar – ikke afhang af den indledende kvalificering af denne model som et belastende dokument eller et diskulperende dokument. Hvis man, som Kommissionen i det væsentlige forfægtede, 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 skyldtes 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 (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 54 og 55).
- 110 Dom af 16. januar 2019, Kommissionen mod United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), gør det således ikke muligt at konkludere, at der på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse var usikkerhed om fortolkningen af såvel det princip om overholdelse af retten til forsvar, der navnlig er fastsat i artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, som af de konsekvenser, der skulle drages af en tilsidesættelse af retten til forsvar, der skyldtes den manglende meddelelse af en økonometrisk model som den i nærværende sag omhandlede.
- 111 På denne baggrund skal det af Kommissionen anførte om, at tilsidesættelsen af UPS' ret til forsvar skal anses for at være undskyldelig som følge af den angiveligt manglende klarhed om EU-retten på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, forkastes.
- 112 Med det andet argument har Kommissionen gjort gældende, at tilsidesættelsen af UPS' ret til forsvar, henset til det tidspres, hvorunder institutionen skulle vurdere transaktionen mellem UPS og TNT i hele dens kompleksitet, ikke kan anses for at udgøre en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse. Ifølge Kommissionen kan dette tidspres ikke bagatelliseres. Blot to måneder inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse vedtog Kommissionen de yderligere ændringer til den økonometriske model. I løbet af disse to måneder skulle Kommissionen analysere svaret på klagepunktsmeddelelsen (346 sider), tilrettelægge statusmøder, meddele UPS sine foreløbige konklusioner og vurdere selskabets forslag om tilsagn, høre medlemsstaterne og udarbejde den omtvistede afgørelse (450 sider), samtidig med at UPS havde fremlagt sin analyse af fusionens virkninger på priserne sent under proceduren.
- 113 Kommissionen er ganske vist forpligtet til at forene dette bydende krav om hurtighed, som er kendetegnende for den almindelige opbygning af forordning nr. 139/2004, med overholdelsen af retten til forsvar (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 38).
- 114 Hvad angår omstændighederne i nærværende sag er det imidlertid allerede fastslået, 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. Selv om ændringerne ikke var ubetydelige, blev de ikke meddelt UPS. Kommissionen har ikke fremlagt nogen oplysning med de konkrete årsager til, at det i praksis var umuligt for den på dette tidspunkt at indrømme

UPS en kort svarfrist for at give selskabet mulighed for at fremkomme med bemærkninger til nævnte ændringer (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 41 og 42), selv om meddelelsen af ændringen af den økonometriske model ikke indebar noget teknisk eller administrativt problem, og Kommissionen på dette tidspunkt havde tilstrækkelig tid til at vedtage den omtvistede afgørelse efter at have hørt UPS.

- 115 Henset til disse forhold er den af Kommissionen anførte begrundelse udledt af tidspres ugrundet.
- 116 Kommissionen har imidlertid indvendt, at den manglende meddelelse af de sidste ændringer af den økonometriske mode, henset til den sammenhæng, hvori den omtvistede afgørelse blev vedtaget, ikke gør det muligt at fastslå en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse i EU-retten. Denne institution har anført, at analysen i den omtvistede afgørelse af fusionens virkninger på priserne var et resultat af en løbende proces med dialog med UPS, hvilket afbøder den begåede fejl. Efter at have taget hensyn til UPS' forslag besluttede Kommissionen endelig at vælge den model, som var mest egnet af de grunde, der er anført i 727.-740. betragtning til den omtvistede afgørelse.
- 117 Med henblik på at fastslå, om den af Kommissionen begåede ulovlighed kan medføre, at Unionen ifalder et ansvar, skal det – ud over den særlige betydning, som de grundlæggende garantier i Unionens retsorden har – fremhæves, at det metodologiske grundlag for de økonometriske modeller, der anvendes til fremtidsanalysen af en fusion, skal være så objektivt som muligt, således at det ikke på den ene eller anden måde foregriber resultatet af denne analyse. 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 (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 53).
- 118 Ved således at fravige et proceduremæssigt krav, selv om det skal sikre EU-fusionskontrolprocedurens lovlighed samt rimeligheden heraf, har Kommissionen ligeledes stillet UPS i en situation, hvor selskabet ikke havde mulighed for at få kendskab til en del af begrundelsen for den omtvistede afgørelse.
- 119 Hvad angår Kommissionens argument om, at tilsidesættelsen af retten til forsvar ikke er tilstrækkeligt kvalificeret, eftersom UPS havde kendskab til alle ændringerne i den endelige udgave af den økonometriske model som følge af drøftelserne forud for ajourføringen heraf, skal det bemærkes, at Retten allerede endelig har fastslået, at selv om der var talrige ligheder mellem den endelige økonometriske model og de modeller, der tidligere blev drøftet, var de tilføjede ændringer ikke beskedne, og anvendelsen af forskellige fusionsvariabler på de forskellige tidspunkter, som analysen består af, havde ikke været genstand for løbende drøftelser på noget tidspunkt i den administrative procedure (dom af 7.3.2017, United Parcel Service mod Kommissionen, T-194/13, EU:T:2017:144, præmis 204-209).
- 120 Det var nemlig først inden for rammerne af proceduren i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), at UPS efter en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten vedtog den 11. april 2016, fik kendskab til de tilføjede ændringer til den økonometriske model i sin endelige udgave.

- 121 Kommissionens argument om, at tilsidesættelsen af retten til forsvar afbødes af den omstændighed, at der var gået talrige udvekslinger med UPS forud for færdiggørelsen af den økonomiske model, er således ugrundet.
- 122 Eftersom UPS ikke blev meddelt den endelige udgave af den økonomiske model, fik dette selskab således ikke adgang til en oplysning, som, hvis den var blevet meddelt selskabet rettidigt, kunne have givet det mulighed for at gøre andre resultater gældende hvad angår transaktionens virkninger på priserne, hvilket kunne have ført til en fornyet overvejelse af rækkevidden af de kvalitative oplysninger, som Kommissionen havde taget hensyn til, og dermed til en nedsættelse af antallet af stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence (dom af 7.3.2017, United Parcel Service mod Kommissionen, T-194/13, EU:T:2017:144, præmis 218). Det skal dermed konkluderes, at tilsidesættelsen af UPS' ret til forsvar var åbenbar og alvorlig.
- 123 Kommissionens tilsidesættelse af UPS' ret til forsvar udgør således en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse i EU-retten, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder.

2) Den manglende meddelelse af kriterierne for vurderingen af effektivitetsgevinsterne

- 124 UPS har medgivet, at bevisbyrden for effektivitetsgevinster påhviler den part, som har anmeldt en fusion, og har samtidig anført, at Kommissionen inden vedtagelsen af den endelige afgørelse skal fastlægge den bevistærskel, som den kræver, for at de angivelige gevinster kan anses at være påviselige som omhandlet i retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, C 31, s. 5, herefter »retningslinjerne«). Hvis disse kriterier ikke meddeles på forhånd, vil Kommissionen have en vilkårlig beføjelse til at acceptere eller afvise de angivelige effektivitetsgevinster, uden at den part, der har anmeldt fusionen, eller Unionens retsinstanser kan udøve nogen form for kontrol. I forbindelse med klagepunktsmeddelelsen eller i den redegørelse for de faktiske omstændigheder, som supplerede denne meddelelse, kunne Kommissionen i overensstemmelse med punkt 111 i meddelelse fra Kommissionen om bedste praksis ved behandlingen af konkurrencesager efter artikel 101 [TEUF] og 102 [TEUF] (EUT 2011, C 308, s. 6) have forklaret grundene til, at den ville acceptere visse effektivitetsgevinster og afvise andre. Ifølge UPS gjorde Kommissionen imidlertid ikke dette.
- 125 I lighed med, hvad der allerede er fastslået med hensyn til den manglende meddelelse af den økonomiske model, har UPS gjort gældende, at den manglende meddelelse af kriterierne for vurderingen af effektivitetsgevinsterne udgjorde en tilsidesættelse af selskabets ret til forsvar. Kommissionen er forpligtet til at anføre sine indvendinger mod, at de angivelige effektivitetsgevinster var påviselige, og til at give de parter, som har anmeldt en fusion, mulighed for at fremkomme med bemærkninger i denne henseende. Kommissionen har tilsidesat denne forpligtelse, hvilket gjorde det umuligt for selskabet at påvise, at der forelå effektivitetsgevinster.
- 126 Selv om selskabet efter indgivelsen af anmeldelsesformularen fremlagde talrige beviser for effektivitetsgevinster, forkastede Kommissionen blot disse som utilstrækkelige uden at anmode om oplysninger. Først ved afslutningen af den administrative procedure forsøgte Kommissionen at indlede en begrænset dialogproces med selskabet om effektivitetsgevinsterne. Det er dog usandsynligt, at Kommissionen har haft tid til at tage hensyn til de oplysninger, som selskabet endelig fremlagde den 20. november 2012, henset til denne institutions standpunkt på statusmødet samme dag.

- 127 Efter UPS' opfattelse fik selskabet endelig først under sagsbehandlingen i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), mulighed for at indlede en materiel drøftelse med Kommissionen om dette spørgsmål.
- 128 Kommissionen har bestridt denne argumentation.
- 129 Det skal bemærkes, at Kommissionen for at erklære en fusion uforenelig med det indre marked i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 skal godtgøre, at gennemførelsen af den anmeldte fusion vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (dom af 6.7.2010, Ryanair mod Kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, præmis 26).
- 130 Det fremgår af retspraksis, at Kommissionens afgørelser om fusioners forenelighed med det indre marked skal underbygges af tilstrækkeligt afgørende og sammenhængende oplysninger. Når Kommissionen finder, at en transaktion bør forbydes, påhviler der den således en stor bevisbyrde med henblik på at underbygge denne konklusion (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 50, og af 6.6.2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 63).
- 131 I denne forbindelse er kvaliteten af de beviser, som Kommissionen fremlægger for at fastslå behovet for en afgørelse, hvorved fusionen erklæres uforenelig med det indre marked, af særlig betydning. Det kan imidlertid ikke udledes heraf, at Kommissionen skal leve op til strengere beviskrav ved afgørelser om forbud mod fusioner end ved afgørelser om godkendelse af sådanne fusioner. Den retspraksis, der er nævnt i præmis 130 ovenfor, afspejler således blot bevisets væsentligste funktion, som er at understøtte en hypotese eller, således som det er tilfældet ved fusionskontrol, at styrke de vurderinger, der ligger til grund for Kommissionens afgørelser. Herved udgør den kompleksitet, som er forbundet med en opfattelse om, at konkurrencen begrænses, som er gjort gældende i forbindelse med en anmeldt fusion, et element, der skal tages hensyn til ved vurderingen af rimeligheden af fusionens forskellige konsekvenser, med henblik på at identificere, hvilke konsekvenser der er mest sandsynlige, men en sådan kompleksitet har ikke som sådan betydning for det krævede bevisniveau (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 50 og 51).
- 132 Forordning nr. 139/2004 indeholder ingen bestemmelse om effektivitetsgevinster. 29. betragtning hertil har imidlertid følgende ordlyd:
- »For at afgøre, hvilke virkninger en fusion vil få på fællesmarkedet, bør der tages hensyn til enhver begrundet og sandsynlig effektivitetsgevinst, som de deltagende virksomheder kan påvise. Det er muligt, at de effektivitetsgevinster, der opnås som følge af en fusion, udligner de virkninger for konkurrencen og specielt den potentielle skade for forbrugerne, som ellers ville optræde, og at fusionen derfor ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Kommissionen bør offentliggøre retningslinjer for, hvornår den kan tage effektivitetsgevinster i betragtning i forbindelse med vurderingen af fusioner.«
- 133 De retningslinjer fra Kommissionen, der er omtalt i 29. betragtning til forordning nr. 139/2004, er fremlagt i retningslinjernes punkt 76-88.

- 134 Det følger af retningslinjernes punkt 76 og 77, at det er muligt, at effektivitetsgevinsterne opvejer fusionens skadelige virkninger på konkurrencen. Kommissionen kan således beslutte, at en fusion ikke skal erklæres uforenelig med det indre marked, når denne institution på grundlag af tilstrækkelige beviser kan konkludere, at de effektivitetsgevinster, som transaktionen medfører, sandsynligvis vil øge evnen og incitamentet for den enhed, der opstår efter transaktionen, til at deltage aktivt i konkurrencen til gavn for forbrugerne.
- 135 Det fremgår af retningslinjernes punkt 78, at tre kumulative betingelser skal være opfyldt med henblik herpå: For det første skal effektivitetsgevinsterne være til gavn for forbrugerne, for det andet skal de være fusionsspecifikke, og for det tredje skal de være påviselige.
- 136 Betingelsen om, at effektivitetsgevinsterne skal være påviselige, behandles i retningslinjernes punkt 86-88. Det fremgår af retningslinjernes punkt 86, at formålet med denne betingelse er, at Kommissionen kan »være rimelig sikker på, at det er sandsynligt, at de realiseres, og de skal være tilstrækkelige til at opveje en fusions potentielle skadelige virkninger for forbrugerne«. I nævnte punkt anføres, at jo mere præcise og overbevisende de fremførte argumenter om effektivitetsgevinster er, des bedre kan Kommissionen vurdere dem. Det præciseres i denne forbindelse, at effektivitetsgevinsterne og de fordele, de medfører for forbrugerne, så vidt muligt derfor skal »opgøres talmæssigt«, og når »de oplysninger, som er nødvendige for, at der kan foretages en præcis kvantitativ analyse, ikke foreligger, skal det være muligt at forudse en klart påviselig positiv virkning for forbrugerne, og den må ikke være ubetydelig«.
- 137 Endelig er spørgsmålet om bevisbyrden og beskrivelsen af de oplysninger, der er relevante for vurderingen af effektivitetsgevinster, genstand for retningslinjernes punkt 87 og 88, som har følgende ordlyd:
- »87. De fleste af de oplysninger, som kan sætte Kommissionen i stand til at vurdere, om fusionen medfører den type effektivitetsgevinster, der betyder, at den kan godkendes, er udelukkende i fusionsparternes besiddelse. Det påhviler derfor de anmeldende parter i god tid at meddele alle de relevante oplysninger, der er nødvendige for at påvise, at effektivitetsgevinsterne er fusionsspecifikke og sandsynligvis vil blive realiseret. Det påhviler også de anmeldende parter at vise, i hvilket omfang effektivitetsgevinsterne vil opveje de negative virkninger for konkurrencen, som fusionen ellers kunne medføre, og derfor gavne forbrugerne.
88. Oplysninger, der er relevante for vurderingen af effektivitetsgevinster, omfatter især interne dokumenter, som ledelsen har brugt ved sin beslutning om fusionen, redegørelser fra ledelsen til indehaverne og de finansielle markeder om de forventede effektivitetsgevinster, historiske eksempler på effektivitetsgevinster og forbrugerfordele, og undersøgelser af effektivitetsgevinsterne art og omfang og forbrugernes eventuelle fordele heraf, som eksterne eksperter har foretaget før fusionen.«
- 138 Det fremgår således klart af retningslinjerne, at det påhviler den part, som har anmeldt en fusion, at fremlægge præcise og overbevisende beviser, som i videst muligt omfang gør det muligt at foretage en talmæssig opgørelse af de forventede effektivitetsgevinster. Denne situation adskiller sig fra bevisbyrden for fusionens forudsigelige virkninger, hvilken bevisbyrde påhviler Kommissionen, og hvoraf følger, at de økonometriske modeller, der anvendes i denne henseende, skal meddeles de parter, som har anmeldt fusionen, eftersom de er et redskab til brug for afgørelsen (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 33).

- 139 Det er korrekt, at indikationerne i retningslinjerne i generelle vendinger anfører, at alene effektivitetsgevinster, som underbygges af beviser, gør det muligt at foretage en objektiv vurdering af disses rækkevidde og sandsynlighed. Disse retningslinjer giver eksempler på relevante oplysninger i denne forbindelse, navnlig interne dokumenter til de deltagende virksomheder. De generelle vendinger i formuleringerne i retningslinjerne er dog forståelige, om ikke uundgåelige, fordi virksomhedernes individuelle situationer, de forudsete effektivitetsgevinster og kendetegnene for de markeder, for hvilke Kommissionen skal foretage sin kontrol, når en fusion anmeldes til den, er forskelligartede. Det kan derfor ikke med rimelighed forventes, at Kommissionen med et instrument som retningslinjerne på forhånd, grundigt og detaljeret fastlægger alle kriterierne for, at disse effektivitetsgevinster kan anses for påviselige.
- 140 På samme måde pålægger ingen bestemmelse i forordning nr. 139/2004 og retningslinjerne Kommissionen, at den, når de parter, som har anmeldt en fusion, fremsætter argumenter om effektivitetsgevinster, på forhånd og abstrakt skal fastlægge de specifikke kriterier, som den påtænker at lægge til grund for at kunne anerkende, at en effektivitetsgevinst kan anses for at være påviselig.
- 141 Det skal i denne henseende bemærkes, at det allerede er blevet fastslået, at institutionen ikke tilsidesætter retssikkerhedsprincippet, når den inden for antidumpinglovgivningen anvender den skønsbeføjelse, som den er tillagt ved denne lovgivning, uden at den forinden og i detaljer redegør for de kriterier, som den agter at anvende i hvert enkelt konkret tilfælde (jf. i denne retning dom af 5.10.1988, Brother Industries mod Rådet, 250/85, EU:C:1988:464, præmis 29, og af 7.5.1991, Nakajima mod Rådet, C-69/89, EU:C:1991:186, præmis 118). Denne situation svarer til situationen i det foreliggende tilfælde, hvor forordning nr. 139/2004 tillægger Kommissionen en skønsbeføjelse med henblik på at vurdere de effektivitetsgevinster, som er anført af de parter, der har anmeldt fusionen, uden at Kommissionen herved pålægges på forhånd og abstrakt at fastlægge de relevante kriterier i denne henseende.
- 142 På denne baggrund er UPS' argumentation, der tilsigter at godtgøre, at Kommissionen havde pligt til at meddele selskabet de specifikke kriterier og bevistærskler, som den havde til hensigt at anvende for at afgøre, om hver enkelt påberåbte effektivitetsgevinst var påviselig, retligt ugrundet.
- 143 Henset til ovenstående betragtninger skal argumentationen om, at Kommissionen tilsidesatte UPS' proceduremæssige rettigheder ved analysen af effektivitetsgevinsterne, fordi denne institution ikke havde meddelt kriterierne for vurderingen af disse gevinster, forkastes som ugrundet.

3) Den manglende meddelelse af visse af FedEx' fortrolige dokumenter

- 144 UPS har foreholdt Kommissionen, at den ikke gav selskabet aktindsigt i alle de oplysninger, som FedEx havde fremlagt under den administrative procedure, eller i det mindste, at den ikke gav selskabets advokater en sådan aktindsigt, således at de uafhængigt kunne kontrollere indholdet heraf. UPS har gjort gældende, at selskabet er blevet frataget muligheden for at vurdere bevisværdien af de oplysninger, som FedEx har fremlagt, selv om disse oplysninger påvirkede Kommissionens afgørelse om at opgive klagepunkterne om en betydelig hindring for den effektive konkurrence vedrørende 14 nationale markeder, samtidig med at den opretholdt klagepunkterne for 15 andre nationale markeder.

- 145 Efter UPS' opfattelse kunne disse oplysninger knyttet til FedEx ligeledes have været relevante for de 15 andre markeder, for hvilke Kommissionen med urette opretholdt klagepunkterne om en betydelig hindring for den effektive konkurrence. UPS har anført, at selskabets mistanke bestyrkes af den skiftende karakter af de begrundelser, som Kommissionen efterfølgende har fremsat under proceduren for at bestride relevansen af FedEx' interne dokumenter.
- 146 Hverken UPS eller Retten har kunnet efterprøve rigtigheden af de oplysninger, som FedEx havde fremlagt. Det er UPS' opfattelse, at selskabet, såfremt det havde fået kendskab til disse oplysninger, kunne have godtgjort, at de 15 nationale markeder, for hvilke Kommissionen fastslog, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence, ikke kunne adskilles fra de 14 andre markeder. UPS mistænker FedEx for at have forsøgt at overbevise Kommissionen om at forbyde den påtænkte fusion mellem UPS og TNT ved at bagatellisere sine udvidelsesplaner i Europa. UPS har henvist til visse modsigelser mellem FedEx' bemærkninger under den administrative procedure og denne virksomheds offentlige erklæringer til investorerne.
- 147 UPS har præciseret, at selskabets argumentation ikke vedrører aktindsigten i FedEx' fortrolige dokumenter, som er lagt til grund som belastende dokumenter, men spørgsmålet om, hvorvidt selskabet kunne nægtes aktindsigt i andre af FedEx' fortrolige dokumenter, som kunne anvendes til at vurdere bevisværdien af de dokumenter, der blev lagt UPS til last. UPS har i denne forbindelse anført, at det ikke tilkommer Kommissionen at beslutte, hvilke dokumenter der kan bruges til forsvar for den virksomhed, som har anmeldt en fusion.
- 148 Først efter de foranstaltninger, som Retten traf i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), fik UPS kendskab til visse oplysninger, som FedEx havde forelagt Kommissionen. De få dokumenter, som selskabet således fik aktindsigt i, modsiger Kommissionens differentiering af nationale markeder, alt efter om de hæmmer den effektive konkurrence betydeligt eller ej.
- 149 UPS har gjort gældende, at Kommissionen ikke kan anføre, at selskabet skal bevise, at akter, som det aldrig har haft indsigt i, har haft indvirkning på den omtvistede afgørelse, således som det fremgår af præmis 63 i dom af 25. oktober 2011, Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686), og denne institution kan heller ikke påberåbe sig dom af 14. december 2005, General Electric mod Kommissionen (T-210/01, EU:T:2005:456), eftersom denne dom ikke vedrørte aktindsigt i dokumenter, som modsagde den bebyrdende værdi af tredjemands erklæringer.
- 150 Ifølge UPS havde Kommissionen fået rådighed over FedEx' dokumenter fem måneder inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse. På denne baggrund kan Kommissionen ikke påberåbe sig tidspresset som undskyldning for tilsidesættelsen af UPS' ret til forsvar.
- 151 Det er først, når selskabet får aktindsigt i disse dokumenter, at UPS vil kunne fremlægge det kontrafaktiske scenario præcist. UPS har anmodet Retten om ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse at pålægge Kommissionen at fremlægge alle FedEx' interne dokumenter, som den råder over.
- 152 Kommissionen har tilbagevist enhver tilsidesættelse af UPS' proceduremæssige rettigheder.
- 153 Det skal fremhæves, at UPS ikke har anført, at Kommissionen har undladt at meddele de af FedEx' interne dokumenter, der lå til grund for afgørelsen om, at transaktionen mellem selskabet og TNT er uforenelig med det indre marked. UPS har heller ikke anfægtet den fortrolige karakter af de af

FedEx' interne dokumenter, som selskabet anmodede om aktindsigt i under den administrative procedure, eller som det blev meddelt i rensede udgaver eller som resuméer. UPS har derimod gjort gældende, at selskabets ret til forsvar blev tilsidesat, for så vidt som Kommissionen ikke har givet det mulighed for at gennemgå alle de af FedEx' interne dokumenter, der indgik i sagsakterne, i deres fortrolige, ikke-rensende udgaver. UPS har gjort gældende, at eftersom alle disse dokumenter potentielt var diskulperende dokumenter, skulle Kommissionen i det mindste have givet selskabet en såkaldt »begrænset« aktindsigt, således at dets eksterne juridiske rådgivere kunne undersøge dokumenternes bevisværdi uafhængigt under overholdelse af fortroligheden heraf.

- 154 På fusionskontrolområdet skal Kommissionen meddele de parter, der har anmeldt en fusion, alle de forhold, som den påtænker at lægge til grund for sin afgørelse, således at disse parter kan blive hørt (dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 31). I henhold til artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal Kommissionen, før den træffer en afgørelse som den omtvistede afgørelse »på alle stadier af proceduren indtil høring af det rådgivende udvalg [give] de deltagende personer, virksomheder eller virksomhedssammenslutninger lejlighed til at udtale sig om de klagepunkter, der fremføres imod dem«. I henhold til denne forordnings artikel 18, stk. 3, »lægger [Kommissionen] kun de klagepunkter til grund for sine [afgørelser], som de deltagende parter har haft lejlighed til at udtale sig om«, og »[d]e deltagende parter ret til forsvar skal i fuldt omfang tilgodeses under hele proceduren«.
- 155 Hvad angår andre dokumenter end dem, der lægges til grund for de klagepunkter, som Kommissionen meddeler, er aktindsigten ikke automatisk, men der kan fremsættes anmodning herom. Artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 802/2004 bestemmer således, at »Kommissionen [...] på begæring fra de parter, til hvem den har rettet en meddelelse af klagepunkter, [giver] indsigt i sagens akter, så de kan udøve deres ret til [forsvar]«, og at aktindsigt »gives efter fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen«. Disse bestemmelser afspejles i punkt 7 i Kommissionens meddelelse om regler for indsigt i Kommissionens sagsakter i forbindelse med sager efter [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF], EØS-aftalens artikel 53, 54 og 57 og [forordning] nr. 139/2004 (EUT 2005, C 325, s. 7, herefter »Kommissionens meddelelse om aktindsigt«), hvorefter »de personer, virksomheder eller virksomhedssammenslutninger [...], som Kommissionen har rettet sine klagepunkter til, [gives] aktindsigt, hvis de anmoder derom«.
- 156 Denne anmodning om aktindsigt skal fremsættes for Generaldirektoratet (GD) for Konkurrence, inden den i givet fald sendes til høringskonsulenten. Artikel 3, stk. 7, i afgørelse 2011/695/EU vedtaget af formanden for Europa-Kommissionen den 13. oktober 2011 om høringskonsulentens funktion og kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager (EUT 2011, L 275, s. 29) bestemmer nemlig, at ethvert spørgsmål eller problem vedrørende den effektive udøvelse af de proceduremæssige rettigheder, som de berørte parter har, først skal rejses for GD Konkurrence, og hvis spørgsmålet eller problemet ikke løses, kan det henvises til høringskonsulenten. Artikel 7, stk. 1, i afgørelse 2011/695 foreskriver i denne henseende, at hvis en part, der har udøvet sin ret til aktindsigt, har en begrundet formodning om, at Kommissionen er i besiddelse af dokumenter, som vedkommende ikke har haft adgang til, og som er nødvendige for, at den pågældende på effektiv vis kan udøve sin ret til at blive hørt, kan denne person ved begrundet anmodning til høringskonsulenten anmode om aktindsigt i disse dokumenter. Disse bestemmelser er i det væsentlige genstand for punkt 47 i Kommissionens meddelelse om aktindsigt. For at gøre aktindsigten lettere fastsætter punkt 45 i Kommissionens meddelelse om aktindsigt, at denne institution giver parterne »en udtømmende dokumentfortegnelse over indholdet i [sagsakterne]«.

- 157 For at sikre effektiviteten af retten til aktindsigt i fusionskontrolprocedurer skal en anmodning om aktindsigt fremsættes rettidigt. Som det er anført i punkt 28 i Kommissionens meddelelse om aktindsigt, fremgår det af artikel 18, stk. 1 og 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 802/2004, at de parter, der har anmeldt en fusion, efter anmodning får aktindsigt i sagsakterne på hvert trin i sagsbehandlingen efter meddelelsen af Kommissionens klagepunkter og indtil høringen af det rådgivende udvalg. Artikel 3, stk. 7, i afgørelse 2011/695 bestemmer endvidere, at anmodninger vedrørende en foranstaltning, for hvilken der gælder en frist, skal indgives rettidigt, inden udløbet af den oprindelige frist. Det følger heraf, at en anmodning om aktindsigt, som indgives til GD Konkurrence eller til høringskonsulenten, efter at det rådgivende udvalg har afgivet udtalelse om Kommissionens udkast til afgørelse, skal anses for at være indgivet for sent.
- 158 I det foreliggende tilfælde er UPS' argumentation delvis for generel til, at det kan konkluderes, at de ikke-meddelte dokumenter i det mindste var potentielt nødvendige for at sikre udøvelsen af retten til forsvar. UPS har nemlig uden yderligere præciseringer gjort gældende, at selskabet skulle meddeles alle FedEx' interne dokumenter, eftersom disse ville have givet det mulighed for at få kendskab til, hvilke forhold Kommissionen støttede sig på for at anerkende, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence på 15 nationale markeder, og for at udelukke dette for 14 andre markeder.
- 159 UPS har imidlertid mere specifikt påberåbt sig to kategorier af fortrolige interne dokumenter, som FedEx har forelagt Kommissionen, hvoraf den ene kategori vedrører perioden før klagepunktsmeddelelsen af 19. oktober 2012, og den anden vedrører perioden efter denne meddelelse. Ifølge UPS gør disse dokumenter det muligt at forstå, hvorfor Kommissionen opgav de betænkeligheder, som den oprindeligt havde udtrykt i klagepunktsmeddelelsen vedrørende 14 nationale markeder.
- 160 Den første kategori udgøres ifølge UPS af 484 interne dokumenter fra FedEx, som Kommissionen havde rådet over siden den 10. august 2012. Den anden kategori omfatter visse dokumenter, som FedEx forelagde Kommissionen den 9. og den 15. november 2012, vedrørende denne virksomheds udvidelsesplaner, hvilke dokumenter UPS' advokater har anført at have haft begrænset indsigt i efter en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten vedtog den 11. april 2016 i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144).
- i) Aktindsigten i FedEx' 484 fortrolige interne dokumenter, som blev føjet til sagsakterne den 10. august 2012*
- 161 I stævningens punkt 52 har UPS anført, at Kommissionen, som havde rådet over størstedelen af FedEx' interne dokumenter siden den 10. august 2012, kunne have givet selskabet aktindsigt i de diskulperende dokumenter senest ved redegørelsen for de faktiske omstændigheder. Kommissionen undlod imidlertid at gøre dette, hvorved den tilsidesatte selskabets ret til forsvar åbenbart og alvorligt. I replikken har UPS anmodet Retten om at pålægge Kommissionen at fremlægge alle FedEx' interne dokumenter, som den rådede over. Adspurgt skriftligt herom har UPS påberåbt sig 484 interne dokumenter fra FedEx vedrørende denne virksomheds planlagte udvidelse.
- 162 Kommissionen har heroverfor i det væsentlige anført, at den omtvistede afgørelse ikke er støttet på noget dokument fra FedEx, som UPS ikke har haft aktindsigt i, og at UPS i øvrigt ikke under den administrative procedure anmodede om aktindsigt i de pågældende 484 dokumenter.

- 163 Det skal fastslås, at parterne er enige om, at FedEx fremsendte de pågældende 484 dokumenter den 10. august 2012 som svar på Kommissionens anmodning om oplysninger af 2. august 2012. UPS har ikke anført, at disse dokumenter ikke fremgår af den udtømmende dokumentfortegnelse over indholdet i sagsakterne. I fodnote 49 i bilag A.14 til stævningen har UPS anført, at det ved læsningen af den ikke-fortrolige skrivelse af 10. august 2012 fra FedEx' rådgivere, som var vedlagt fremsendelsen af de pågældende dokumenter (dokument med referencenummer ID 6459), var lykkedes selskabet at identificere disse dokumenters eksistens. Selv om det ikke i retsmødet er blevet præciseret, på hvilket tidspunkt UPS kunne have fået kendskab til disse dokumenters eksistens, har selskabet erklæret, at det anmodede om aktindsigt heri under den administrative procedure, og at det med henblik herpå havde henvendt sig til høringskonsulenten den 30. oktober 2012.
- 164 Det skal imidlertid fastslås, at den anmodning om aktindsigt, som UPS den 25. oktober 2012 tilsendte GD Konkurrence, ikke indeholder nogen henvisning til disse dokumenter. I anmodningen anmodede UPS om aktindsigt i 1 122 dokumenter fra tredjeparter, som Kommissionen uden begrundelse ikke havde videregivet, ud af de 7 299 dokumenter, der fremgik af fortegnelsen over de administrative sagsakter.
- 165 Kommissionen svarede UPS ved e-mail af 25. oktober 2012 og anførte, at af samtlige dokumenter i sagsakterne, hvori selskabet havde haft ret til aktindsigt efter klagepunktsmeddelelsen, var kun 323 dokumenter utilgængelige på grund af forretningshemmeligheder, og 1 177 andre dokumenter var tilgængelige i en ikke-fortrolig udgave.
- 166 Det skal fastslås, at UPS i sin anmodning til høringskonsulenten af 30. oktober 2012, ud over anmodning om aktindsigt i visse specifikke dokumenter, som var identificeret med deres referencenummer, eller i det mindste kunne identificeres, blot i generelle vendinger påberåbte sig sin ret til »direkte eller gennem sine rådgivere [at få kendskab til] ethvert potentielt diskulperende dokument i Kommissionens sagsakter, navnlig interne oplysninger om FedEx' strategi«.
- 167 Det forholder sig ikke alene således, at UPS ikke har en sådan ubegrænset og absolut ret til aktindsigt i de fortrolige oplysninger i sagsakterne, men selskabet kunne heller ikke med rimelighed forvente, at høringskonsulenten fortolkede denne uklare og abstrakte anmodning, således at den specifikt vedrørte de 484 dokumenter, som FedEx havde vedlagt sit svar af 10. august 2012 på Kommissionens spørgsmål.
- 168 UPS har ikke godtgjort, at selskabet efter den administrative procedure anmodede om aktindsigt i de pågældende 484 dokumenter, i anmodningen om aktindsigt af 26. november 2012 til Kommissionen eller i anmodningen af 4. januar 2013 som svar på redegørelsen for de faktiske omstændigheder.
- 169 Det fremgår af disse forhold, at eftersom UPS ikke har godtgjort, at selskabet har fremsat en anmodning herom, har det ikke udøvet sin ret til aktindsigt i de 484 dokumenter, som FedEx fremsendte til Kommissionen den 10. august 2012, og som blev føjet til sagsakterne, på de betingelser, der er fastsat i artikel 3, stk. 7, i afgørelse 2011/695.
- 170 I forbindelse med procedurer i henhold til artikel 101 TEUF har Retten tidligere forkastet et annullationsanbringende vedrørende en tilsidesættelse af retten til aktindsigt med den begrundelse, at den part, som fremsatte dette anbringende, ikke havde benyttet denne ret under den administrative procedure (dom af 9.12.2014, SP mod Kommissionen, T-472/09 og T-55/10, EU:T:2014:1040, præmis 294). Retten har ligeledes fastslået, at en part, som under den

administrative procedure fik kendskab til, at Kommissionen var i besiddelse af dokumenter, som vedkommende eventuelt kunne anvende til sit forsvar, over for Kommissionen skulle fremsætte en udtrykkelig anmodning om aktindsigt i disse dokumenter. Fremsættes der ikke en sådan anmodning under den administrative procedure, fortaber parten sine rettigheder på dette punkt hvad angår et annullationssøgsmål, som senere måtte blive anlagt til prøvelse af den endelige afgørelse (dom af 15.3.2000, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, EU:T:2000:77, præmis 383, og af 26.4.2007, Bolloré m.fl. mod Kommissionen, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 og T-136/02, EU:T:2007:115, præmis 49 og 59).

- 171 Disse løsninger kan anvendes på søgsmål med påstand om erstatning for den skade, som følger af en angivelig tilsidesættelse af retten til aktindsigt i en fusionskontrolprocedure. En part, som har anmeldt en fusion, og som undlader at fremsende en anmodning om aktindsigt i sagsakterne til GD Konkurrence – og i tilfælde af afslag på denne anmodning dernæst høringskonsulenten – kan ikke på et senere tidspunkt gøre gældende, at vedkommende opfylder betingelserne for at få erstatning for en skade, der angiveligt følger af tilsidesættelsen af retten til aktindsigt, når den pågældende ikke har udøvet denne ret rettidigt og efter den foreskrevne fremgangsmåde.
- 172 Følgelig skal UPS' argumentation om en tilsidesættelse af retten til aktindsigt i 484 fortrolige interne dokumenter fra FedEx, som blev fremsendt til Kommissionen den 10. august 2012, forkastes.

ii) Aktindsigt i de dokumenter, som FedEx fremsendte den 9. og den 15. november 2012

- 173 Det skal bemærkes, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen af 19. oktober 2012 (jf. navnlig afsnit 7.1.3.2 og 7.1.3.7 i nævnte meddelelse) fandt, at en af grundene til, at FedEx ikke var en tilstrækkeligt stærk konkurrent til at kunne agere modvægt for virkningerne af transaktionen mellem UPS og TNT, skyldtes, at FedEx' netværk havde en lav dækning i forhold til dennes konkurrenters netværk. I denne meddelelses afsnit 7.1.3.8 anførte Kommissionen ligeledes, at FedEx' nylige erhvervelser og udvidelsesplaner ikke i nærmeste fremtid ville give denne virksomhed mulighed for at afhjælpe den afstand, der afskilte den fra dens væsentligste konkurrenter. På grundlag af disse oplysninger konkluderede Kommissionen i nævnte meddelelses afsnit 7.1.3.9, at FedEx' stilling var for svag til at påføre en betydelig konkurrencemæssig hindring, der kunne opveje den påtænkte transaktions negative virkninger på konkurrencen.
- 174 Det fremgår af sagsakterne, at Kommissionen ved e-mail af 26. oktober 2012 tilsendte FedEx en supplerende anmodning om oplysninger vedrørende denne virksomheds infrastruktur. Denne anmodning, hvis formål bl.a. var at oplyse Kommissionen om FedEx' udvidelsesplaner, tilsigtede nærmere bestemt for hvert EØS-land at opnå:
- Et kort med angivelse af beliggenheden for de infrastrukturer, som FedEx benytter til levering af småpakker, samt for dem, der påtænkes anvendt inden udgangen af 2015.
 - Listen over underleverandører, der anvendes med henblik på afhentning og levering af småpakker (pick up and delivery, herefter »PUD«), samt over dem, som FedEx påtænkte at hyre inden udgangen af 2015, med angivelse af hver enkelt beliggenhed og deres opland. Disse oplysninger skulle fremlægges som en tabel, der var opstillet i rubrikker, som gjorde det muligt at identificere og lokalisere hver virksomhed og give oplysninger om virksomhedens

stilling og betydning i FedEx' netværk (luft, jord eller lokal) med angivelse af bl.a. dens håndteringskapacitet i 2011, dens opland, antallet af betjente ruter, daglige lastbilbevægelser og størrelsen af vognparken med køretøjer til levering. Kommissionen anmodede ligeledes FedEx om at præcisere den forventede dato for påbegyndelsen af de planlagte transaktioner fra de endnu ikke funktionsdygtige installationer.

- 175 Denne anmodning skulle supplere de oplysninger, som lå til grund for Kommissionens foreløbige analyse i klagepunktsmeddelelsen af FedEx' konkurrencemæssige stilling på markedet for ekspresudbringning i EØS.
- 176 Som svar fremsendte FedEx de ønskede kort og tabeller til Kommissionen den 9. november 2012. Den 15. november 2012 fremlagde FedEx en revideret udgave af disse dokumenter.
- 177 Det står fast, at Kommissionen ikke fremsendte disse dokumenter til UPS under den administrative procedure. Først i forbindelse med proceduren i den sag, der gav anledning til dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), fik UPS endelig kendskab til disse dokumenter i deres ikke-fortrolige udgave efter en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten vedtog den 11. april 2016.
- 178 Når dette er sagt, har Kommissionen i retsmødet gjort gældende, at enhver tilsidesættelse af UPS' ret til forsvar kunne udelukkes i denne henseende, eftersom selskabet ikke havde klaget til høringskonsulenten over afslaget fra GD Konkurrence. Kommissionen har fremhævet, at eftersom afslaget er dateret den 11. januar 2013, kunne UPS henvende sig til høringskonsulenten inden den 18. januar 2013, da mødet i det rådgivende udvalg blev afholdt, hvilket UPS ikke gjorde.
- 179 UPS udøvede ganske vist sin ret til aktindsigt, eftersom selskabet den 4. januar 2013 i sit svar på redegørelsen for de faktiske omstændigheder forelagde GD Konkurrence en anmodning om begrænset aktindsigt i et datarum, idet denne anmodning bl.a. vedrørte svarene på anmodningerne om oplysninger med referencenummer Q30 og Q31.
- 180 Det fremgår imidlertid af sagsakterne, at UPS ikke klagede til høringskonsulenten over GD Konkurrences afslag af 11. januar 2013, selv om selskabet havde en frist, der i henhold til artikel 18, stk. 1 og 3, i forordning nr. 139/2004 og artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 802/2004 udløb på datoen for mødet i det rådgivende udvalg, dvs. i dette tilfælde den 18. januar 2013. UPS har endvidere ikke gjort gældende, at disse bestemmelser er behæftet med nogen form for ulovlighed.
- 181 På denne baggrund skal det fastslås, at eftersom UPS ikke forelagde høringskonsulenten en anmodning om aktindsigt, kan selskabet ikke senere gøre gældende, at det opfylder betingelserne for at opnå erstatning for en skade, der følger af tilsidesættelsen af denne ret, som det ikke udøvede rettidigt og efter de foreskrevne fremgangsmåder.
- 182 Det følger af det ovenstående, at UPS' argumentation om en tilsidesættelse af selskabets ret til aktindsigt i FedEx' svar af 9. og 15. november 2012 er ugrundet.
- 183 Eftersom UPS ikke først fremsatte en anmodning om aktindsigt i de 484 fortrolige interne dokumenter, som FedEx havde fremsendt til Kommissionen den 10. august 2012, og en anmodning om aktindsigt i FedEx' svar af 9. og 15. november 2012, til GD Konkurrence, eller, i

tilfælde af afslag på anmodningen, til høringskonsulenten, er det desuden ufornuddent at tage UPS' anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse vedrørende fremlæggelse af disse dokumenter til følge.

b) Tilsidesættelse af begrundelsespligten

- 184 UPS har gjort gældende, at Kommissionen ikke har begrundet den omtvistede afgørelse tilstrækkeligt med hensyn til det bevisniveau, der kræves for på grundlag af analysen af fusionens virkninger på priserne, effektivitetsgevinsterne og FedEx' konkurrenceevne at kunne adskille de 15 nationale markeder, hvor der findes en betydelig hindring for den effektive konkurrence, fra de 14 øvrige nationale markeder. I det foreliggende tilfælde har hverken selskabet eller Retten kunnet efterprøve, hvordan Kommissionen med støtte i disse tre forhold sondrede mellem disse markeder, ligesom de ikke har kunnet vurdere, om der var grundlag for konklusionerne om konkurrencetætheden. UPS har anført, at selv om en utilstrækkelig begrundelse ikke i sig selv udløser skade, fremhæver en sådan utilstrækkelig begrundelse Kommissionens alvorlige tilsidesættelse i det foreliggende tilfælde af princippet om rettens forrang.
- 185 Kommissionen har anført, at en utilstrækkelig begrundelse ikke kan betyde, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold.
- 186 Det skal bemærkes, at for at afgøre, om den angivelige ulovlighed kan pådrage Unionen et ansvar uden for kontraktforhold, skal Retten kunne erkende rækkevidden af den påberåbte tilsidesættelse. Det påhviler således sagsøgeren at identificere den adfærd, der kritiseres, idet argumentet ellers afvises. UPS' argumentation i stævningens punkt 73 gør det ikke muligt at afgøre, hvorledes den foreholdte tilsidesættelse af begrundelsespligten udgør en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse. Under disse omstændigheder skal dette klagepunkt afvises.
- 187 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at UPS' argumentation om begrundelsesmanglen i stævningens punkt 73 i virkeligheden falder sammen med den argumentation, der er fremsat for at godtgøre, at den manglende meddelelse af kriterierne for vurderingen af effektivitetsgevinsterne, vurderingen af fusionens virkninger på priserne og af den konkurrencemæssige modvægt, som FedEx ville kunne yde, er ulovlig. UPS har gjort gældende, at bedømmelsen af transaktionen mellem dette selskab og TNT er behæftet med fejl i analysen af fusionens virkninger på priserne og af effektivitetsgevinsterne, en forskelsbehandling i forhold til transaktionen mellem FedEx og TNT samt urigtige skøn med hensyn til FedEx' situation. UPS har således anført, at der foreligger en eller flere tilstrækkeligt kvalificerede tilsidesættelser, for så vidt som Kommissionen i den omtvistede afgørelse konkluderede, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence på markederne for de pågældende tjenesteydelser i 15 medlemsstater.
- 188 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at begrundelsespligten i henhold til artikel 296 TEUF udgør et væsentligt formkrav, som bør adskilles fra begrundelsens materielle indhold, der henhører under spørgsmålet om lovligheden af den anfægtede retsakt. En afgørelses begrundelse består i formelt at udtrykke de grunde, som afgørelsen er baseret på. Hvis disse grunde ikke er underbyggede eller er behæftet med fejl, vil afgørelsens grundlags lovlighed være behæftet med fejl, men det vil dennes begrundelse ikke (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 181).
- 189 Tilsidesættelsen af et væsentligt formkrav vedrørende pligten til at begrunde EU-retsakter kan ikke medføre en anden økonomisk skade end den, der følger af, at den pågældende retsakt savner grundlag. Unionen kan principielt ikke ifalde ansvar uden for kontraktforhold, blot fordi en

retsakt ikke som sådan er tilstrækkeligt begrundet (jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Eurocoton m.fl. mod Rådet, C-76/01 P, EU:C:2003:511, præmis 98 og den deri nævnte retspraksis, og af 10.9.2019, HTTS mod Rådet, C-123/18 P, EU:C:2019:694, præmis 103).

- 190 Henset til det ovenstående skal UPS' argumenter om en tilsidesættelse af begrundelsespligten forkastes, og selskabets argumenter om urigtige skøn vedrørende den påtænkte transaktion skal undersøges.

c) Urigtige skøn vedrørende den påtænkte transaktion

- 191 UPS har gjort gældende, at bedømmelsen af transaktionen mellem dette selskab og TNT er behæftet med fejl i analysen af fusionens virkninger på priserne og af effektivitetsgevinsterne, en forskelsbehandling i forhold til transaktionen mellem FedEx og TNT samt urigtige skøn med hensyn til FedEx' situation, hvilke fejl individuelt eller samlet set bevirker, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold.

1) Analysen af fusionens virkninger på priserne

- 192 Den af Kommissionen valgte model er behæftet med to typer fejl. For det første er der ikke taget hensyn til visse oplysninger om FedEx, og for det andet foreligger der fejl i Kommissionens udformning af den økonometriske model.

i) Den manglende hensyntagen til visse oplysninger om FedEx

- 193 Ifølge UPS udelukkede Kommissionen visse oplysninger om FedEx, som imidlertid var relevante for en modellering af fusionens virkninger på priserne. Selv om formålet med analysen af fusionens virkninger priserne var at forudsige indvirkningen på priserne for 2015, tog Kommissionen hensyn til oplysninger om FedEx for 2012. Kommissionen rådede imidlertid over oplysninger vedrørende FedEx' planer indtil 2015, men tog ikke hensyn hertil. Uden denne åbenbare fejl ville denne model have vist så godt som ingen prisstigning i 13 af 15 lande, hvori Kommissionen fastslog en betydelig hindring for den effektive konkurrence. Hvis Kommissionen havde anvendt de oplysninger, som den rådede over, kunne den have konstateret, at det var umuligt på pålidelig vis at forudsige prisstigninger, og at en negativ afgørelse savnede grundlag.
- 194 Det skal fastslås, at for at vurdere forholdet mellem koncentrationsgraden og de observerede priser støttede Kommissionen sig på de oplysninger, der var tilgængelige ved færdiggørelsen af denne model, dvs. i 2012. Hvad nærmere bestemt angår fusionsvariablen tog Kommissionen hensyn til dækningsgraden af konkurrenternes respektive net, som det sås på dette tidspunkt, for at give et retvisende billede heraf. Hvis fremtidselementer, som efter deres art er rent hypotetiske, såsom FedEx' forventninger for udvidelsen af virksomhedens netværk efter næsten tre år, inkluderedes i disse oplysninger, ville der tilføjes en yderligere usikkerhed, som er vanskelig at forene med formålet om at skabe en pålidelig model. Dette betyder dog ikke, at disse oplysninger ikke var relevante med henblik på analysen af den påtænkte transaktion, eftersom Kommissionen inden for rammerne af sin generelle eller »kvalitative« analyse undersøgte FedEx' egnethed til i fremtiden at skabe en konkurrencemæssig modvægt til den enhed, der ville opstå efter den påtænkte transaktion. På denne baggrund skal UPS' argumentation om en manglende hensyntagen til FedEx' forventninger for udvidelsen af sit netværk indtil 2015 med henblik på den økonometriske model forkastes.

ii) Fejl i Kommissionens udformning af den økonometriske model

- 195 UPS har gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte de grænser, som gælder for dens skønsbeføjelse, idet den anvendte en model, der afviger væsentligt fra den sædvanlige økonometriske praksis, der består i at anvende samme model på to trin i analysen. På tidspunktet for prognosen anvendte Kommissionen en anden model end på tidspunktet for skønnet.
- 196 UPS har i det væsentlige anført, at Kommissionen begik en åbenbar og alvorlig fejl, som påvirker modellens pålidelighed samlet set, idet den anvendte en diskret fusionsvariabel – dvs. i hele tal – på tidspunktet for skønnet, men kontinuerlige tal – dvs. i decimaltal – på tidspunktet for prognosen. For at forudsige fusionens virkninger støttede Kommissionen sig på en model, som var i strid med praksis på området, og som savnede empirisk grundlag. Ingen normalt forsigtig og påpasselig forvaltning ville under tilsvarende omstændigheder have forudsagt fusionens virkninger på priserne baseret på en sådan model.
- 197 UPS har til støtte for sine udsagn påberåbt sig to erklæringer fra sagkyndige i økonometri, økonomiprofessorer i De Forenede Stater på henholdsvis Chicago universitet og Massachusetts Institute of Technology. Disse erklæringer af henholdsvis 30. november 2017 og 1. december 2017 blev oprindeligt udarbejdet på anmodning fra UPS med henblik på at bistå dette selskab i den sag, der gav anledning til dom af 16. januar 2019, Kommissionen mod United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), og blev herefter vedlagt som bilag til stævningen i nærværende sag (bilag A.8 og A.9 til stævningen). UPS har i replikken fremlagt to supplerende udtalelser fra disse sagkyndige (bilag C.1 og C.2 til replikken).
- 198 Ifølge disse sagkyndige er den af Kommissionen anvendte model ikke umiddelbart indlysende, atypisk og vilkårlig. Det fremgår nemlig af de to erklæringer, at den almindeligvis anvendte metode for modeller, der tilsigter at kvantificere en fusions forudsigelige virkninger på prisniveauet, består i at anvende samme model på begge trin og ikke en forskellig model på hvert trin.
- 199 Erklæringerne kritiserer ligeledes den omstændighed, at den af Kommissionen anvendte prognosemodel ikke er blevet testet, hvilket er en fordrejning af de almindeligvis anvendte metoder til udvikling af økonometriske modeller.
- 200 For at tilbagevise disse oplysninger har Kommissionen undladt at føje gyldige sagkyndige erklæringer til sagsakterne. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt modellen er i overensstemmelse med økonometrisk praksis, ikke er relevant med henblik på nærværende søgsmål. Det er alene relevant, om kombinationen af en diskret fusionsvariabel på tidspunktet for skønnet og en kontinuerlig fusionsvariabel på tidspunktet for prognosen under omstændighederne i den foreliggende sag udgør en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af EU-retten. For at besvare dette spørgsmål skal det afgøres, om denne kombination kan accepteres, ikke i betragtning af den normale praksis for økonometriske modeller, men henset til de særlige omstændigheder ved den undersøgte fusion. Kommissionen har medgivet, at den gjorde sig skyldig i en proceduremæssig uregelmæssighed, idet den ikke meddelte UPS den endelige økonometriske model, men den har samtidig gjort gældende, at dens analyse af fusionens virkninger på priserne ikke er behæftet med en alvorlig materiel fejl, og at anvendelsen af forskellige typer variabler på denne analyses to trin ikke er en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse til, at Unionen ifalder ansvar.

- 201 Med hensyn til rækkevidden af Kommissionens skønsbeføjelser skal det indledningsvis bemærkes, at denne institution på fusionskontrolområdet har et vist spillerum, når den skal vælge imellem de økonomiske redskaber, den disponerer over, og når den skal vælge, hvilken indfaldsvinkel der er passende for undersøgelsen af et spørgsmål, for så vidt som disse valg ikke er i åbenbar strid med alment anerkendte fagøkonomiske principper og gennemføres på en konsekvent måde (dom af 9.9.2008, MyTravel mod Kommissionen, T-212/03, EU:T:2008:315, præmis 83).
- 202 Det skal endvidere fastslås, at definitionen af den økonomiske model, der skal bruges til at forudse fusionens virkninger på prisniveauet, samt kontrollen med de oplysninger, som modellen fodres med, og de forskellige faser og forskellige test, som er nødvendige for udviklingen heraf, er støttet på valg af både tekniske og komplekse forhold, hvilke valg henhører under Kommissionens skønsbeføjelser.
- 203 Det følger heraf, at UPS' argumentation om modellens forenelighed med den praksis, der normalt følges på området, er et relevant forhold for efterprøvelsen af, om der foreligger en kvalificeret tilsidesættelse af EU-retten. Som Kommissionen med føje har fremhævet, vil enhver fordrejning af de alment anerkendte fagøkonomiske principper imidlertid ikke i sig selv være tilstrækkelig til, at der konstateres en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, som kan bevirke, at Unionens ifalder ansvar uden for kontraktforhold.
- 204 Parterne er endvidere enige om, at den økonomiske model, som Kommissionen har anvendt i det foreliggende tilfælde, på grundlag af data, der ses på det relevante marked for fusionen og prisniveauet, under en første fase, det såkaldte »skøn«, tilsigter at fastlægge en funktion, der forklarer forholdet mellem disse to variabler. Det er derfor muligt under den anden fase, den såkaldte »prognose«, at afgøre virkningen af et bestemt udsving i koncentrationsgraden på prisniveauet, idet det står fast, at denne virkning ikke er konstant, men kan variere efter den oprindelige koncentrationsgrad.
- 205 Kommissionen har gjort gældende, at den fulgte tilgang i dens økonomiske model var begrundet, henset til omstændighederne og kendetegnene ved transaktionen mellem UPS og TNT. Hvad angår skønsfasen har Kommissionen forklaret, at anvendelsen af en kontinuerlig fusionsvariabel skabte økonomiske vanskeligheder. For at løse dette under det tidspres, som Kommissionen var udsat for, fandt den, at der skulle anvendes en diskret fusionsvariabel ved skønnet for at undgå at begå en materiel fejl.
- 206 Det skal imidlertid bemærkes, at UPS ikke har anfægtet anvendelsen af den diskrete fusionsvariabel, som Kommissionen benyttede i skønsfasen.
- 207 Hvad angår fasen for prognosen har Kommissionen gjort gældende, at den ikke kunne anvende den diskrete fusionsvariabel, som den benyttede i skønsfasen. Eftersom den indeholdt tre koncentrationsintervaller, ville en sådan diskret variabel have bevirket, at der ikke forudsås nogen virkning på priserne, idet udsvinget i koncentrationsgraden forblev inden for et bestemt interval. Dette resultat er urealistisk og i strid med observationerne under skønsfasen. På denne baggrund har Kommissionen forklaret, at den fandt, at den for at undgå en materiel fejl ikke havde andet valg end under prognosen at vende tilbage til den kontinuerlige variabel, selv om den havde anvendt en diskret fusionsvariabel under skønnet. Det er Kommissionens opfattelse, at denne løsning var passende og rimelig. Der foreligger således ikke en væsentlig, og så meget desto mindre en kvalificeret, fejl, uanset om denne metode var i overensstemmelse med økonomisk praksis.

- 208 Kommissionen har således gjort gældende, at udsagnet fra en af UPS' sagkyndige om, at denne institution ændrede koefficienterne i modellen fra skønnet til prognosen, er urigtigt. Kommissionen har anført, at den anvendte de koefficienter, der fulgte af skønnet, og interpolerede disse under prognosen. Der er tale om en hypotese, der blev tilføjet under prognosen. Denne hypotese om en stykvis lineær interpolation tilsigtede at supplere skønsmodellen for at opnå en prognosemodel. Den segmenterede lineære model, der blev anvendt under prognosen, er en ikke-lineær funktionsform.
- 209 Det skal bemærkes, at Kommissionen med disse argumenter har forklaret grundene til, at den ændrede skønsmodellen med henblik på at forudsige fusionens virkninger på priserne. Kommissionen har anerkendt, at den supplerede den model, der var blevet anvendt til skønnet, med flere kendetegn for at skabe prognoser under anerkendelse af en kontinuerlig fusionsvariabel. I overensstemmelse med, hvad UPS' sagkyndige har anført, skal det erkendes, at skønnet og prognosen er støttet på modeller, som ikke er identiske.
- 210 Kommissionen har heller ikke bestridt UPS' sagkyndiges udsagn om, at institutionen ikke fulgte normal økonometrisk praksis, som dog danner grundlag for de regler om bedste praksis, som Kommissionen selv har fastlagt.
- 211 Det skal i denne henseende fastslås, at Kommissionen fastlagde den kurs, som den påtænkte at følge for fremlæggelse af beviser og indsamling af økonomiske oplysninger, da den offentliggjorde dok. SEC(2011) 1216 final af 17. oktober 2011 med titlen »Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases« (bedste praksis ved fremlæggelse af økonomiske beviser og indsamling af data i sager vedrørende artikel 101 [TEUF] og 102 [TEUF] og fusionsager) (herefter »bedste praksis«), som var bilagt Kommissionens meddelelse om bedste praksis ved behandlingen af konkurrencesager efter artikel 101 [TEUF] og 102 [TEUF] (EUT 2011, C 308, s. 6). Det er allerede blevet fastslået, at Kommissionen med sådanne meddelelser har pålagt sig selv en begrænsning i udøvelsen af sit skøn og ikke kan fravige indholdet af disse bestemmelser uden i givet fald at blive mødt med en sanktion for en tilsidesættelse af almindelige retsgrundsætninger, såsom ligebehandlingsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning (jf. i denne retning dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 211, og af 13.12.2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 28).
- 212 Bedste praksis tilsigter at fastsætte rammerne for den økonomiske analyse, således at Kommissionen og Unionens retsinstanser kan vurdere relevansen og betydningen heraf. Denne praksis finder bl.a. anvendelse på fusionskontrollen i forhold til såvel parterne i sagen som Kommissionen (punkt 2 og 6 i bedste praksis). Ifølge punkt 15 i bedste praksis har en økonomisk eller økonometrisk analyse, som ikke strengt overholder de normer, der er fastsat i denne bedste praksis, normalt kun mindre bevisværdi og kan ikke tages i betragtning.
- 213 De midler, der nævnes i bedste praksis, med henblik på at sikre den effektive anvendelse af pålidelige og relevante beviser, omfatter hovedsageligt overholdelsen af de gængse tekniske metoder inden for økonomisk og økonometrisk analyse (punkt 2 og 3 i bedste praksis). Ud over kvaliteten af oplysningerne (punkt 20 og 33 i bedste praksis) omtaler denne praksis således behovet for kun at vælge de afprøvede og sammenhængende hypoteser i forhold til kendetegnene ved det undersøgte marked, at efterprøve kvaliteten af oplysninger og de empiriske metoder og undersøge mulige alternative løsninger samt robustheden af de opnåede resultater (punkt 3, 10, 13, 15, 24 og 26 i bedste praksis). De talrige henvisninger til robustheden af resultaterne og til

følsomheden over for ændringer i data eller til valget af en empirisk metode og præcise modelleringshypoteser (punkt 15, 32, 40 og 41 i samt afsnit C og E i bilag 1 til bedste praksis) er udtryk for den betydning, som Kommissionen tillægger dette begreb. Navnlige fastsætter afsnit E i bilag 1 til bedste praksis, at enhver empirisk undersøgelse skal suppleres med en grundig analyse af robustheden, og at en økonomisk model normalt skal suppleres med en analyse af følsomheden for nøglevariablerne, for så vidt som alene hver variabels rimelige værdi og ikke dens præcise værdi kan fastlægges.

- 214 Bedste praksis tillægger desuden gennemsigtheden særlig betydning (jf. punkt 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 og 43 samt afsnit C og D i bilag 1 til bedste praksis), betragtet som en faktor for ansvar og troværdighed (punkt 6 og 43 i bedste praksis). I bedste praksis præciseres, at de metodologiske valg skal forklares og begrundes, således at deres fordele og ulemper udtrykkeligt fremgår (punkt 24, 26 og 28 i bedste praksis), men ligeledes deres grænser (punkt 43 i bedste praksis). Anvendelsen af statistiske metoder, der afviger fra de almindeligt accepterede metoder, skal gives en detaljeret begrundelse (punkt 29 i bedste praksis).
- 215 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen ikke overholdt sine egne regler om bedste praksis, eftersom den støttede sig på en atypisk metode, der var baseret på hypoteser, som ikke var testet og ikke var efterprøvet, uden at undersøge robustheden af resultaterne og følsomheden for modellen eller oplyse parterne om disse valg og begrundelsen herfor. Det skal bemærkes, at der er uoverensstemmelse mellem på den ene side den betydning, som bedste praksis tillægger gennemsigtheden, og på den anden side den måde, hvorpå Kommissionen i det foreliggende tilfælde ensidigt ændrede modellen på tidspunktet for prognosen uden at oplyse parterne om arten af disse ændringer. Denne fordrejning af de principper, der er fastlagt i bedste praksis, understøttes i øvrigt af Kommissionens argumentation i nærværende sag, idet denne institution har anerkendt, at såfremt UPS havde kunnet få kendskab til den reviderede model, ville de efterfølgende drøftelser dermed sandsynligvis have vedrørt problemerne forbundet med disse ændringer.
- 216 På trods af disse forhold er den omstændighed, at den omtvistede afgørelse delvist er støttet på den økonometriske model, ikke tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger en ulovlighed, som kan pådrage Unionen et ansvar uden for kontraktforhold. Kommissionen har med føje fremhævet, at den økonometriske model blot er et af de elementer, der blev taget i betragtning med henblik på vurderingen af den påtænkte transaktion. Uanset hvor hensigtsmæssig en kvantitativ analyse støttet på en økonometrisk model er for at forbedre forståelsen af, hvordan de af den påtænkte transaktion berørte markeder fungerer, kan den som følge af selve sin art generelt ikke være det eneste bevis for en afgørelse om uforenelighed med det indre marked. Alle modeller er nemlig baseret på simplificeringer af virkeligheden, hvilket Kommissionen med føje netop har anført i punkt 12 i bedste praksis. Denne begrænsning er en iboende del af modellering og indebærer, at økonometriske undersøgelser tillægges en bevisværdi, der ikke kan sammenlignes med det materielle bevis for en faktisk omstændighed.
- 217 For at konkludere, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence på 15 nationale markeder som følge af ikke-koordinerede virkninger, støttede Kommissionen sig i det foreliggende tilfælde i den omtvistede afgørelse dels på en generel analyse af kendetegnene ved det pågældende marked, dels på en kvantitativ analyse, som gav mulighed for at forstå omfanget af fusionens forudsigelige virkninger på priserne, efter at den i denne analyse havde integreret de angivelige effektivitetsgevinster.

- 218 I overensstemmelse med retningslinjernes punkt 24 kræver kontrollen af ikke-koordinerede virkninger på et oligopolistisk marked i det væsentlige, at der dels foretages en kontrol af fusionens direkte virkninger på de fusionerende virksomheders incitamenters til at forhøje deres priser, dels af de virkninger, som fusionen kan have på andre af oligopolets medlemmers incitamenters til at reagere på fusionen ved at forhøje deres priser.
- 219 Kommissionen har fremhævet den oligopolistiske opbygning af det relevante marked, hvorpå DHL, UPS, TNT og FedEx samlet har mellem 90% og 95% af markedsandelene (509. betragtning til den omtvistede afgørelse). DHL var den største konkurrent hvad angår markedsandele, geografisk dækning samt som følge af udviklingen af dets netværkstæthed inden for EØS. TNT og UPS var tætte konkurrenter til DHL (626.-630. betragtning til den omtvistede afgørelse). Som følge af langt mere begrænsede netværk var FedEx derimod langt fra at kunne konkurrere fuldt ud med DHL samt med UPS og TNT (511.-625., 631.-635. og 702.-711. betragtning til den omtvistede afgørelse).
- 220 Kommissionen antog, at fusionen ville reducere antallet af leverandører fra fire til tre (712.-714. betragtning til den omtvistede afgørelse) og på visse nationale markeder fra tre til to, henset til FedEx' svage stilling (715.-720. betragtning til den omtvistede afgørelse). Blandt de 15 nationale markeder, hvor der var en betydelig hindring for den effektive konkurrence, ville dette vil være tilfældet for følgende medlemsstater: Den Tjekkiske Republik (1061. betragtning til den omtvistede afgørelse), Danmark (1135. betragtning til den omtvistede afgørelse), Estland (1186. betragtning til den omtvistede afgørelse), Letland (1359. betragtning til den omtvistede afgørelse), Litauen (1411. betragtning til den omtvistede afgørelse), Malta (1430. betragtning til den omtvistede afgørelse), Polen (1627. betragtning til den omtvistede afgørelse), Slovenien (1788. betragtning til den omtvistede afgørelse), Slovakiet (1734. betragtning til den omtvistede afgørelse), Finland (1226. betragtning til den omtvistede afgørelse) og Sverige (1839. betragtning til den omtvistede afgørelse).
- 221 På fire nationale markeder, hvor der var en betydelig hindring for den effektive konkurrence (Den Tjekkiske Republik, Danmark, Litauen og Nederlandene), ville enheden skabt af UPS og TNT blive markedsleder med en markedsandel på mere end 50% (1048.-1049., 1121., 1393.-1394 og 1502.-1503. betragtning til den omtvistede afgørelse).
- 222 Kommissionen konstaterede desuden, at det relevante marked var kendetegnet ved store hindringer for adgang og udvidelse. Som følge af nødvendigheden af at opbygge en infrastruktur i hele EØS og have sorteringscentraler, IT-, afhentnings- og leveringsnetværk samt transport til lands og i luften, og idet disse barrierer er kumulative, havde der ikke været en større ny markedsdeltager i de seneste 20 år. På grundlag af disse forhold fandt Kommissionen, at hverken FedEx' planer om udvidelse eller de andre operatørers planer om udvidelse kunne imødegå enhver konkurrencebegrænsende strategi, som fusionsparterne måtte iværksætte (741.-788. betragtning til den omtvistede afgørelse).
- 223 Kommissionen konstaterede ligeledes, at kunderne ikke var i stand til at udøve en tilstrækkelig modstående købermagt til at imødegå en prisforhøjelse på markedet i EØS efter fusionen (791.-799. betragtning til den omtvistede afgørelse).
- 224 Disse elementer, der henhører under den generelle bedømmelse af fusionen, er hovedsageligt knyttet til markedsstrukturen og bestrides ikke af UPS. De giver mulighed for at relativisere overvejelserne i 721.-740. betragtning til den omtvistede afgørelse vedrørende kvantificeringen af koncentrationens forudsigelige virkninger på prisniveauet.

- 225 Det skal ligeledes fremhæves, at der i lyset af de særlige kendetegn for visse nationale markeder er fremkommet visse grænser for analysen af fusionens virkninger på priserne. Kommissionen har f.eks. anført, at modellen ikke gjorde det muligt at erkende de særlige karakteristika ved det nederlandske marked og det svenske marked (1545., 1844. og 1845. betragtning til den omtvistede afgørelse).
- 226 På denne baggrund er UPS' udsagn om, at ingen konkurrencemyndighed ville have modsat sig den påtænkte transaktion, eftersom der ikke var uregelmæssigheder ved analysen af fusionens virkninger på priserne, støttet på en urigtig læsning af den omtvistede afgørelse. I modsætning til, hvad UPS har gjort gældende, er den omstændighed alene, at Kommissionen anvendte en model behæftet med uregelmæssigheder, ikke tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at disse uregelmæssigheder er tilstrækkeligt kvalificerede til, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold.
- 227 Man skal ligeledes være opmærksom på hensigtsmæssigheden af de økonometriske modeller, navnlig i forbindelse med kontrollen af en fusion, som kan give anledning til ikke-koordinerede virkninger på et oligopolistisk marked. Kommissionen skal have et råderum, således at dens handlinger ikke lammes, eller den hindres i at anvende sådanne kvantitative instrumenter, som med deres nøjagtighed og objektivitet bidrager til den økonomiske analyses kvalitet.
- 228 Henset til samtlige disse forhold og efter en afvejning af de foreliggende interesser skal det fastslås, at de af UPS anførte uregelmæssigheder i forhold til Kommissionens økonometriske model ikke er tilstrækkeligt kvalificerede til, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold. UPS' argumentation skal derfor forkastes.

2) *Effektivitetsgevinsterne*

i) *Indledende bemærkninger*

- 229 UPS har gjort gældende, at den omtvistede afgørelses analyse af effektivitetsgevinsterne er behæftet med en ulovlighed, der udgør en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse. Ingen normalt forsigtig og påpasselig konkurrencemyndighed ville have konkluderet, at arten og mængden af de beviser, der blev fremlagt under den administrative procedure, ikke gjorde det muligt i rimeligt omfang at fastslå, at det var sandsynligt, at disse effektivitetsgevinster ville realiseres som omhandlet i retningslinjernes punkt 86.
- 230 UPS har anført, at såfremt Kommissionen havde accepteret blot en brøkdel af de anførte effektivitetsgevinster, ud over de 65 mio. EUR i synergier for lufttransport og groundhandling i Europa, kunne den ikke længere have forbudt transaktionen, selv om den foretog en urigtig og atypisk analyse af fusionens virkninger på priserne. Såfremt Kommissionen havde vurderet transaktionen mellem UPS og TNT med samme metode som den, der blev anvendt i sagen vedrørende transaktionen mellem FedEx og TNT, skulle den have accepteret en større del af de anførte synergier.
- 231 UPS har anfægtet, at bevisbyrden vedrørende effektivitetsgevinster fuldt ud påhviler den part, der har anmeldt fusionen. Efter dette selskabs opfattelse giver en sådan fortolkning Kommissionen mulighed for at afvise alle synergier uden forklaring.

232 Som anført ovenfor under undersøgelsen af klagepunkterne vedrørende den manglende meddelelse af kriterierne for vurdering af effektivitetsgevinsterne, påhviler det den part, der har anmeldt en fusion, at fremlægge præcise og overbevisende beviser, som i videst muligt omfang gør det muligt at foretage en talmæssig opgørelse af de forventede effektivitetsgevinster, uanset at Kommissionen har pligt til omhyggeligt og upartisk at belyse alle relevante elementer og give en tilstrækkelig begrundelse for sin vurdering. UPS' argumentation om en tilsidesættelse af bevisbyrdereglerne er følgelig ugrundet.

ii) Vurderingen af de af UPS anførte effektivitetsgevinster

233 UPS har gjort gældende, at såfremt selskabet kunne have fået kendskab til grundlaget for, at Kommissionen afviste de fleste af de synergier, som det forventede at udlede af dets transaktioner med TNT, som upåviselige, kunne det have overbevist denne institution om, at disse gevinster forelå.

234 Denne argumentation er imidlertid allerede blevet forkastet efter undersøgelsen af klagepunkterne om den manglende meddelelse af kriterierne for vurdering af effektivitetsgevinsterne.

235 UPS har tilføjet, at disse synergier var begrundelsen for selskabets påtænkte erhvervelse af TNT. Eftersom disse virksomheders netværk supplerede hinanden, har UPS anført, at selskabet kunne have reduceret sine omkostninger og konkurreret mere effektivt med DHL, der var UPS' væsentligste konkurrent på det europæiske marked. Under forhandlingerne forudså UPS' og TNT's bestyrelser på grundlag af de sagkyndiges analyser, med forsigtighed og i overensstemmelse med gældende nederlandsk ret, synergier mellem 400 og 550 mio. EUR årligt (med en median på 503 mio. EUR årligt), hvilket skøn afspejles i prisen på det offentlige overtagelsestilbud på 9,50 EUR pr. aktie.

236 UPS har anført, at selskabet forelagde Kommissionen disse prognoser, således at denne institution kunne tage hensyn hertil i sin vurdering af den påtænkte transaktion i overensstemmelse med artikel 2, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004 og retningslinjernes punkt 76 ff. Kommissionen ville imidlertid kun tage hensyn til synergier knyttet til det europæiske luftfartsnet og groundhandling i de første tre år efter indgåelsen af transaktionen med et beløb på 65 mio. EUR årligt.

237 UPS har gjort gældende, at Kommissionen ved således at afvise årlige synergier for 438 mio. EUR med den begrundelse, at de ikke var påviselige, anlagde en alvorlig fejlsvurdering.

238 UPS har foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til følgende synergier, som undersøges detaljeret nedenfor:

- luftfartsnet og groundhandling i Europa (fjerde år): 43 mio. EUR
- administrative omkostninger: 210 mio. EUR
- transatlantisk lufttransport: 25 mio. EUR
- lufttransport for tredjeparter: 33 mio. EUR
- vejtransport i netværksruter mellem hovedlufthavne og forsyningslinjer: 22 mio. EUR

- faciliteter: 17 mio. EUR
- netværk inden for PUD (herefter »PUD-netværk«): 40 mio. EUR
- levering af eksterne tjenesteydelser: 48 mio. EUR.

239 UPS har anført, at såfremt blot en lille del af de afviste effektivitetsgevinster var blevet accepteret som påviselige, står det klart, at der ikke ville have været noget grundlag for at vedtage en afgørelse om forbud.

– *Luftfartsnet og groundhandling i Europa (fjerde år)*

240 UPS har kritiseret Kommissionen for, at den i 905. betragtning til den omtvistede afgørelse afviste synergierne knyttet til luftfartsnettet og groundhandling ud over tre år efter fusionen mellem selskabet og TNT med den begrundelse, at en sådan tidshorizont indebærer en større usikkerhed og mindre hurtige fordele for forbrugerne. Denne vurdering er åbenbart urigtig og selvmodsigende, eftersom Kommissionen i 902. betragtning til denne afgørelse anerkendte, at synergierne ville være de samme i det fjerde år, hvilket afspejlede den gradvise gennemførelse af integrationen.

241 For at besvare denne argumentation skal det bemærkes, at en hensyntagen til de angivelige synergier pr. definition indebærer en vurdering af nutidsværdien af fremtidige strømme i form af gevinster eller besparelser, hvilken vurdering nødvendigvis afhænger af tidshorizonten samt af sandsynligheden for, at disse gevinster eller besparelser realiseres. Det fremhæves således i retningslinjernes punkt 83 og 87, at jo længere ude i fremtiden effektivitetsgevinsterne forventes realiseret, desto mindre vægt kan Kommissionen normalt tillægge dem eller anse dem for sandsynlige. I 905. og 906. betragtning til den omtvistede afgørelse valgte Kommissionen i princippet at begrænse en hensyntagen til de forventede effektivitetsgevinster til de første tre år. Med henblik på sin generelle vurdering erklærede Kommissionen derimod, at den ville tage hensyn til prognoserne for det fjerde år, idet den ville reducere den vægt, som disse skulle tillægges, henset til usikkerheden og til kompleksiteten ved integrationen af luftfartsnet og groundhandling.

242 UPS' argumentation består i det væsentlige i at anføre, at troværdigheden ved selskabets prognoser for fremtidige effektivitetsgevinster er større end den troværdighed, som Kommissionen rent faktisk tillagde disse. Henset til usikkerheden ved disse gevinster og til den af UPS anførte tidshorizont giver ingen af de argumenter, som dette selskab har fremført, imidlertid mulighed for at konkludere, at Kommissionen begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kan pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold.

– *Administrative omkostninger*

243 Ifølge UPS skyldes de administrative synergier med hensyn til dette selskab og TNT en sammenføjning af hovedsæderne og de centrale almindelige funktioner i Europa. De forventede effektivitetsgevinster burde nå 210 mio. EUR over fire år takket være en nedsættelse af de sammenføjede stillinger med 11% for forvaltningsfunktioner og med 12% for administrative funktioner, idet disse mål er lavere end dem, som selskabet tidligere havde nået.

244 I 891. betragtning til den omtvistede afgørelse forkastede Kommissionen disse besparelser med den begrundelse, at de vedrørte faste omkostninger, som ikke kunne væltes over på forbrugerne. UPS har anført, at dette ræsonnement er urigtigt og selvmodsigende. Selv om Kommissionen anvendte en sats på videreførelse af effektivitetsgevinsterne på 67% for de samlede gennemsnitsomkostninger (variable og faste omkostninger), skulle den have anvendt denne sats på de administrative omkostninger og fundet, at 67% af de gennemførte besparelser på disse omkostninger ville blive videreført til forbrugerne, mens selskabet ville optage resten. Såfremt Kommissionen i overensstemmelse med 891. betragtning til den omtvistede afgørelse ville nægte at anvende denne sats på de faste omkostninger, skulle den dermed af hensyn til sammenhængen omvendt have anvendt en højere sats for videreførelse på de variable omkostninger. Dette ville følgelig have medført større effektivitetsgevinster for selskabet og en nedsættelse af det antal markeder, der potentielt var berørt af en betydelig hindring for den effektive konkurrence.

245 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen i 891. betragtning til den omtvistede afgørelse i det væsentlige anerkendte, at de administrative omkostninger ud fra et regnskabsmæssigt synspunkt kunne fordeles mellem de forskellige nationale tjenester og markeder efter mængden af håndterede pakker. Ud fra et økonomisk synspunkt gav denne fordelingsmetode imidlertid ikke mulighed for at afgøre, hvorledes disse faste omkostninger bidrog til at fastlægge prisen for hver yderligere aftale. Eftersom Kommissionen fandt, at det var usikkert, i hvilket omfang besparelserne på de administrative omkostninger kunne påvirke priserne på de relevante varer for at begrunde, at der blev taget hensyn til disse besparelser, fandt den i 892. betragtning til den omtvistede afgørelse, at disse besparelser, som UPS havde fremlagt dem, ikke var påviselige og dermed ikke kunne tages i betragtning. Det fremgår ligeledes af denne betragtning til den omtvistede afgørelse, at overvejelserne om en videreførelse til forbrugerne af besparelserne knyttet til de administrative omkostninger kun blev fremført subsidiært, såfremt disse besparelser havde været påviselige.

246 Synergierne knyttet til nedsættelsen af de administrative omkostninger efter fusionen kommer som følge af deres art til udtryk ved en nedsættelse af virksomhedens faste omkostninger. Som det er fremhævet i retningslinjernes punkt 80, er det mere sandsynligt, at omkostningsbesparelser, der medfører en reduktion i de variable eller marginale omkostninger, vil være relevante for vurderingen af effektivitetsgevinsterne end en reduktion i de faste omkostninger, da det i princippet er mere sandsynligt, at de førstnævnte medfører lavere forbrugerpriser. Kommissionen begik således ikke en fejl, idet den afviste synergierne knyttet til nedsættelsen af de administrative omkostninger, med den begrundelse, at disse synergier ikke var relevante for vurderingen af effektivitetsgevinsterne. Eftersom UPS' kritik vedrørende videreførelse til forbrugerne af disse besparelser er rettet mod subsidiære vurderinger, er de uden relevans og skal derfor forkastes.

247 Det følger heraf, at ingen af de forhold, som UPS har påberåbt sig vedrørende effektivitetsgevinsterne knyttet til nedsættelsen af de administrative omkostninger, gør det muligt at anse Kommissionen for at have begået en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kan pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold.

– *Transatlantisk lufttransport*

248 UPS har kritiseret Kommissionens vurdering i 882. og 883. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvorved denne institution afviste de skønnede besparelser på 25 mio. EUR vedrørende den transatlantiske lufttransport med den begrundelse, at dette skøn ikke var påviseligt. UPS har

anført, at selskabet planlagde at fjerne TNT's eneste transatlantiske rute mellem Liège (Belgien) og New York (De Forenede Stater), eftersom UPS selv havde tilstrækkelig kapacitet til at absorbere 75% af mængden fra denne rute. Kommissionen forkastede de beregninger, som førte til et skøn på 25 mio. EUR, med den begrundelse, at de var støttet på en antagelse om, at TNT anvendte en Boeing 767, mens dette selskab i virkeligheden anvendte en Boeing 777. Eftersom omkostningerne til det sidstnævnte fly er højere end omkostningerne til det andet fly, ville de opnåede besparelser således have været større.

249 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen i 881.-883. betragtning til den omtvistede afgørelse ikke afviste, at de anførte effektivitetsgevinster forelå. Denne institution fandt, at effektivitetsgevinsterne ikke var påviselige, eftersom UPS havde støttet sine beregninger på TNT's netværkssituation i 2007 uden at tage hensyn til, at TNT senere havde anvendt luftfartøjer med større kapacitet.

250 Med henblik på at godtgøre, at denne vurdering er urigtig, har UPS til støtte for søgsmålet fremlagt flere beregninger for at underbygge omfanget af de gevinster, som selskabet forventede af synergierne af de transatlantiske lufttransporttjenester. Det skal fastslås, at Kommissionen ikke blev forelagt disse oplysninger under den administrative procedure, selv om klagepunktsmeddelelsens punkt 725 henledte UPS' opmærksomhed på, at det var vanskeligt at påvise selskabets skøn over effektivitetsgevinsterne. UPS har således fremlagt flere regneark vedrørende anvendelsen af selskabets transatlantiske lufttransportkapacitet i 2012 (bilag A.35 til stævningen), som, hvilket UPS selv har anerkendt, ikke blev fremlagt under den administrative procedure. Det tilkom imidlertid UPS under den administrative procedure at fremlægge beviser ikke alene for de effektivitetsgevinster, som ifølge selskabet forelå, men ligeledes påviselige oplysninger, som det støttede sig på for at foretage en talmæssig opgørelse af disse gevinster. UPS' argumentation om de transatlantiske luftfartstjenester er ugrundet og skal forkastes.

– *Transport for tredjeparter*

251 UPS forventede at opnå besparelser ved med sine egne fly at transportere de pakker, som TNT befordrede med tredjeparters kommercielle flyvninger. I 889. betragtning til den omtvistede afgørelse forkastede Kommissionen disse besparelser med den begrundelse, at UPS ikke havde godtgjort, at selskabet kunne absorbere TNT's mængde i sine egne fly. UPS har foreholdt Kommissionen, at den ikke rejste dette spørgsmål under den administrative procedure, selv om den havde alle oplysninger til at besvare dette spørgsmål på overbevisende vis.

252 I modsætning til, hvad UPS har gjort gældende, påhvilede det ikke Kommissionen at opfordre selskabet til at fremlægge beviser, der kunne underbygge de anførte effektivitetsgevinster. Det tilkom UPS ikke alene at fremlægge bevis for de effektivitetsgevinster, som selskabet gjorde gældende, men ligeledes påviselige oplysninger, som det støttede sig på for at opgøre disse gevinster talmæssigt. UPS' argumentation er ugrundet og skal derfor forkastes.

– *Vejtransport på netværksruter*

253 Ifølge UPS ville den planlagte erhvervelse have givet selskabet mulighed for at rationalisere sit vejtransportnet inden for EØS ved at sammenføje det med TNT's rutenet takket være sin logistiske model »hub feeder network optimisation model« (model til optimering af en forsyningshub, herefter »HFNO-modellen«), som blev anvendt på oplysninger fra tre markeder (Tyskland, Italien og Det Forenede Kongerige), der er en god stikprøve af nettene på forskellige elektroniske markeder. I 866. og 867. betragtning til den omtvistede afgørelse forkastede

Kommissionen disse besparelser med den begrundelse, at den fremlagte dokumentation var delvis og upålidelig. UPS har anfægtet denne vurdering. Selskabet har anført, at skønnene over dets fremtidige, eneste netværk var solide, forsigtige og troværdige. UPS har anført, at selskabet med en forsigtighedsmargen skønnede omkostningssynergier på ca. 15%. Selv om UPS skulle have ændret disse i lyset af oplysningerne fra TNT, er det imidlertid selskabets opfattelse, at de således observerede forskelle ikke er betydelige og skyldes metodologiske forskelle mellem selskabet og TNT.

- 254 Kommissionen har bestridt disse udsagn. Kommissionen har gjort gældende, at UPS uden at godtgøre dette har anført, at markederne i Tyskland, Italien og Det Forenede Kongerige udgør en »god stikprøve«, idet der ikke foreligger oplysninger, som gør det muligt at efterprøve dette udsagn.
- 255 Det skal i denne henseende fastslås, at det fremgår af 865. og 866. betragtning til den omtvistede afgørelse, at UPS beregnede de anførte effektivitetsgevinster med sin HFNO-model på grundlag af oplysninger om tre nationale markeder. UPS har anført, at resultaterne kunne udvides til alle andre markeder, uden at selskabet har givet en begrundelse herfor. Kommissionen har således i det væsentlige gjort gældende, at der ikke foreligger bevis for, at den af UPS anvendte stikprøve er repræsentativ.
- 256 Det ses imidlertid, at UPS i sit svar på klagepunktsmeddelelsen fremlagde et dokument (bilag 4.8 til klagepunktsmeddelelsen), som forklarer grundene til, at selskabet valgte de tre nationale markeder, som stikprøven udgøres af. Det fremgår nemlig af dette dokument, at disse markeder illustrerer tre tilfælde, som er kendetegnende for forholdet mellem UPS' og TNT's mængder, nemlig større mængder (Tyskland), mindre mængder (Italien) og ens mængder (Det Forenede Kongerige). Disse tre markeder er herefter blevet opstillet i en model som et enkelt netværk. På denne baggrund kan Kommissionen ikke gøre gældende, at UPS under den administrative procedure undlod at fremlægge forklaringer på den fulgte metodologi ved udvælgelsen af stikprøven for de tre markeder, som selskabet anså for repræsentative.
- 257 Hvis der ses bort fra denne fejl, skal det bemærkes, at det fremgår af 867. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen opfordrede UPS til at præcisere sine beregninger, der var støttet på denne stikprøve, under hensyntagen til oplysningerne fra TNT. Herefter fremgik det, at de således opnåede resultater for visse nationale markeder udviste betydelige forskelle i forhold til UPS' oprindelige skøn. På grund af disse forskelle fandt Kommissionen, at den talmæssige opgørelse af de forventede effektivitetsgevinster var usikker.
- 258 Det skal fastslås, at disse forskelle, der kvalificeres som »betydelige«, kan rejse tvivl om gyldigheden af skønnet over de effektivitetsgevinster, som UPS anførte på grundlag af sin HFNO-model. Selv om UPS har bestridt, at der foreligger betydelige forskelle, har selskabet imidlertid ikke fremført specifikke argumenter i denne henseende eller fremlagt taloplysninger, som gør det muligt at rejse tvivl om grundlaget for konstateringen i 867. betragtning til den omtvistede afgørelse. UPS har erkendt disse forskelle og gjort gældende, at forskellene ikke skyldes væsentlige forskelle i de skønnede data og de reelle data, men snarere valget af et andet grundlag for TNT's omkostningsfordeling.

259 Henset til disse oplysninger skal det fastslås, at UPS ikke har godtgjort, at Kommissionen begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kan pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold, da denne institution fastslog, at skønnet over effektivitetsgevinsterne vedrørende vejruutenettet var for usikkert til at kunne anses for påviseligt. UPS' argumentation skal derfor forkastes.

– *Faciliteterne*

260 UPS har foreholdt Kommissionen, at den i 863. betragtning til den omtvistede afgørelse afviste de forventede besparelser ved rationaliseringen af de faciliteter, der blev overflødige som følge af den påtænkte fusion, som upåviselige, med den begrundelse, at de fremlagte oplysninger vedrørte få lande. UPS har gjort gældende, at denne vurdering er urigtig, og har anført, at selskabet havde forelagt Kommissionen detaljerede beregninger for 112 af de 118 faciliteter, som det påtænkte at lukke.

261 Det skal bemærkes, at Kommissionen i 862. betragtning til den omtvistede afgørelse anførte, at UPS havde beregnet de forventede besparelser som følge af rationaliseringen af selskabets faciliteter ud fra et skøn over de årlige omkostninger pr. facilitet, ganget med antallet af faciliteter, der skulle lukkes. Det herved opnåede tal blev dernæst ganget med den årlige gennemsnitsværdi af driftsomkostningerne til en facilitet fastsat til 330 000 EUR. Resultatet af denne beregning (18 mio. EUR) blev herefter justeret og reduceret til 17 mio. EUR.

262 I 863. og 864. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, at denne metode var upræcis i to henseender. For det første var denne metode støttet på oplysninger om et lille antal eller en gruppe lande, selv om de forventede besparelser var særlige for hvert land. For det andet var metoden støttet på forudsætningen om, at alle omkostningerne til en facilitet, der skulle lukkes, udgjorde en besparelse. Eftersom de mængder, der behandles af disse faciliteter, skulle overføres til andre faciliteter, skulle nettobesparelsen have været beregnet ved at sammenligne omkostningerne til håndtering før fusionen med de yderligere omkostninger efter denne fusion.

263 Med Kommissionens anden indvending foreholdes UPS i det væsentlige, at selskabet i sin vurdering af de planlagte besparelser ikke i tilstrækkelig grad sondrede mellem besparelserne vedrørende de faste omkostninger og besparelserne vedrørende de variable omkostninger. Som det er anført ovenfor vedrørende effektivitetsgevinsterne ved synergierne ved de administrative omkostninger, er det mere sandsynligt, at omkostningsbesparelser, der medfører en reduktion i de variable eller marginale omkostninger, vil være relevante for vurderingen af effektivitetsgevinsterne end en reduktion i de faste omkostninger.

264 Det skal imidlertid fastslås, at UPS' argumentation ikke behandler dette spørgsmål og alene er koncentreret om den første problemstilling, som Kommissionen har anført. På denne baggrund gør denne argumentation det ikke muligt at fastslå, at Kommissionen begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kan pådrage Unionen et ansvar uden for kontraktforhold, da denne institution fandt, at skønnet over besparelserne knyttet til lukningen af overflødige faciliteter ikke kunne lægges til grund, idet det ikke var pålideligt.

– PUD-netværket

- 265 UPS har foreholdt Kommissionen, at den i 853. og 854. betragtning til den omtvistede afgørelse forkastede kvantificeringen af de forventede synergier ved rationaliseringen af PUD-netværket, idet disse beregninger ikke var påviselige.
- 266 UPS har for det første gjort gældende, at Kommissionen ikke rejste tvivl om, at disse synergier forelå, men alene vurderingen heraf. Kommissionen undlod at angive det kriterium, der kunne danne grundlag for, at den accepterede sådanne beregninger og for at stille selskabet spørgsmål.
- 267 Det påhvilede derimod ikke Kommissionen at opfordre UPS til at fremlægge beviser, der kunne underbygge de anførte effektivitetsgevinster. Det tilkom UPS ikke alene at fremlægge bevis for de effektivitetsgevinster, som selskabet gjorde gældende, men ligeledes påviselige oplysninger, som det støttede sig på for at opgøre disse gevinster talmæssigt. UPS' første argument skal dermed forkastes.
- 268 Hvad for det andet angår UPS' argument om, at selskabet under den administrative procedure aldrig blev meddelt Kommissionens begrundelse for at afvise effektivitetsgevinsterne, skal det bemærkes, at dette argument allerede er blevet forkastet efter analysen af klagepunkterne om den manglende meddelelse af kriterierne til vurdering af effektivitetsgevinsterne.
- 269 For det tredje har UPS gjort gældende, at Kommissionens begrundelse for at afvise at tage hensyn til effektivitetsgevinsterne vedrørende PUD-netværket er åbenbart urigtig.
- 270 Det skal bemærkes, at Kommissionen i 851. og 852. betragtning til den omtvistede afgørelse anerkendte, at der forelå effektivitetsgevinster som følge af synergier ved sammenføjesningen af PUD-netværkene. I 853. og 854. betragtning til denne afgørelse forkastede Kommissionen imidlertid UPS' vurdering af størrelsen heraf, da de ikke var pålidelige. Kommissionen fremhævede nærmere bestemt, at de af UPS fremlagte oplysninger ikke var særligt repræsentative og var gamle.
- 271 Med hensyn til spørgsmålet, om oplysningerne er repræsentative, fremgår det af 824. betragtning til den omtvistede afgørelse, at UPS havde baseret sig på skøn over de gennemførte besparelser på chauffører på hvert nationalt marked (45 mio. EUR), nedjusteret til et skøn på 40 mio. EUR. Kommissionen har imidlertid anført, at denne beregning kun var støttet på detaljerede oplysninger om markederne i Tyskland, Frankrig og Benelux-landene (dvs. Belgien, Luxembourg og Nederlandene) samt markederne i Irland og Det Forenede Kongerige. Den øvrige del af markedet var opdelt i to grupper, nemlig »Østeuropa« og »resten af Europa«, for hvilke UPS foretog et skøn over den gennemsnitlige reduktion af chauffører uden en forklaring heraf. Eftersom besparelserne knyttet til PUD-netværket var snævert forbundet med betingelserne på hvert enkelt marked, fandt Kommissionen i 853. betragtning til den omtvistede afgørelse, at UPS skulle have baseret sig på oplysninger om hvert enkelt marked frem for at anvende et skøn for en gruppe lande. Kommissionen udledte heraf, at skønnet over synergierne ved PUD-netværket ikke var pålideligt for disse to grupper.
- 272 I denne henseende har UPS anført, at de lande, der henhører under kategorierne »Østeuropa« og »resten af Europa«, kun udgjorde 9 af de forventede 40 mio. EUR i besparelser, idet de øvrige lande var fordelt på fire grupper efter kendetegnene ved deres netværk (dvs. antallet af chauffører og antallet af stop pr. mil).

- 273 Det skal imidlertid bemærkes, at UPS ikke har anfægtet Kommissionens hovedindvending om den manglende hensyntagen til de oplysninger, der var særlige for hvert enkelt marked, selv om der var forskelle i omkostningerne mellem disse markeder. Vurderingen af de angivelige effektivitetsgevinster tager sigte på, at det på de markeder, som giver anledning til en betydelig hindring for den effektive konkurrence, efterprøves, om disse gevinster kan opveje de konkurrencebegrænsende virkninger, som fusionen risikerer at medføre. Når de konkurrencebegrænsende virkninger som i det foreliggende tilfælde er lokaliseret til bestemte medlemsstaters område, skal det for hvert af disse nationale markeder kunne efterprøves, om de angivelige gevinster medfører en betydelig fordel for forbrugerne.
- 274 Eftersom UPS ikke har fremlagt modsatte indicier, skal det lægges til grund, at UPS' fremgangsmåde, som består i at prioritere anvendelsen af en enkelt sats, som er udledt af en model, der er oprettet ud fra fire grupper af nationale markeder, på en helhed af lande, er mindre præcis og mindre pålidelig end den tilgang, som består i at støtte sig på oplysninger om hvert enkelt marked for at nå til et gennemsnitligt skøn, der gælder for alle markeder.
- 275 Det skal desuden bemærkes, at ud af de 15 lande, hvor der ses en betydelig hindring for den effektive konkurrence, henhørte kun Nederlandene hverken under kategorien »Østeuropa« eller »resten af Europa«. Som UPS selv har anerkendt, beløb den samlede værdi af effektivitetsgevinsterne knyttet til PUD-netværket sig således kun til 9 mio. EUR for disse to grupper af nationale markeder. Det er således usandsynligt, at markedet i Nederlandene i sig selv kunne give besparelser, der begrundede, at synergierne blev vurderet i størrelsesordenen 40 mio. EUR, som UPS anførte. Det følger heraf, at de effektivitetsgevinster, der er relevante for vurderingen af situationen på de nationale markeder, hvorpå Kommissionen konkluderede, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence, sandsynligvis er væsentligt lavere end den angivelige gevinst på 40 mio. EUR. UPS' argument gør det således ikke muligt at rejse tvivl om gyldigheden af vurderingen i 855. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvorefter oplysningerne om andre markeder end markederne i Tyskland, Frankrig, Irland og Det Forenede Kongerige ikke giver mulighed for at godtgøre, at de skønnede effektivitetsgevinster for de øvrige markeder er påviselige.
- 276 Med hensyn til spørgsmålet om oplysningernes alder fremgår det af 854. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen anførte, at UPS havde baseret sig på en model udarbejdet i 2007 på grundlag af oplysninger fra 2002 for at vurdere gevinsterne af optimeringen af PUD-netværket inden for rammerne af drøftelser, der allerede vedrørte muligheden for at erhverve TNT.
- 277 For at ajourføre resultaterne med situationen i 2011 reducerede UPS disse skøn i forskelligt omfang for de enkelte markeder, uden at selskabet forklarede den anvendte metode på anden måde end ved at kvalificere den som »konservativ«.
- 278 UPS har anført, at selskabets beregninger var detaljerede og pålidelige og tog hensyn til dets vækstrater i perioden 2007-2011 samt udsvingene i PUD-netværkets tæthed.
- 279 De to dokumenter, som UPS har påberåbt sig til støtte for sine udsagn (bilag A.38.1 og A.38.2 til stævningen), bekræfter imidlertid beskrivelsen af metodologien i 854. betragtning til den omtvistede afgørelse. Disse dokumenter indeholder ikke præcise angivelser af den måde, hvorpå resultaterne af undersøgelsen gennemført i 2007 blev ajourført i 2011. I dokumenterne anføres

udelukkende, at eftersom grundlaget for denne analyse var fornuftigt, havde UPS blot besluttet at foretage en betydelig reduktion af disse oprindelige skøn over omkostningsbesparelserne for at afspejle usikkerheden som følge af ændringerne i markedsvilkårene.

280 På denne baggrund skal det fastslås, at UPS ikke har godtgjort, at Kommissionen herved begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsbestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kan pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold.

– *De eksterne leverandører af tjenesteydelser*

281 I 857.-861. betragtning til den omtvistede afgørelse anførte Kommissionen, at UPS' skøn over effektivitetsgevinsterne knyttet til rationaliseringen af selskabets omkostninger vedrørende PUD, som var givet i underleverance, var endnu mere usikkert end skønnet over effektivitetsgevinsterne fra selskabets eget PUD-netværk, idet dette skøn var støttet på meget forenklede hypoteser i stedet for oplysninger, der var særlige for hvert nationalt marked. Kommissionen har således anført, at UPS ikke gav en forklaring til støtte for den angivelige nedsættelse på 6%, idet selskabet blot angav, at denne sats afspejlede den højeste sammenlagte mængde samt fordelene heraf for sorteringen. Endvidere har de rådgivere, som UPS hyrede, anført, at oplysningerne om TNT's mængder adskilte sig fra de mængder, der blev anvendt med henblik på beregningen af effektivitetsgevinsterne, uden at UPS imidlertid forsøgte at anvende disse oplysninger til at nå til en mere realistisk angivelse af effektivitetsgevinster. Kommissionen har heraf udledt, at den ikke kunne efterprøve størrelsen af effektivitetsgevinsterne knyttet til de eksterne leverandører af tjenesteydelser, og afviste de effektivitetsgevinster, som UPS havde påberåbt sig, som upåviselige.

282 UPS har foreholdt Kommissionen, at den fandt, at selskabets prognoser ikke var støttet på en detaljeret analyse land for land, men på en gennemsnitssats på 6%, og var upålidelige. UPS har anført, at denne analyse er åbenbart urigtig.

283 UPS har for det første gjort gældende, at anvendelsen af en gennemsnitssats for alle lande er i overensstemmelse med den tidligere beskrevne tilgang i forhold til PUD-netværk for landene i kategorien »resten af Europa«.

284 Det skal bemærkes, at det følger af principperne om bevisbyrden for effektivitetsgevinster, at det tilkom UPS at begrunde anvendelsen af en sats på 6% på alle nationale markeder, navnlig som følge af omkostningsforskellene mellem disse markeder. Det skal, som det tidligere er anført vedrørende PUD-netværket, fastslås, at anvendelsen af en gennemsnitlig besparelsessats for en gruppe lande uden særlig begrundelse er mindre præcis og mindre pålidelig end den sats, der består i på grundlag af oplysninger om hvert enkelt marked at beregne et gennemsnitligt skøn, der finder anvendelse på alle. Det følger heraf, at UPS' argument ikke har frembragt noget element, der gør det muligt at anse de grunde, som Kommissionen anførte i 858. betragtning til den omtvistede afgørelse, for urigtige.

285 For det andet har UPS gjort gældende, at der foreligger en manglende metodologisk sammenhæng. Med hensyn til luftfartsnettet og groundhandling i Europa (det fjerde år) accepterede Kommissionen anvendelsen af gennemsnitlige satser for én og samme gruppe lande, men afviste dette med hensyn til afhentning og levering foretaget af eksterne leverandører af tjenesteydelser.

- 286 Som det tidligere er anført vedrørende effektivitetsgevinsterne knyttet til omkostningerne på området for PUD, fremgår det af 824., 853. og 858. betragtning til den omtvistede afgørelse, at disse omkostninger er snævert forbundet med de lokale vilkår på hvert nationalt marked. Kommissionen har anført, at denne situation ikke kan sammenlignes med situationen for det europæiske luftfartsnet eller med situationen for groundhandlingsydelser, hvilket UPS ikke har bestridt. Henset til disse begrundelser skal det anerkendes, at UPS' argumentation som følge af disse forskelle ikke viser en manglende metodologisk sammenhæng, som kan udgøre et åbenbart og alvorligt urigtigt skøn.
- 287 For det tredje har UPS forklaret, hvorfor resultaterne af selskabets model ikke blev ændret betydeligt efter anvendelsen af oplysningerne fra TNT. Den væsentligste ændring vedrørte kriteriet for fordeling af synergierne, uden at den samlede vurdering af størrelsen heraf imidlertid blev ændret.
- 288 Denne argumentation kan imidlertid ikke rejse tvivl om oplysningerne i 859. og 860. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvoraf fremgår, at UPS på trods af, at oplysningerne om TNT's aktuelle mængder var meget forskellige fra det, som UPS oprindeligt skønnede, og den deraf følgende betydelige ændring af de oprindeligt forventede besparelser for navnlig markederne i Tyskland, Irland og Det Forenede Kongerige, ikke forsøgte at foretage en mere præcis vurdering af de forventede gevinster for hvert relevant nationalt marked.
- 289 Henset til samtlige ovenstående oplysninger skal det fastslås, at UPS ikke har godtgjort, at der forelå fejl i vurderingen af, om de angivelige effektivitetsgevinster var påviselige, hvilke fejl kunne pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold.

3) Den forskellige behandling i forhold til transaktionen mellem FedEx og TNT

- 290 UPS har gjort gældende, at fusionen mellem selskabet og TNT blev behandlet anderledes end fusionen mellem FedEx og TNT. Mens UPS efter et omhyggeligt skønsarbejde offentligt meddelte, at selskabet forventede at opnå synergier for 503 mio. EUR ved erhvervelsen af TNT allerede det første år, offentliggjorde FedEx ikke noget skøn fra sin side. Kommissionen accepterede dog de synergier, som FedEx havde meddelt, efter at institutionen havde stillet denne virksomhed spørgsmål om grundlaget for det arbejde, som blev udført af rådgivere hyret til fusionskontrolproceduren, og som aldrig blev offentliggjort, hvilket er uforklarligt for en børsnoteret virksomhed.
- 291 UPS har i denne henseende foreholdt Kommissionen, at den vurderede synergierne på grundlag af et meget mere snævert kriterium end det, den anvendte på fusionen mellem FedEx og TNT. Såfremt Kommissionen havde behandlet UPS på samme måde som FedEx, skulle den have accepteret alle de anførte effektivitetsgevinster. I forbindelse med transaktionen mellem FedEx og TNT accepterede Kommissionen et stort antal synergier, som imidlertid ikke var underbygget af lige så styrkende beviser som de af UPS anførte. FedEx nægtede at offentliggøre enhver kvantificering af de potentielle synergier ved denne virksomheds overtagelsestilbud og fremlagde aldrig interne dokumenter herom.
- 292 I sin afgørelse om transaktionen mellem FedEx og TNT accepterede Kommissionen synergier vedrørende den transatlantiske lufttransport på grundlag af erhververens transportkapacitet uden at anmode om detaljerede beregninger. Eftersom der ikke foreligger mere omfattende

oplysninger i den offentliggjorte udgave af afgørelsen om transaktionen mellem FedEx og TNT, har UPS foreslået Retten at indhente disse oplysninger ved en foranstaltning med henblik på bevisoptagelse.

- 293 Hvad angår PUD-netværket har UPS anført, at Kommissionen i sagen vedrørende transaktionen mellem FedEx og TNT accepterede at tage hensyn til denne type synergier, selv om der blev fremlagt mindre detaljerede beviser end de beviser, som UPS havde fremlagt.
- 294 Det skal bemærkes, at Kommissionen skal analysere hver fusion i lyset af kendetegnene herved og kendetegnene ved det relevante marked. Alle fusioner skal nemlig bedømmes individuelt og på baggrund af de faktuelle omstændigheder og de gældende retlige bestemmelser (jf. i denne retning dom af 16.5.2018, Deutsche Lufthansa mod Kommissionen, T-712/16, EU:T:2018:269, præmis 131). Når Kommissionen tager stilling til en fusions forenelighed med det indre marked på grundlag af anmeldelsen og de øvrige dokumenter vedrørende fusionen, kan en sagsøger ikke drage Kommissionens konstateringer i tvivl med den begrundelse, at de afviger fra tidligere konstateringer i en anden sag, der bygger på en anden anmeldelse og andre dokumenter, heller ikke selv om markederne i de to sager ligner hinanden eller er identiske (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 118, og af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 142).
- 295 I det foreliggende tilfælde vedrører transaktionerne mellem UPS og TNT og mellem FedEx og TNT, som blev anmeldt med tre års mellemrum, ikke de samme parter, selv om de vedrører samme marked. Effektivitetsgevinster er efter deres art direkte knyttet til fusionsparternes individuelle kendetegn.
- 296 Som følge af navnlig kendetegnene ved FedEx samt konkurrencetætheden mellem UPS og TNT konkluderede Kommissionen, at transaktionen mellem FedEx og TNT ikke medførte en betydelig hindring for den effektive konkurrence. Den enhed, som blev resultatet af denne fusionerede, vil have to hårde konkurrenter, DHL og UPS (444.-446. og 630.-689. betragtning til afgørelsen om transaktionen mellem FedEx og TNT), idet FedEx og TNT, selv om de er konkurrenter, i et vist omfang tilbyder tjenesteydelser, der supplerer hinanden, og ikke er tætte konkurrenter. FedEx er specialiseret i forbindelserne mellem EØS og resten af verden, mens TNT's tilbud er fokuseret på de internationale forbindelser inden for EØS (590., 591. og 687.-689. betragtning til afgørelsen om transaktionen mellem FedEx og TNT), og TNT kan i øvrigt ikke anses for at være en konkurrent, der kan have en særlig konkurrencemæssig stilling som »prisbryder« eller være en vigtig kilde til udvidelse på markedet (650. og 692.-714. betragtning til afgørelsen om transaktionen mellem FedEx og TNT). Analysen af fusionens virkninger på priserne viste ikke en statistisk betydelig indvirkning på priserne, og Kommissionen anførte under alle omstændigheder, at denne indvirkning ville blive opvejet af de forventede effektivitetsgevinster (468.-497, 515.-588 og 771.-805. betragtning til afgørelsen om transaktionen mellem FedEx og TNT).
- 297 Det skal således fastslås, at fusionerne mellem UPS og TNT og mellem FedEx og TNT er væsentligt forskellige på en række områder, navnlig for så vidt som FedEx og TNT ikke var tætte konkurrenter, hvilket er et relevant forhold for undersøgelsen af synergierne som følge af sammenlægningen af disse virksomheder, hvilket UPS ikke har anfægtet.
- 298 Sagsøgeren har endvidere ikke underbygget sin argumentation om, at de beviser, som selskabet forelagde Kommissionen vedrørende de forventede synergier, blev bedømt efter en anden bevisstandard end den, der blev anvendt i forbindelse med fusionen mellem FedEx og TNT.

Selskabet har navnlig ikke godtgjort, at de beviser, som det fremlagde vedrørende den transatlantiske lufttransport og PUD-netværket, havde en bevisværdi og relevans, der svarede til de beviser, som blev accepteret i forbindelse med denne fusion, således at Kommissionen behandlede identiske eller lignende beviser forskelligt.

299 Eftersom der ikke foreligger indicier for en forskellig behandling, udsagn om eller bevis for en anden ulovlighedsindsigelse, giver konstateringen af forskelle i vurderingen af effektivitetsgevinster i afgørelsen om transaktionen mellem FedEx og TNT og i den omtvistede afgørelse ikke mulighed for at konkludere, at den ulighed, som UPS har gjort gældende, at selskabet er blevet udsat for, foreligger. Følgelig skal UPS' argumentation herom forkastes, uden at det er fornødent at tage UPS' anmodning om at anordne bevisoptagelse til følge.

4) *FedEx' situation*

i) *Konkurrencetætheden mellem FedEx og UPS*

300 UPS har gjort gældende, at Kommissionen foretog en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af EU-retten ved i den omtvistede afgørelse at konkludere, at UPS, TNT og DHL, i modsætning til FedEx, var tætte konkurrenter. Denne konklusion var støttet på en hypotese om, at DHL ville tilpasse sig prisstigningerne forårsaget af fusionen mellem UPS og TNT, men at FedEx ikke ville kunne modvirke disse. Ifølge UPS havde Kommissionen nemlig intet grundlag for at konkludere, at fusionen mellem UPS og TNT ville medføre prisstigninger. Tværtimod viste analysen af fusionens virkninger på priserne og analysen af effektivitetsgevinsterne, at transaktionen ville gavne konkurrencen.

301 UPS har anført, at selskabet gjorde dette gældende som led i sit tredje anbringende i sag T-194/13, og at det havde godtgjort Kommissionens manglende konsekvens i analysen af selskabets svar på spørgeskemaet om markedet, navnlig hvad angår det tjekkiske, bulgarske, danske og maltesiske marked. Kommissionens afvisning af at forklare, hvorledes besvarelsenerne af spørgeskemaet vedrørende disse medlemsstater begrundede en konstatering af en betydelig hindring for den effektive konkurrence, gør det umuligt at få kendskab til det bevisniveau, der kræves for en sådan konstatering. UPS har i replikken fremlagt et referat af store og små kunders svar på en fase II-markedsundersøgelse vedrørende det bulgarske, tjekkiske, danske og maltesiske marked, som bekræfter, at det ikke var rimeligt at konkludere, at FedEx ikke var en tæt konkurrent til UPS.

302 UPS har foreholdt Kommissionen, at den fandt, at TNT var en tæt konkurrent til UPS, mens dette ikke var tilfældet med FedEx. Selv vedrørende det tjekkiske marked, for hvilket Kommissionen fandt sin analyse særlig stærk, antyder besvarelsenerne af spørgeskemaet entydigt, at der ikke var bevis for, at UPS og TNT var tætte konkurrenter. Besvarelsenerne antyder tværtimod, at virksomhederne anså dette selskab samt TNT, FedEx og DHL for fuldstændigt substituerbare som følge af visse kendetegn ved de udbudte tjenester, eller at selskabets og TNT's tætteste konkurrenter ikke leverede tjenesteydelser med samme kendetegn. Det samme gælder for det bulgarske, danske og maltesiske marked.

303 Det skal bemærkes, at Kommissionen i den omtvistede afgørelse, efter at den havde konkluderet, at EØS-markedet for ekspresudbringning af småpakker var domineret af fire kurervirksomheder, nemlig DHL, UPS, TNT og FedEx (510. betragtning til den omtvistede afgørelse), fandt, at blandt disse virksomheder var FedEx en meget svagere og fjernere konkurrent til UPS, TNT og DHL. Kommissionen støttede sig på FedEx' omsætning på EØS-markedet (513.-517. betragtning til den

omtvistede afgørelse), virksomhedens åbning af EØS-markedet for ekspresudbringning af småpakker (518.-527. betragtning til den omtvistede afgørelse) og den omstændighed, at FedEx' netværk i EØS var svagt i forhold til de tre andre kurervirksomheders netværk (528.-533. betragtning til den omtvistede afgørelse). Kommissionen anførte desuden, at eftersom FedEx virkede i mindre skala, var virksomhedens omkostninger til afhentning og levering klart højere end konkurrenternes, hvilket begrænsede dens evne til at udøve et konkurrencepres på markedet, selv om den i 2011 vedtog en organisk udvidelsesplan indtil 2017 (534.-546. og 599.-625. betragtning til den omtvistede afgørelse).

304 Kommissionen fremhævede endvidere FedEx' lave tilstedeværelse på de nationale markeder samt inden for senere levering (547.-552. betragtning til den omtvistede afgørelse), idet virksomhedens tilstedeværelse på segmentet for tjenesteydelser til lande uden for EØS var klart stærkere (553.-564. betragtning til den omtvistede afgørelse). Disse forhold bekræftes ved markedsundersøgelsen, som viser, at kunderne anser FedEx for svagere end de andre kurervirksomheder på markedet for ekspresudbringning inden for EØS (565.-576. og 590.-598. betragtning til den omtvistede afgørelse), samt ved erklæringerne fra virksomhedens konkurrenter (578.-589. betragtning til den omtvistede afgørelse).

305 I kontrast til FedEx' situation godtgør den omtvistede afgørelse, at UPS og TNT er tætte konkurrenter (631.-702. betragtning til den omtvistede afgørelse). Til støtte for denne konstatering lagde Kommissionen vægt på kundernes svar på markedsundersøgelsen (636.-652. betragtning til den omtvistede afgørelse) samt lighederne mellem DHL, UPS og TNT hvad angår udbuddet af tjenesteydelser og dækning (653.-659. betragtning til den omtvistede afgørelse). Ifølge sidstnævnte kriterium er FedEx den svageste af de 4 virksomheder på 21 markeder i EØS, og på 17 af disse markeder er forskellen mellem FedEx og dennes tætteste konkurrent i hvert fald 20 procentpoint (654. betragtning til den omtvistede afgørelse).

306 Kommissionen fremhævede ligeledes lighederne mellem UPS og TNT hvad angår udbuddet af tjenesteydelser med levering om morgenen (660.-665. betragtning til den omtvistede afgørelse) samt de kvalitative kendetegn ved de udbudte tjenester (666. betragtning til den omtvistede afgørelse). Med hensyn til udbudsprocedurer fremhævede Kommissionen, at DHL, UPS og TNT var tætte konkurrenter, mens FedEx' situation var mere fjern (667.-684. betragtning til den omtvistede afgørelse).

307 Kommissionen tilbageviste konklusionerne udledt af TNT's analyse af oplysningerne fra sine tidligere kunder vedrørende spørgsmålet om, hvilke virksomheder der tilbød konkurrerende tjenester, idet denne institution fandt, at anvendeligheden af denne meningsundersøgelse var begrænset som følge af de begrænsninger, der var uløseligt forbundet med den benyttede metodologi (685.-701. betragtning til den omtvistede afgørelse).

308 I 705.-707. betragtning til den omtvistede afgørelse forkastede Kommissionen de bemærkninger som svar på klagepunktsmeddelelsen, hvorved UPS havde anført, at analysen af konkurrencetætheden ikke tog tilstrækkeligt hensyn til betydningen af sondringen mellem tjenesterne ud fra repræsentativiteten ved markedsandelene som indikator for konkurrencetætheden, men ligeledes konkurrenternes diversionsratioer og den manglende opgørelse af antallet af kunder, for hvilke DHL ikke var en bæredygtig erstatning til skade for UPS selv og TNT.

- 309 Endelig tilbageviste Kommissionen i 708.-711. betragtning til den omtvistede afgørelse visse yderligere argumenter, som UPS fremsatte som svar på klagepunktsmeddelelsen, om analysen af konkurrencetætheden. UPS gjorde gældende, at selskabet faktisk ikke var en tæt konkurrent til TNT, idet begge virksomheder havde grundlæggende forskellige profiler. UPS foreholdt Kommissionen, at den havde fulgt en binær tilgang (»in« eller »out«), og at den alene havde fokuseret på markedets langdistancesegment.
- 310 UPS har kritiseret Kommissionens vurdering af besvarelsener af spørgeskemaerne vedrørende det bulgarske, tjekkiske, danske og maltesiske marked. Selv hvis det antages, at disse fejl er godtgjort, er det imidlertid tilstrækkeligt på grundlag af samtlige ovennævnte elementer i den omtvistede afgørelse at fastslå, at markedsspørgeskemaerne kun er et af de forhold, som Kommissionen baserede sig på. Selv om denne type undersøgelser gør det muligt at indkredse forbrugernes eller producenternes opfattelse af deres respektive stillinger og indsamle oplysninger herom, består deres anvendelighed i, at de giver mulighed for at supplere og forbedre forståelsen for de objektive elementer såsom markedsandelene, netværkstætheden eller opbygningen af udbuddet, uden at disse elementer imidlertid kan erstattes. Selv hvis det antages, at der kan påvises et urigtigt skøn i analysen af besvarelsener på spørgeskemaerne vedrørende disse fire markeder, kan en sådan fejl således under alle omstændigheder ikke rejse tvivl om de øvrige elementer, som Kommissionen lagde til grund for sin konklusion om, at FedEx ikke var en tæt konkurrent til UPS, TNT og DHL, hvilke elementer UPS i øvrigt ikke har anfægtet.
- 311 Ingen af de argumenter, som er fremsat af UPS under denne sag, gør det således muligt at rejse tvivl om gyldigheden af vurderingen af konkurrencetætheden med FedEx.

ii) FedEx' udvidelsesplaner

- 312 UPS har anfægtet Kommissionens begrundelse for, at det var usandsynligt, at FedEx vil udvikle sig således i Europa, at virksomheden kunne modvirke virkningerne af fusionen mellem UPS og TNT, der ville skabe en betydelig hindring for den effektive konkurrence i 15 medlemsstater. UPS har udspecificeret sine argumenter vedrørende hvert af de nedenfor anførte seks punkter om FedEx' rolle.

– FedEx' udvikling i Europa

- 313 Ifølge UPS anførte Kommissionen med urette i 611. betragtning til den omtvistede afgørelse, at FedEx' udvidelsesplaner i Europa var nedadgående. Denne vurdering modsiges direkte af erklæringerne af 19. juni 2012 samt 9. og 10. oktober 2012 fra FedEx' ledere, hvorefter FedEx forventede at udlede næsten 75% af de 350 mio. USD i yderligere fortjeneste af sine internationale aktiviteter fra afslutningen af regnskabsåret 2015. UPS har fremhævet, at sådanne offentlige erklæringer skal tillægges særlig betydning i medfør af lovgivningen for værdipapirer i De Forenede Stater.
- 314 Det er korrekt, at erklæringer fra virksomheders ledere til investorerne kan være relevante indicier for bedømmelsen af den påtænkte fusions virkninger. Den omstændighed, at disse erklæringer er omfattet af anvendelsesområdet for en lovgivning om værdipapirer, der navnlig tilsigter, i givet fald under pålæggelse af sanktioner, at sikre rigtigheden heraf, betyder imidlertid ikke, at Kommissionen som følge af denne lovgivning er forpligtet til at antage, at sådanne erklæringer er sande eller pålidelige. Som ethvert andet relevant element påhviler det nemlig Kommissionen med henblik på kontrolproceduren med den fornødne omhu at undersøge, om sådanne erklæringer er relevante, men også pålidelige og påviselige.

315 I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagsakterne, at Kommissionen fik kendskab til udsagnene fra FedEx' ledere, som over for investorerne havde beskrevet fremskridtene ved og prognoserne for udvidelsesplanerne i mere optimistiske vendinger end dem, der hidtil havde været anvendt inden for rammerne af proceduren vedrørende fusionen mellem UPS og TNT. Henset til denne uoverensstemmelse, som UPS påpegede, anmodede Kommissionen FedEx om yderligere oplysninger, navnlig om erklæringerne af oktober 2012 (dokumenter med referencenummer ID 7399 og 7400), hvilken anmodning sidstnævnte efterkom (dokument med referencenummer ID 7418). Kommissionen gav UPS begrænset aktindsigt i dette fortrolige svar under den procedure i datarummet, som fandt sted den 26. og den 29. oktober 2012.

316 Kommissionen fortsatte sine undersøgelser og anmodede den 16. november 2012 FedEx om yderligere oplysninger (anmodning med referencenummer Q30) vedrørende ændringerne i udvidelsesplanerne samt den sidste rapport om disse planers fremskridt, som var blevet fremlagt for ledelsen. I sit svar af 19. november 2012 bekræftede FedEx, at virksomhedens oprindelige mål ikke ville blive nået, dels fordi målene var støttet på hypoteser, som havde vist sig at være uforholdsmæssigt optimistiske, dels som følge af en forværring af virksomhedens resultater og de økonomiske vilkår.

317 Det skal fastslås, at det fremgår af dette svar, at FedEx havde nedjusteret sine mål om markedsandele og omsætning for markedet for tjenesteydelser inden for EØS. Det følger heraf, at de udsagn, som tilskrives FedEx i 611. betragtning til den omtvistede afgørelse, svarer præcist til de vendinger, der fremgår af FedEx' svar af 19. november 2012, hvori UPS fik en ikke-fortrolig aktindsigt ved redegørelsen for de faktiske omstændigheder.

318 Det skal ligeledes bemærkes, at de erklæringer fra FedEx' ledere, som UPS har påberåbt sig, ikke vedrørte det relevante marked, men alle FedEx' aktiviteter med undtagelse af De Forenede Stater. I modsætning til, hvad UPS har anført, modsiger disse erklæringer fra FedEx' ledere under deres jævnlige møder med investorerne ikke og rejser heller ikke tvivl om bevisværdien af de elementer, som Kommissionen har indhentet, og som tilsigter at godtgøre FedEx' vanskeligheder ved gennemførelsen af sin organiske udvidelsesplan.

319 UPS' argumentation er således ugrundet og skal forkastes.

– *Forskellen i omkostninger mellem FedEx og konkurrenterne*

320 UPS har foreholdt Kommissionen, at den i 545. betragtning til den omtvistede afgørelse fandt, at FedEx' omkostninger til afhentning og levering hindrede sidstnævnte virksomhed i på mellemlang sigt at være konkurrencedygtig i forhold til UPS. UPS har anført følgende:

- Kommissionen lagde blot FedEx' udsagn til grund uden at undersøge de beviser, der lå til grund for disse.
- Eftersom omkostningerne til afhentning og levering kun udgør en brøkdel af de relevante omkostninger inden for EØS, var der ingen logisk grund til at undersøge dem særskilt, selv om FedEx' omkostninger til eksempelvis lufttransport sandsynligvis er tættere på UPS' omkostninger.
- Den af Kommissionen anførte forskel i omkostninger modsiges af, at der findes 14 nationale markeder uden en betydelig hindring for den effektive konkurrence.

321 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen i 545. betragtning til den omtvistede afgørelse lagde til grund, at FedEx inden for rammerne af sin organiske udvidelsesplan af 2011 begyndte at investere i infrastrukturer såsom sorteringscentre med henblik på at øge sin samlede kapacitet og opnå en geografisk dækning og netværkstæthed, som gjorde det muligt at reducere omkostningerne. På trods af disse investeringer fremgår det af FedEx' svar af 19. november 2012, at denne virksomhed forventede, at dens omkostninger til afhentning og levering forblev væsentligt højere end konkurrenternes omkostninger.

322 I modsætning til, hvad UPS har anført, fremgår det af den omtvistede afgørelse, at Kommissionens analyse er støttet på en række forhold, der gør det muligt at underbygge forskellen mellem FedEx' og konkurrenternes håndteringsomkostninger pr. enhed, hvilken forskel naturligvis kan udledes af virksomhedens relativt svage dækning og netværkstæthed. Kommissionen støttede sig herved på interne dokumenter fra FedEx, som blev fremlagt i bilag til denne virksomheds svar af 19. november 2012. Som det fremgår af 535. og 536. betragtning til den omtvistede afgørelse, støttede Kommissionen sig ligeledes på interne databaser om FedEx' kommercielle tilbud samt på de udbud, som virksomheden deltog i, idet disse databaser gør det muligt at vurdere konkurrenceevnen af FedEx' priser i forhold til konkurrenternes priser.

323 Henset til objektive og funktionelle forskelle mellem disse to typer netværk var det ikke ulogisk, at Kommissionen således fokuserede på PUD-netværket frem for luftnettet for at belyse forskellene i konkurrenceevnen mellem FedEx og konkurrenterne. Den omstændighed, at UPS har fremhævet, at selskabets omkostninger til lufttransport sandsynligvis var tæt på FedEx' omkostninger, styrker i øvrigt denne analyse.

324 Endelig skal det fastslås, at spørgsmålet om omkostningsforskellene mellem FedEx og konkurrenterne blot er en af de faktorer, der gør det muligt at vurdere denne virksomheds evne og incitament til at imødegå en prisstigning fra den enhed, der blev skabt ved fusionen mellem UPS og TNT. Denne forskel er ikke en direkte konsekvens af konstateringen af en betydelig hindring, men et indicium, som gør det muligt at vurdere, hvorfor det var usandsynligt, at FedEx ville udvikle sig således i Europa, at virksomheden kunne modvirke virkningerne af fusionen mellem UPS og TNT i en kort periode. UPS' argument, hvormed det gøres gældende, at analysen af FedEx' omkostninger til afhentning og levering modsiges af, at der findes 14 nationale markeder uden en betydelig hindring for den effektive konkurrence, er således støttet på en urigtig forudsætning.

325 UPS' argumentation skal således forkastes.

– *Den forventede forøgelse af FedEx' mængde*

326 UPS har foreholdt Kommissionen, at den i 614. betragtning til den omtvistede afgørelse blot forkastede prognoserne om FedEx' vækst med den begrundelse, at det var vanskeligt med sikkerhed at forudsige, om strategien til udvikling af denne virksomhed ville lykkes, uden at denne institution foretog en grundig undersøgelse af chancen for, at denne strategi ville lykkes.

327 UPS' argument er imidlertid støttet på en urigtig læsning af den omtvistede afgørelse. Som der er redegjort for ovenfor med hensyn til FedEx' udvikling i Europa og forskellen mellem FedEx' og konkurrenternes omkostninger, foretog Kommissionen en grundig analyse af de sandsynlige virkninger af gennemførelsen af FedEx' udvidelsesplan samt af denne virksomheds incitament til

at fortsætte eller endda fremskynde sine udvidelsesplaner efter fusionen mellem UPS og TNT på grundlag af dokumenter fra FedEx, som UPS kunne have fået eller rent faktisk fik aktindsigt i under den administrative procedure, uanset om dette var i begrænset form.

328 Dette argument skal således forkastes.

– *De lande, som FedEx rettede sig mod under den første fase af sine udvidelsesplaner*

329 UPS har kritiseret Kommissionen for, at den i 613. betragtning til den omtvistede afgørelse fandt, at FedEx havde besluttet ikke i den første udvidelsesfase at inkludere visse lande (som eksempelvis Bulgarien) som følge af manglen på tilstrækkeligt udviklede infrastrukturer. Eftersom der ikke foreligger et påviseligt element, og UPS ikke fik lejlighed til under den administrative procedure at udtale sig om denne »første fase«, skulle denne analyse ikke have indgået i den omtvistede afgørelse.

330 Med denne argumentation har UPS alene kritiseret de faktuelle forhold, der er nævnt i 613. betragtning til den omtvistede afgørelse, med den begrundelse, at afgørelsen er støttet på beviser, som selskabet angiveligt ikke har haft fuld aktindsigt i. Disse elementer vedrørende de forskellige faser i FedEx' udvidelsesplan blev imidlertid meddelt UPS i redegørelsen for de faktiske omstændigheder samt i tabeller i bilag til denne. Det er korrekt, at de fleste taloplysninger er blevet slettet, da de er fortrolige. Visse taloplysninger er dog blevet erstattet med angivelser i form af forskelle i værdier, som gør det muligt således at råde over et størrelsesforhold. I redegørelsen for de faktiske omstændigheder anføres det således, at FedEx ikke havde nogen plan om at åbne nye sorteringscentre i Bulgarien i de kommende to år eller om at forøge sin håndteringskapacitet.

331 Kommissionen har tilføjet, at FedEx' planer nu var reduceret i forhold til de oprindelige planer, og har fremlagt taloplysninger i denne henseende. Selv om disse oplysninger er fremlagt i form af intervaller, er de tilstrækkeligt præcise til, at UPS kunne forstå rækkevidden heraf. UPS' øvrige argumentation er ikke underbygget af noget retligt eller faktisk element, der gør det muligt at finde, at Kommissionen begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, som kan pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold. På denne baggrund skal UPS' argumentation forkastes.

– *De af FedEx dækkede bestemmelsessteder*

332 UPS har anfægtet Kommissionens vurdering i 1008. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvorved institutionen fandt, at FedEx som følge af det lille antal bestemmelsessteder, som virksomheden dækkede, ikke kunne udøve et væsentligt konkurrencepres på den enhed, der blev skabt ved fusionen mellem UPS og TNT. Denne vurdering er urigtig. Kommissionen undlod at tage hensyn til FedEx' planer om fra 2015 at dække flere erhvervsadresser end UPS i EØS.

333 Det skal imidlertid fastslås, at UPS' argumentation er begrænset til at påpege et urigtigt skøn, der »bl.a.« påvirker 1008. betragtning til den omtvistede afgørelse, uden at selskabet har anført, hvilke andre betragtninger der ligeledes er fejlbehæftede som følge af denne fejl. Bortset fra denne manglende præcisering har UPS ikke fremført noget retligt eller faktisk element, der kan godtgøre, at 1008. betragtning til den omtvistede afgørelse er behæftet med en fejl, der gør det muligt at fastslå, at Kommissionen begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, som kan pådrage Unionen et ansvar. Følgelig skal denne argumentation forkastes.

– *Analysen land for land*

- 334 UPS har anført, at Kommissionens analyse land for land i den omtvistede afgørelses afsnit 7.11 ikke gør det muligt at konkludere, at der ikke forelå et effektivt konkurrencepres fra FedEx i et bestemt land. Kommissionen fremsatte blot nogle bemærkninger, der var utilstrækkeligt begrundede som følge af deres uklare eller overfladiske og under alle omstændigheder urigtige karakter. Som eksempel har UPS påberåbt sig analysen af Sverige, for hvilket land vurderingen i den omtvistede afgørelse modsiges af den omstændighed, at FedEx ifølge alle daværende tilgængelige prognoser påregnede i 2015 at nå en dækningsats og en markedsandel, der var større end eller svarede til TNT's markedsandel.
- 335 Det skal imidlertid fastslås, at den omtvistede afgørelses afsnit 7.11 i modsætning til, hvad UPS har anført, indeholder en detaljeret og udførlig analyse af alle de relevante elementer, på grundlag af hvilke Kommissionen kunne konkludere, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence. Det eksempel med FedEx' prognoser for det svenske marked, som UPS har anført, kan under alle omstændigheder ikke rejse tvivl om Kommissionens konstatering vedrørende flere nationale markeder om de relativt svage konkurrencepres, som FedEx udøvede i forhold til DHL og til en enhed bestående af UPS og TNT. UPS' argumentation er begrænset til en uklar og generel kritik af denne analyse. Eftersom der ikke foreligger noget retligt eller faktisk element, der gør det muligt at fastslå, at denne analyse er behæftet med en fejl, således at Kommissionen kan anses for at have begået en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, som kan pådrage Unionen et ansvar, skal argumentationen forkastes.

d) Konklusionerne om de angivelige ulovligheder

- 336 Det følger af det ovenstående, at blandt alle de angivelige ulovligheder er alene ulovligheden vedrørende den manglende meddelelse af den økonometriske model tilstrækkeligt kvalificeret til at kunne pådrage Unionen ansvar uden for kontraktforhold.

3. Årsagsforbindelsen

- 337 UPS har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne forbyde den påtænkte transaktion. Efter FedEx' opkøb af TNT har UPS gjort gældende, at selskabet ikke længere kunne anmelde denne transaktion. Med henblik på nærværende søgsmål påhviler det UPS at bevise, at sagsakterne ikke gav Kommissionen mulighed for at erklære transaktionen mellem selskabet og TNT uforenelig med det indre marked. Hvis det krævedes, at selskabet skal godtgøre, at Kommissionen skulle have vedtaget en afgørelse om forenelighed med det indre marked, ville det skulle løfte en umulig bevisbyrde.
- 338 UPS har gjort gældende, at selskabet har ret til erstatning for hele den skade, der er lidt som følge af vedtagelsen af den omtvistede afgørelse. Denne erstatning skal dække alle de omkostninger, som UPS ikke skulle have afholdt, hvis denne afgørelse ikke var blevet vedtaget, samt selskabets manglende indtægter som følge heraf, som det har opgjort til 1,638 mia. EUR efter skat, svarende til nettoværdien af synergierne ved den påtænkte transaktion.
- 339 UPS har anført, at selskabet havde en kontraktlig forpligtelse til at yde TNT godtgørelse i medfør af en klausul om ophævelse, hvilket er almindelig forretningsædvane. UPS har anført, at selskabets overtagelsestilbud ikke blev gennemført, eftersom den suspensive betingelse om Kommissionens godkendelse af denne fusion ikke var opfyldt. Følgelig skulle selskabet have

betalt TNT en godtgørelse for opsigelse på 200 mio. EUR, svarende til en nettoomkostning, efter skat, på 131 mio. EUR. Fra størrelsen af den angivelige skade skal desuden fradrages 29 mio. EUR som følge af undgåede transaktionsomkostninger.

- 340 UPS har anført, at selskabet har afholdt 3 708 813,61 EUR i retlige omkostninger med henblik på sin intervention i proceduren for kontrol med fusionen mellem FedEx og TNT, dvs. et tab, efter skat, på 2,4 mio. EUR.
- 341 Det skal bemærkes, at betingelsen om årsagsforbindelse i artikel 340, stk. 2, TEUF vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem EU-institutionernes adfærd og skaden, hvilket det påhviler sagsøgeren at bevise, således at den anfægtede adfærd skal være den afgørende årsag til skaden (dom af 13.12.2018, Den Europæiske Union mod Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, præmis 52).
- 342 I det foreliggende tilfælde har UPS gjort gældende, at selskabet har lidt tre forskellige skader, og det har krævet erstatning for ikke at kunne gennemføre den påtænkte transaktion, nemlig for det første omkostninger forbundet med selskabets deltagelse i proceduren for kontrol med transaktionen mellem FedEx og TNT, for det andet betalingen af en kontraktbestemt erstatning for opsigelse til TNT og for det tredje manglende indtægter. UPS har i det væsentlige anført, at de ulovligheder, som selskabet har anført, er den direkte årsag til disse tre skader.
- 343 Hvad indledningsvis angår UPS' deltagelse i proceduren for kontrol med fusionen mellem FedEx og TNT er det åbenbart, at denne deltagelse skyldes selskabets frie valg. Der er således ikke tale om en direkte konsekvens af den omtvistede afgørelse eller, så meget desto mindre, af tilsidesættelsen af selskabets proceduremæssige rettigheder. Dermed kan hverken tilsidesættelsen af selskabets proceduremæssige rettigheder eller andre tilsidesættelser, som dette har anført, anses for at være den afgørende årsag til den skade, der er opstået i form af omkostningerne afholdt under dets deltagelse i proceduren vedrørende transaktionen mellem FedEx og TNT. Kravet om erstatning for denne skade skal derfor forkastes.
- 344 Hvad dernæst angår godtgørelsen for opsigelse står det fast, at betalingen af denne godtgørelse udspringer af en kontraktlig forpligtelse, der følger af fusionsaftalen mellem UPS og TNT af 19. marts 2012 (bilag C.3 til stævningen).
- 345 Det ses nemlig, at denne aftale foreskrev (klausul i aftalens punkt 4.3.b), at UPS' offentlige overtagelsestilbud på aktierne i TNT var indgået med en suspensiv betingelse vedrørende Kommissionens positive afgørelse. Såfremt denne betingelse ikke var opfyldt, skulle UPS meddele dette. Den manglende opfyldelse af denne suspensive betingelse var ligeledes en grund til opsigelse af fusionsaftalen (klausul i aftalens punkt 15.1.c), som gav TNT mulighed for på anmodning at opnå betaling fra UPS af en opsigelsesgodtgørelse på 200 mio. EUR (klausul i aftalens punkt 16) efter at have meddelt sidstnævnte opsigelsen af aftalen.
- 346 Denne kontraktlige forpligtelse skyldes parternes vilje til efter deres eget skøn mellem hinanden at fordele risikoen for, at den påtænkte transaktion ikke opnåede Kommissionens forudgående godkendelse, hvilken risiko, som Domstolen har fastslået, er en iboende del af enhver fusionskontrolprocedure (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Kommissionen mod Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 203).

- 347 Det er tidligere fastslået, at de skadevoldende virkninger af kontraktlige forpligtelser, som adressaten for Kommissionens afgørelse frit har aftalt, ikke kunne være den afgørende årsag til den skade, der er lidt som følge af de ulovligheder, hvormed denne afgørelse er behæftet (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Kommissionen mod Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 205).
- 348 Når en afgørelse, der pålægger betaling af en bøde, tillader en mulighed for at stille sikkerhed for at sikre denne betaling og morarenter indtil udfaldet af en påklage af afgørelsen, følger tabet, der består af omkostninger ved sikkerhedsstillelsen, ikke af denne afgørelse, men af den berørtes eget valg om at stille sikkerhed i stedet for umiddelbart at overholde forpligtelsen til tilbagebetaling. Under disse omstændigheder fastslog Domstolen, at der ikke var nogen direkte årsagsforbindelse mellem den adfærd, som Kommissionen var blevet foreholdt, og det angivelige tab (jf. i denne retning dom af 28.2.2013, Inalca og Cremonini mod Kommissionen, C-460/09 P, EU:C:2013:111, præmis 118 og 120, og af 21.4.2005, Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, T-28/03, EU:T:2005:139, præmis 123, samt kendelse af 12.12.2007, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, T-113/04, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:377, præmis 38).
- 349 Denne løsning finder anvendelse, når den angivelige skade under tilsvarende omstændigheder ikke skyldes garantistillelsen, men at garantien opretholdes, idet en sådan skade skyldes virksomhedens eget valg om ikke at ophæve garantien på trods af de deraf følgende økonomiske konsekvenser (jf. i denne retning dom af 13.12.2018, Den Europæiske Union mod Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, præmis 59).
- 350 Eftersom UPS' betaling af en opsigelsesgodtgørelse på 200 mio. EUR til TNT følger direkte aftalen mellem disse to virksomheder, er det ikke godtgjort, at tilsidesættelsen af UPS' proceduremæssige rettigheder eller andre tilsidesættelser, som selskabet har påberåbt sig, er den afgørende årsag. Derfor skal kravet om erstatning for denne skade forkastes.
- 351 Hvad endelig angår skaden som følge af manglende indtægter, der er lidt som følge af, at det ikke var muligt at gennemføre den påtænkte transaktion, har UPS efter Rettens skriftlige og mundtlige spørgsmål præciseret, at denne skade svarer til nettoværdien af de synergier, som selskabet forventede at opnå med denne transaktion, eller i det mindste til den fortabte chance for at opnå sådanne synergier.
- 352 Kommissionen har fremsat en formalitetsindsigelse vedrørende argumentationen om den fortabte chance og har gjort gældende, at stævningen ikke var støttet på et sådant udsagn, men på visheden om at være blevet hindret i den indtjening, som måtte følge af de forventede synergier.
- 353 Som det fremgår af stævningen, har sagsøgeren gjort gældende, at såfremt en eller flere af de anførte tilsidesættelser ikke var blevet begået, ville selskabet have erhvervet TNT og opnået fordelene ved transaktionen. Selskabet har således påberåbt sig en skade svarende til »1,638 mia. EUR, der afspejler værdien, efter skat, af de mistede omkostningssynergier efter forbuddet mod transaktionen«. Sagsøgerens erstatningspåstand er således baseret på den overbevisning, at de ulovligheder, hvormed den omtvistede afgørelse er behæftet, hindrede selskabet i at erhverve TNT inden for rammerne af den pågældende fusion. En sådan påstand skal fortolkes således, at den ikke har til formål at opnå erstatning for den mistede mulighed for at indgå nævnte transaktion, men for fortabelsen af visse omkostningssynergier. Dette drages ikke i tvivl ved, at sagsøgeren som svar på et spørgsmål fra Retten har angivet, at erstatningspåstanden til en vis

grad omfattede fortabelsen af en chance. Denne nye skade er således fremsat for sent og skal derfor afvises (jf. i denne retning dom af 20.9.2011, *Evropaïki Dynamiki mod EIB*, T-461/08, EU:T:2011:494, præmis 210).

- 354 Med hensyn til den økonomiske skade forbundet med de manglende indtægter, som UPS har krævet erstatning for, er det afgørende, om tilsidesættelsen af selskabets proceduremæssige rettigheder er årsag til skaden.
- 355 Det kan ikke antages, at fusionen uden tilsidesættelsen af UPS' proceduremæssige rettigheder ville være blevet erklæret forenelig med det indre marked. Undersøgelsen af årsagsforbindelsen kan nemlig ikke tage udgangspunkt i den forkerte forudsætning om, at institutionen i tilfælde af, at den ulovlige retsakt ikke havde foreligget, ikke ville have foretaget sig noget eller ville have udstedt en retsakt med det modsatte indhold – hvilket ligeledes ville kunne have udgjort en ulovlig handling fra institutionens side – men skal tage udgangspunkt i en sammenligning af den situation, forseelsen har bragt den berørte part i, og den situation, denne ville have befundet sig i, hvis institutionens adfærd havde været i overensstemmelse med retsreglerne (dom af 11.7.2007, *Schneider Electric mod Kommissionen*, T-351/03, EU:T:2007:212, præmis 264).
- 356 Den omstændighed, at den manglende meddelelse af den økonometriske model førte til annullation af den omtvistede afgørelse, betyder således ikke, at Kommissionen uden denne uregelmæssighed havde været forpligtet til at erklære transaktionen mellem UPS og TNT forenelig med det indre marked.
- 357 Når der er tale om en tilsidesættelse af retten til forsvar, der påvirker en afgørelse, hvorved en fusion erklæres uforenelig med det indre marked, skal det ikke forudsættes, at den anmeldte transaktion udtrykkeligt eller stiltiende ville være blevet erklæret forenelig med det indre marked, hvis tilsidesættelsen ikke havde foreligget, men fastslås, hvilke virkninger den konstaterede fejl kan have haft for afgørelsens indhold. For at afgøre, om der er en tilstrækkelig årsagsforbindelse mellem den påviste tilsidesættelse og den anførte skade, skal det derfor fastslås, hvilken indvirkning tilsidesættelsen af retten til forsvar havde for fortsættelsen af fusionskontrolproceduren (jf. i denne retning dom af 11.7.2007, *Schneider Electric mod Kommissionen*, T-351/03, EU:T:2007:212, præmis 266 og 268).
- 358 Selv om de anførte fejl ved udformningen af den valgte økonometriske model i det foreliggende tilfælde kunne bidrage til at svække dennes bevisværdi, har sagsøgeren hverken godtgjort eller fremlagt oplysninger, der giver Retten mulighed for med den fornødne sikkerhed at konkludere, at disse fejl var tilstrækkelige til at, at hele den økonomiske analyse af transaktionen mellem UPS og TNT og konstateringen om en betydelig hindring for den effektive konkurrence var ugyldige. Hertil kommer, som det fremgår af præmis 216-226 ovenfor, at Kommissionens afgørelse om ikke at godkende den påtænkte fusion er støttet på en økonomisk analyse af flere elementer og ikke alene på analysen gennemført på grundlag af den anvendte økonometriske model. Det kan derfor ikke fastslås, at denne tilsidesættelse af retten til forsvar havde en afgørende indvirkning på udfaldet af proceduren for kontrol med den påtænkte transaktion.
- 359 Ud over de ovenfor anførte betragtninger skal det bemærkes, at en afgørelse om uforenelighed med det indre marked i alle tilfælde er underlagt Unionens retsinstitutters prøvelsesret (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, *Kommissionen mod Schneider Electric*, C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 203).

- 360 Artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 139/2004 foreskriver, at såfremt Kommissionens afgørelse annulleres ved en retsafgørelse, skal fusionen på ny behandles af denne institution med henblik på vedtagelse af en afgørelse efter forordningens artikel 6, stk. 1. Denne mekanisme sikrer således, at den virksomhed, der har anmeldt fusionen, som fuldbyrdelse af retsafgørelsen kan opnå en ny vurdering af den anmeldte fusion, idet denne transaktion under alle omstændigheder ikke kan gennemføres uden Kommissionens forudgående kontrol.
- 361 Såfremt den virksomhed, der har anmeldt fusionen, opgiver denne uden at afvente en ny afgørelse fra Kommissionen efter den genoptagne procedure, er denne opgivelse den direkte årsag til, at transaktionen ikke blev til noget, og til de økonomiske følger heraf. Det var den situation, der lå til grund for dom af 16. juli 2009, Kommissionen mod Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). I denne sag foretrak den virksomhed, der havde anmeldt fusionen, efter at Retten annullerede afgørelsen om uforenelighed med det indre marked, at opgive den påtænkte fusion inden afslutningen af den genoptagne procedure. Retten fastslog således, at den direkte årsag til skaden vedrørende den mindre værdi af salget, der blev lidt efter den negative afgørelse og en afgørelse om deling, var beslutningen truffet af den virksomhed, der havde anmeldt fusionen, om at lade det pågældende salg få virkning af frygt for, at virksomheden ikke som led i genoptagelsen af proceduren ville opnå en afgørelse, som fastslog, at fusionen var forenelig med det indre marked (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Kommissionen mod Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 202-205).
- 362 I det foreliggende tilfælde følger det af artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 139/2004, at Kommissionen efter annullationen af den omtvistede afgørelse burde have genoptaget proceduren for kontrol med transaktionen mellem UPS og TNT og, til fuldbyrdelse af dom af 7. marts 2017, United Parcel Service mod Kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), have meddelt UPS den økonometriske model, som denne institution ville anvende til en kvantificering af fusionens forventede virkning på priserne. Kommissionen skulle ligeledes fortsat have kompetence til at kontrollere den anmeldte transaktion. Uden en fusion har Kommissionen nemlig ikke kompetence til at vedtage en afgørelse i medfør af forordning nr. 139/2004 (jf. i denne retning dom af 28.9.2004, MCI mod Kommissionen, T-310/00, EU:T:2004:275, præmis 96).
- 363 Fusionsaftalen pålagde ikke alene UPS at meddele Kommissionens negative afgørelse, som var til hinder for opfyldelsen af den suspensive betingelse, som overtagelsestilbuddet var underlagt, men denne aftale (klausul i aftalens punkt 2.10.b) foreskrev ligeledes, at UPS i et sådant tilfælde, efter eget skøn og med forbehold for samtykke fra den nederlandske finansmarkedsmyndighed, kunne udvide sit oprindelige tilbud med en eller flere perioder af en varighed, som parterne med rimelighed fandt nødvendig for, at den suspensive betingelse ved Kommissionens erklæring om forenelighed med det indre marked var opfyldt. Fusionsaftalen gav således UPS mulighed for, efter eget skøn, at forlænge sit tilbud på TNT, såfremt transaktionen blev erklæret uforenelig med det indre marked.
- 364 UPS meddelte ved pressemeddelelse af 14. januar 2013, at Kommissionen havde oplyst selskabet om, at denne institution havde til hensigt at forbyde den påtænkte transaktion. I pressemeddelelsen bragte UPS udsagn fra sin øverste direktør, hvorved det entydigt anførtes, at det blev besluttet at opgive den påtænkte transaktion. Efter vedtagelsen af den omtvistede afgørelse meddelte UPS ved en anden pressemeddelelse af 30. januar 2013, dels at selskabet trak sit tilbud på TNT tilbage, dels at de to virksomheder havde besluttet at ophæve deres fusionsaftale.

- 365 På denne baggrund skal det fastslås, at UPS gav afkald på at erhverve TNT den 14. januar 2013, dvs. mere end to år, inden FedEx meddelte sit overtagelsestilbud på TNT. Disse forhold viser ligeledes, at UPS aldrig genovervejede dette afkald. UPS fremsatte ikke et nyt tilbud på TNT efter den omtvistede afgørelse og reagerede heller ikke på FedEx' tilbud ved at afgive et konkurrerende tilbud. Selv hvis det antages, at den uregelmæssighed, som Kommissionen begik ved vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, kunne have forårsaget manglende indtægter for UPS, bevirkede den omstændighed, at selskabet gav afkald på den påtænkte transaktion fra tidspunktet for meddelelsen af den omtvistede afgørelse, således, at enhver direkte årsagsforbindelse mellem denne uregelmæssighed og den anførte skade blev brudt.
- 366 UPS har imidlertid gjort gældende, at da Retten annullerede den omtvistede afgørelse, var det for sent at afgive et nyt tilbud, idet FedEx i mellemtiden havde erhvervet TNT. Det er selskabets opfattelse, at den retslige procedure ikke er egnet til undersøgelsen af afgørelser om fusionskontrol.
- 367 Den omstændighed, at den omtvistede afgørelse blev annulleret efter FedEx' erhvervelse af TNT, har imidlertid ingen betydning for den angivelige årsagsforbindelse mellem den konstaterede proceduremæssige ulovlighed og den anførte skade. Ud over den omstændighed, at UPS opgav sin planlagte erhvervelse af TNT mere end to år, inden FedEx meddelte sit tilbud på TNT, og på intet tidspunkt fremsatte et konkurrerende tilbud, skal det fremhæves, at UPS, henset til erstatningssøgsmålets selvstændige karakter, på ingen måde var forpligtet til først at anlægge et annulationssøgsmål.
- 368 I retsmødet har UPS i øvrigt gjort gældende, at selskabet ikke kunne fortsætte fusionen med TNT efter Kommissionens afslag, under hensyn til nederlandsk lovgivning om offentlige overtagelsestilbud. Det skal imidlertid bemærkes, at UPS' argumentation herom ikke er underbygget, eftersom selskabet ikke har fremlagt nogen national lovtekst til støtte herfor, og det kan derfor ikke konkluderes, at selskabet var tvunget til, uafhængigt af sin egen vilje, at opgive fusionen med TNT.
- 369 Hvad angår UPS' kritik af Unionens domstolssystem generelt og af effektiviteten af retsmidlerne på området for fusionskontrol i særdeleshed er den ikke støttet på nogen retlig argumentation. For så vidt som denne kritik kan forstås således, at UPS har tilsigtet at kritisere lovligheden af det system af retsmidler, som er indført ved EUF-traktaten, idet dette system ikke sikrer selskabet en effektiv retsbeskyttelse som omhandlet i chartrets artikel 47, er det tilstrækkeligt at bemærke, at den omstændighed, at sagsøgeren ikke kan godtgøre, at EU-institutionerne har handlet retsstridigt, en angivelig skade og en årsagsforbindelse mellem en sådan handling og en sådan skade, ikke er ensbetydende med, at vedkommende er blevet frataget en effektiv retsbeskyttelse (jf. i denne retning dom af 12.9.2006, Reynolds Tobacco m.fl. mod Kommissionen, C-131/03 P, EU:C:2006:541, præmis 84).
- 370 Det tilkommer i øvrigt alene medlemsstaterne at foretage en reform af det domstolssystem, der er fastsat i traktaten, idet en sådan beføjelse overstiger de kompetencer, som Unionens retsinstanser er tillagt ved traktaten (jf. i denne retning dom af 25.7.2002, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, C-50/00 P, EU:C:2002:462, præmis 44 og 45, og kendelse af 24.11.2016, Petraitis mod Kommissionen, C-137/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:904, præmis 24).

- 371 Det følger af disse elementer, at det ikke er godtgjort, at tilsidesættelsen af UPS' proceduremæssige rettigheder eller de øvrige tilsidesættelser, som dette selskab har anført, er den afgørende årsag til selskabets angivelige manglende indtægter. Derfor skal kravet om erstatning for denne skade forkastes.
- 372 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal Kommissionen frifindes i det hele.

IV. Sagsomkostninger

- 373 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til dette reglements artikel 135, stk. 2, kan Retten pålægge endog en vindende part helt eller delvist at betale sagsomkostningerne, såfremt det synes berettiget, henset til denne parts forhold, også forud for sagsanlægget, og navnlig såfremt denne har påført modparten udgifter, som Retten finder er påført unødvendigt eller af ond vilje.
- 374 Ifølge fast retspraksis skal procesreglementets artikel 135, stk. 2, finde anvendelse, når en af Unionens institutioner eller et af dens kontorer eller agenturer ved sin adfærd har bidraget til, at en tvist er opstået (dom af 8.7.2015, *European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Kommissionen*, T-536/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:476, præmis 391, og af 23.4.2018, *CRM mod Kommissionen*, T-43/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:208, præmis 105). I det foreliggende tilfælde har Kommissionen ved ikke at meddele UPS den endelige udgave af den økonometriske model, der blev valgt til støtte for den omtvistede afgørelse, stillet selskabet i en situation, hvor det ikke fik mulighed for at få kendskab til den metodologi, som Kommissionen lagde til grund for kvantificeringen af den påtænkte fusions forventede virkninger på prisniveauet. Efter at have opnået annullationen af den omtvistede afgørelse har UPS anlagt nærværende søgsmål med påstand om erstatning for den skade, som selskabet mener at have lidt. Selv om UPS har tabt sagen, har selskabet imidlertid godtgjort, at Kommissionen begik en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af dets proceduremæssige rettigheder. På denne baggrund pålægges Kommissionen i medfør af procesreglementets artikel 135, stk. 2, at bære sine egne omkostninger samt at betale en tredjedel af de af UPS afholdte omkostninger, og UPS pålægges at bære to tredjedele af sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Syvende Udvidede Afdeling):

- 1) Europa-Kommissionen frifindes.**
- 2) Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler en tredjedel af de af United Parcel Service, Inc. afholdte omkostninger.**
- 3) United Parcel Service bærer to tredjedele af sine egne omkostninger.**

Papasavvas

da Silva Passos

Reine

Truchot

Sampol Pucurull

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. februar 2022.

Underskrifter

Indhold

I.	Sagens baggrund	2
II.	Retsforhandlinger og parternes påstande	3
III.	Retlige bemærkninger	4
	A. Formaliteten vedrørende visse anbringender, argumenter og beviser	4
	1. Uklarheden af UPS' argumentation	4
	2. Tilsidesættelse af procesreglementets artikel 76, litra d)	5
	a) Formaliteten vedrørende UPS' argumentation om en tilsidesættelse af proceduremæssige rettigheder	6
	b) Formaliteten vedrørende UPS' argumentation om et urigtigt skøn vedrørende fusionens virkninger på priserne	6
	1) Stævningens punkt 34-37	6
	2) Henvisningen til bilag A.12 til stævningen	7
	3) Henvisningen til bilag A.8 og A.9 til stævningen samt bilag C.1 og C.2 til replikken	8
	4) Stævningens punkt 84	8
	c) Formaliteten vedrørende UPS' argumentation om et urigtigt skøn vedrørende effektivitetsgevinsterne	9
	1) Stævningens punkt 46	9
	2) Henvisningen til bilag C.6 til replikken	10
	3) Henvisningen til bilag C.7 og C.37 til replikken	10
	3. Tilsidesættelse af procesreglementets artikel 85	11
	a) Formaliteten vedrørende bilag C.6, C.7 og C.37 til replikken	11
	b) Formaliteten vedrørende de økonometrisagkyndiges erklæringer, som Kommissionen har fremlagt	12
	B. Realiteten	13
	1. Betingelserne for Unionens ansvar uden for kontraktforhold	13
	2. De angivelige ulovligheder	15
	a) Tilsidesættelse af UPS' proceduremæssige rettigheder	15

1) Den manglende meddelelse af den valgte økonometriske model	15
2) Den manglende meddelelse af kriterierne for vurderingen af effektivitetsgevinsterne	20
3) Den manglende meddelelse af visse af FedEx' fortrolige dokumenter	23
i) Aktindsigten i FedEx' 484 fortrolige interne dokumenter, som blev føjet til sagsakterne den 10. august 2012	26
ii) Aktindsigt i de dokumenter, som FedEx fremsendte den 9. og den 15. november 2012	28
b) Tilsidesættelse af begrundelsespligten	30
c) Urigtige skøn vedrørende den påtænkte transaktion	31
1) Analysen af fusionens virkninger på priserne	31
i) Den manglende hensyntagen til visse oplysninger om FedEx	31
ii) Fejl i Kommissionens udformning af den økonometriske model	32
2) Effektivitetsgevinsterne	37
i) Indledende bemærkninger	37
ii) Vurderingen af de af UPS anførte effektivitetsgevinster	38
– Luftfartsnet og groundhandling i Europa (fjerde år)	39
– Administrative omkostninger	39
– Transatlantisk lufttransport	40
– Transport for tredjeparter	41
– Vejtransport på netværksruter	41
– Faciliteterne	43
– PUD-netværket	44
– De eksterne leverandører af tjenesteydelser	46
3) Den forskellige behandling i forhold til transaktionen mellem FedEx og TNT	47
4) FedEx' situation	49
i) Konkurrencetætheden mellem FedEx og UPS	49
ii) FedEx' udvidelsesplaner	51

– FedEx’ udvikling i Europa	51
– Forskellen i omkostninger mellem FedEx og konkurrenterne	52
– Den forventede forøgelse af FedEx’ mængde	53
– De lande, som FedEx rettede sig mod under den første fase af sine udvidelsesplaner	54
– De af FedEx dækkede bestemmelsessteder	54
– Analysen land for land	55
d) Konklusionerne om de angivelige ulovligheder	55
3. Årsagsforbindelsen	55
IV. Sagsomkostninger	61