



## Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

7. marts 2017\*

»Konkurrence — fusioner — forordning (EF) nr. 139/2004 — internationale tjenesteydelser med ekspresudbringning af småpakker i EØS — UPS' overtagelse af TNT Express — afgørelse, der erklærer fusionen uforenelig med det indre marked — sandsynlige virkninger på prisen — økonometrisk analyse — retten til forsvar«

I sag T-194/13,

**United Parcel Service, Inc.**, Atlanta, Georgia (De Forenede Stater), først ved solicitors A. Ryan og B. Graham samt advokaterne W. Knibbeler og P. Stamou, derefter ved A. Ryan, W. Knibbeler og P. Stamou samt advokaterne A. Pliego Selie, F. Hoseinian og P. van den Berg,

sagsøger,

mod

**Europa-Kommissionen** først ved T. Christoforou, N. Khan, A. Biolan, N. von Lingen og H. Leupold, derefter ved T. Christoforou, N. Khan, A. Biolan og H. Leupold, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

**FedEx Corp.**, Memphis, Tennessee (De Forenede Stater), først ved barrister F. Carlin, solicitor G. Bushell og advokat Q. Azau, derefter ved barrister F. Carlin, solicitor G. Bushell og advokat N. Niejahr,

intervenient,

angående et søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af 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),

har

RETTE (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Prek, og dommerne I. Labucka (refererende dommer) og V. Kreuschitz,

justitssekretær: fuldmægtig L. Grzegorzcyk,

\* Processprog: engelsk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. april 2016,  
afsagt følgende

## Dom

### **Twistens baggrund**

#### *. 1 Fusionens parter*

- 1 United Parcel Service, Inc. (herefter »UPS« eller »sagsøgeren«) og TNT Express NV (herefter »TNT«) opererer på verdensplan i sektoren for specialiserede tjenesteydelser med transport og logistik.
- 2 Inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) opererer UPS og TNT (herefter samlet benævnt »fusionsparterne«) på markedet for internationale tjenesteydelser med ekspresudbringning af småpakker.
- 3 I forbindelse med disse tjenesteydelser forpligter tjenesteyderen sig til at udbringe småpakker i et andet land inden for én dag.
- 4 De leveres af internationale netværk for distribution med fly eller over land, som er baseret på integration af et vist antal aktiver (bl.a. lokale sorteringscentraler, land- og luftplatforme, køretøjer og fly).
- 5 Inden for EØS opererer FedEx Corp. (herefter »FedEx« eller »intervenienten«) og DHL ligeledes på markederne for disse tjenesteydelser.

#### *. 2 Den administrative procedure*

- 6 Den 15. juni 2012 anmeldte sagsøgeren sin påtænkte overtagelse af TNT (herefter »fusionen«) til Europa-Kommissionen i medfør af artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 24, s. 1, herefter »fusionsforordningen«), som gennemført ved Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 21. april 2004 (EUT 2004, L 133, s. 1).
- 7 Med fusionen påtænkte UPS at erhverve kontrollen med hele TNT som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), med et offentligt overtagelsestilbud i henhold til nederlandsk ret.
- 8 Ved afgørelse af 20. juli 2012 fandt Kommissionen, at fusionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med det indre marked, og besluttede at indlede proceduren med en tilbundsående undersøgelse i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c).
- 9 Den 26. juli og den 5. september 2012 forlængede Kommissionen fristen for at vedtage en endelig afgørelse med 10 arbejdsdage i henhold til fusionsforordningens artikel 10, stk. 3, andet afsnit.
- 10 Den 19. oktober 2012 tilsendte Kommissionen parterne en klagepunktsmeddelelse i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 18.
- 11 Fusionsparterne besvarede klagepunktsmeddelelsen den 6. november 2012.

- 12 Den 12. november 2012 afholdtes en høring, hvorunder sagsøgeren, bistået af sine eksterne økonomiske rådgivere, blev hørt.
- 13 Endvidere fik tredjeparter, der godtgjorde, at de havde en tilstrækkelig interesse i sagen, herunder DHL og FedEx, lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger.
- 14 Under den administrative procedure deltog FedEx desuden i flere møder med Kommissionen og fremsendte den forskellige bemærkninger og interne dokumenter.
- 15 Kommissionen tillod sagsøgerens eksterne juridiske rådgivere i et datarum den 26. og den 29. oktober 2012 at foretage en undersøgelse af fortrolige uddrag af de interne dokumenter, som FedEx havde fremsendt.
- 16 Den 29. november 2012 fremlagde sagsøgeren i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, en første række korrigerende foranstaltninger, der havde til formål at gøre fusionen forenelig med det indre marked.
- 17 Den 16. december 2012 foreslog sagsøgeren en anden række korrigerende foranstaltninger.
- 18 Kommissionen fremsendte den 21. december 2012 en sagsfremstillingsmeddelelse til sagsøgeren.
- 19 Den 3. januar 2013 foreslog sagsøgeren en tredje række korrigerende foranstaltninger.
- 20 Ved afgørelse C(2013) 431 af 30. januar 2013 fastslog Kommissionen, at den anmeldte fusion var uforenelig med det indre marked og EØS-aftalen (sag COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

### ***. 3 Den anfægtede afgørelse***

- 21 Ved den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen, at fusionen var uforenelig med det indre marked og med aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde i medfør af fusionsforordningens artikel 8, stk. 3, idet den fandt, at fusionen ville medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence i 15 medlemsstater af EØS, men ikke i 14 andre stater.
- 22 I den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen betragtninger om de relevante markeder, om fusionens konkurrencemæssige virkninger og om fusionsparternes tilsagn.

### ***Markederne***

#### ***Udbuddet***

- 23 I 17.-35. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at fusionen ikke ville medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence på markederne for luftfragt, speditører og kontraktlogistik.
- 24 I den anfægtede afgørelse beskrev Kommissionen erhvervsgrenen for transport af småpakker (36.-48. betragtning) og undersøgte stordriftsfordelene ved de pågældende tjenesteydelser i betragtning af netværkenes tæthed og omfanget af de dækkede områder (49.-56. betragtning).

- 25 I 57.-60. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævede Kommissionen, at de pågældende tjenesteydelser var meget forskellige med hensyn til leveringsfrist, geografisk dækning ved afgang og ankomst og kvalitet hvad angår pålidelighed, sikkerhed, tidspunkter, tjenesteydelsens altomfattende karakter og muligheden for sporing.
- 26 I den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen markedet for transport af småpakker ud fra udbuddet og udskilte kurervirksomhederne, idet den præciserede kendetegnene ved disse således:
- »(62) »Kurervirksomheder« er kendetegnet ved fem grundelementer: for det første, at de ejer alle transportmidlerne eller har fuldstændig operationel kontrol med disse, herunder et luftfartsnetværk med regelmæssige fly, hvormed en stor del af de mængder, som selskabet behandler, transporteres. For det andet en tilstrækkelig geografisk dækning på verdensplan. For det tredje en stjerneformet model med knudepunkter (»hub and spoke«). For det fjerde et eksklusivt it-netværk, således at alle de relevante oplysninger går igennem et netværk. For det femte og sidste har kurervirksomhederne ry for på pålidelig vis at levere pakkerne til tiden (den såkaldte »end-to-end«-pålidelighed). Der findes fire kurervirksomheder på verdensplan, som alle opererer i Europa: UPS, TNT, DHL og FedEx.
- (63) Det, der i det væsentligste adskiller en kurervirksomhed, er, at den har operationel kontrol over hele logistikken for levering af småpakkerne fra oprindelsesstedet til bestemmelsesstedet (herunder luftfragten), hvorfor den kan sikre levering i overensstemmelse med en tidsmæssig forpligtelse. Kurervirksomheden handler med afsenderen, bruger sine egne ressourcer til at levere alle de forskellige etaper i transportkæden og leverer forsendelsen til modtageren. Ejerskabet eller i hvert fald den operationelle kontrol med alle de ressourcer, som er nødvendige for at gennemføre en levering, betyder, at der er færre etaper i den ellers meget lange kæde af berørte virksomheder.«
- 27 I denne kategori placerede Kommissionen UPS (64.-67. betragtning), TNT (68.-71. betragtning), DHL (73.-77. betragtning) og FedEx (78.-81. betragtning).
- 28 Kommissionen sondrede mellem for det første kurervirksomhederne, for det andet de historiske operatører, herunder Royal Mail, La Poste, PostNL og Austrian Post, der ligeledes opererer på grundlag af internationale netværk (82.-84. betragtning), for det tredje de nationale virksomheder for transport af småpakker, som ligeledes – i mindre omfang end kurervirksomhederne og på grundlag af partnerskaber – opererer på markederne for de pågældende tjenesteydelser (85. og 86. betragtning), for det fjerde de speditører, der ligeledes opererer på disse markeder, ofte ved at give disse aktiviteter i underentreprise til kurervirksomhederne (87. betragtning), for det femte de mindste postvirksomheder, der opererer på grundlag af privilegerede forbindelser med lokale kunder (88. betragtning) og for det sjette de virksomheder, som blot er mellemmand, og som videresælger de pågældende tjenesteydelser (89. betragtning).

#### *Efterspørgslen*

- 29 I 90.-94. betragtning til den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen markedet for tjenesteydelser med transport af småpakker ud fra efterspørgslen, idet den herved bemærkede, at der var en stor opdeling. Den anførte således, at efterspørgslen bestod af lejlighedsvis kunder og af store internationale kunder, hvor de sidstnævnte udgjorde en betydelig del af leverandørernes omsætning på de pågældende markeder. Kommissionen anførte ligeledes, at efterspørgslen bestod af ekspresttjenester og forskudte tjenesteydelser, og at den kunne variere meget hvad angår forløbet. Endelig præciserede Kommissionen, at efterspørgslen bestod af anvendelse af en enkelt eller flere leverandører alt efter de pågældende tjenesteydelser og efter kundernes størrelse og præferencer, idet små kunder generelt

foretrak en enkelt leverandør til alle tjenesteydelserne (gruppering), hvorimod storkunder enten benyttede den samme leverandør til alle tjenesteydelserne (gruppering) eller forskellige leverandører til forskellige tjenesteydelser eller endda forskellige leverandører til de samme tjenesteydelser.

- 30 I 95. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at det fremgik af dens markedsundersøgelser, at anvendelsen af en enkelt leverandør til alle tjenesteydelserne (gruppering) ikke var den fremherskende tendens.
- 31 I 96. betragtning til den anfægtede afgørelse præciserede Kommissionen, at den ikke i klagepunktsmeddelelsen havde fremlagt detaljer for dens markedsundersøgelser, eftersom resultaterne ikke var overbevisende nok til at kunne fastslå en generel tendens, undtagen det forhold, at storkunder havde tendens til at benytte forskellige leverandører.
- 32 I 97. betragtning til den anfægtede afgørelse afviste Kommissionen fusionsparternes argument om, at anvendelsen af en enkelt leverandør til alle tjenesteydelserne skabte et konkurrencepres på prisen for hver tjenesteydelse.

#### *Prisfastsættelsen*

- 33 I 98.-151. betragtning til den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen prisfastsættelsen på markedet for tjenesteydelser med transport af småpakker.
- 34 Kommissionen henviste til eksistensen af individuelle forhandlinger for de fleste kunder (114. og 115. betragtning), betydningen af hver klients profil (116.-123. betragtning), hensyntagen til konkurrencepresset og kundernes vilje (124.-131. betragtning) og til den omstændighed, at prisforskellene ikke fuldt ud kunne forklares ved forskellene i omkostninger (132.-134. betragtning).
- 35 Efter at have redegjort for fusionsparternes opfattelse (135.-147. betragtning) konkluderede Kommissionen, at der forelå differentierede priser (148.-151. betragtning).

#### *Afgrænsningen af det relevante marked*

- 36 I den anfægtede afgørelse afgrænsede Kommissionen det relevante marked materielt og geografisk hvad angår de pågældende tjenesteydelser, nemlig transport af småpakker — og ikke fragt — (152.-164. betragtning) fra et land til et andet inden for EØS — og ikke national transport eller international transport uden for EØS — (165.-187. betragtning) ekspres — og ikke forskudt transport — (188.-226. betragtning), uanset den tilbagelagte distance (227.-231. betragtning) og tjenesteydelsens kvalitet (232.-237. betragtning), idet kontrakterne blev forhandlet på nationalt plan for denne type tjenesteydelser (239.-243. betragtning).
- 37 Kommissionen fastslog således, at de i denne sag omhandlede tjenesteydelser var internationale tjenesteydelser med ekspresudbringning af småpakker inden for EØS (herefter »de omhandlede tjenesteydelser«).

#### *Fusionens virkninger på konkurrencen*

- 38 Indledningsvis og for at sammenfatte sin samlede vurdering anførte Kommissionen følgende i 244. betragtning til den anfægtede afgørelse:
- »(244) Selv om de relevante geografiske markeder er nationale, er det hensigtsmæssigt først at undersøge markedet for ekspresudbringning af småpakker inden for EØS ud fra et paneuropæisk synspunkt. Ekspresudbringning inden for EØS er en netværksindustri, der, som

UPS har anerkendt, kræver, at operatørerne sikrer, at de er til stede i alle lande. Denne tilstedeværelse kræver igen investeringer i hele værdikæden (afhentning, sortering, strækingsdrift, knudepunkter, lufttransportnetværk, fly og levering). Selv om disse investeringer kan nedsættes ved at udlicitere dele af værdikæden til tredjeparter, resulterer dette i manglende kontrol over værdikæden og i sidste ende over kvaliteten af tjenesteydelserne og den operationelle effektivitet. De selskaber, som udbyder tjenesteydelser af høj kvalitet inden for erhvervsgrenen for ekspresudbringning inden for EØS med et homogent eksprestransportnetværk, der dækker alle landene i EØS, er kurervirksomhederne, som har den snævraste kontrol over deres netværk. Ikke-kurervirksomhederne er som sådan ikke i stand til at udøve et tilstrækkeligt konkurrencepres på kurervirksomhederne. Den mindste kurervirksomhed på det europæiske marked, FedEx, udøver ikke et tilstrækkeligt konkurrencepres på fusionsparterne og DHL. Endvidere synes det ikke tilstrækkeligt sandsynligt, at de eksisterende operatører, som f.eks. FedEx, vil kunne ekspandere eller indtræde på markedet i tilstrækkeligt omfang eller hurtigt nok til at opveje de forventede skadevirkninger af konkurrencetabet forårsaget af fusionen. Desuden synes hverken købekraften eller afkastet at være tilstrækkelige til at opveje konkurrencetabet inden for en relevant frist med henblik på vurderingen af denne fusion.«

#### *Ikke-kurervirksomhederne*

- 39 I 245.-510. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at de virksomheder, som ikke rådede over et integreret netværk til udbringning af småpakker (herefter »ikke-kurervirksomhederne«), udøvede et beskedent konkurrencepres.

#### *– La Postes og Royal Mails datterselskaber*

- 40 Hvad angår La Postes datterselskab, DPD, og Royal Mails datterselskab, GLS, lagde Kommissionen vægt på deres begrænsede dækning (253.-284. betragtning), på kundernes indtryk hvad angår alternative tilbud til kurervirksomhedernes tilbud (285.-295. betragtning), navnlig for så vidt angår tjenesteydelsernes kvalitet (396.-411. betragtning), bl.a. vedrørende leveringsfristerne (412.-420. betragtning), deres fravær på langdistancemarkederne (296.-309. betragtning) og deres landevejsnetværk, som kun gav dem mulighed for en eksprestjeneste på korte distancer (310.-318. betragtning).
- 41 Kommissionen fandt ligeledes, at leveringen af den pågældende tjenesteydelse under anvendelse af underleverandører til lufttransport udviste strukturelle ulemper i forhold til kurervirksomhederne (319.-374. betragtning), og at det var usandsynligt, at La Postes datterselskab, DPD, og Royal Mails datterselskab, GLS, ville udvide deres geografiske dækning (375.-395. betragtning).
- 42 På grundlag af sine markedsundersøgelser fandt Kommissionen, at fusionsparternes kunder anvendte DPD og GLS for nationale tjenesteydelser og standardtjenesteydelser (421.-423. betragtning), idet de oplysninger, som fusionsparterne havde fremlagt om anvendelsen af flere leverandører, bekræftede, at tilstedeværelsen af La Postes og Royal Mails datterselskaber var begrænset på markederne for de omhandlede tjenesteydelser (424.-426. betragtning).
- 43 Til støtte for sin analyse lagde Kommissionen vægt på empiriske beviser for tilstedeværelsen af og aktiviteterne for La Postes og Royal Mails datterselskaber, som fremlagt af UPS (424.-434. betragtning), af TNT (435.-439. betragtning), af FedEx og af DHL (440.-450. betragtning), med henblik på at understøtte La Postes og Royal Mails datterselskabers svage konkurrencepres (451. og 452. betragtning).

– *De øvrige postvirksomheder*

- 44 I 453.-468 betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at størstedelen, om ikke alle, postvirksomheder i Europa leverede tjenesteydelser med ekspreslevering af småpakker, men at alene udviklingen af La Postes og Royal Mails datterselskaber havde efterladt et europæisk aftryk, som gav dem mulighed for, i begrænset omfang, at konkurrere med kurervirksomhederne på markederne for de omhandlede tjenesteydelser (453. betragtning), idet disse betragtninger gælder for Austrian Post (455. betragtning), PostNL (456. betragtning), Posten Norge (457. betragtning) og PostNord (458. betragtning).
- 45 I 459. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at selv om næsten alle de offentlige postvirksomheder var medlemmer af sammenslutningen Express Mail Service (EMS), der samlede postmyndighederne som omhandlet i statuten for Verdenspostforeningen (UPU), afhang kvaliteten af deres tjenesteydelser af hver operatør, og den var under alle omstændigheder ringere end hos de kommercielle operatører.
- 46 Kommissionen fremhævede, at alle de historiske operatører ikke tilbød andre eksprestjenester inden for EØS end breve, og at de andre videresolgte tjenesteydelser udbudt af kurervirksomhederne (460. og 461. betragtning).
- 47 I 462.-466. betragtning til den anfægtede afgørelse henviste Kommissionen til markedsundersøgelser, der godtgjorde, at de virksomheder, der videresolgte tjenesteydelser udbudt af kurervirksomhederne, ikke udøvede et konkurrencepres på kurervirksomhederne.

– *Samarbejdsnetværkene*

- 48 I 469.-477. betragtning til den anfægtede afgørelse beskrev Kommissionen visse samarbejdsnetværk, der fungerede meget forskelligt, såsom NetExpress (470. betragtning) og EuroExpress (471. betragtning), som bevarede hvert medlems selvstændighed (472. betragtning) og under alle omstændigheder ikke udøvede et konkurrencepres på fusionsparterne på markederne for de omhandlede tjenesteydelser (473.-477. betragtning).

– *Speditørerne*

- 49 Efter at Kommissionen havde redegjort for UPS' opfattelse (478.-484. betragtning), lagde den til grund, at speditørerne, selv om de leverede tjenesteydelser med udbringning af småpakker, heraf nogle inden for EØS, ikke udgjorde en stærk konkurrence på disse markeder og således ikke udøvede et konkurrencepres på markederne for de omhandlede tjenesteydelser (487.-507. betragtning).

– *Konklusion vedrørende ikke-kurervirksomhederne*

- 50 I 508. og 510. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen, at landoperatørerne, de historiske operatører, samarbejdsnetværkene og speditørerne udøvede et begrænset konkurrencepres på kurervirksomhederne på markederne for de omhandlede tjenesteydelser set ud fra såvel efterspørgsel som udbud, bl.a. i betragtning af deres meget begrænsede markedsandele i forhold til kurervirksomhedernes.

### *Kurervirksomhederne*

#### *– FedEx*

- 51 I 511.-625. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at FedEx blandt kurervirksomhederne var en svag konkurrent i Europa i betragtning af selskabets omsætning på markederne for de omhandlede tjenesteydelser og dets dækning i EØS (513.-526. betragtning), dets netværk inden for EØS (528.-533. betragtning), dets ulemper hvad angår omkostninger inden for EØS (534.-546. betragtning), dets tilstedeværelse på de nationale og forskudte markeder (547.-552. betragtning), idet FedEx' styrke hovedsageligt viste sig på markederne uden for EØS (553.-564), samt kundernes opfattelse af FedEx (565.-577) og konkurrenternes opfattelse af FedEx (578.-589. betragtning), idet FedEx var svagere på markederne for de omhandlede tjenesteydelser (590.-598. betragtning).
- 52 I 599.-622. betragtning til den anfægtede afgørelse behandlede Kommissionen FedEx' udvidelse inden for EØS.
- 53 Kommissionen konkluderede i 623.-625. betragtning til den anfægtede afgørelse, at FedEx holdede konkurrencemæssigt bagefter på markederne for de omhandlede tjenesteydelser, hvilket ikke på meget kort sigt kunne forbedres af selskabets udvidelsesprojekter hvad angår dets netværks dækning og tæthed i EØS-landene med henblik på at imødegå de øvrige kurervirksomheder på deres ekspresdistributionsnetværk inden for EØS.

#### *– DHL*

- 54 I 626.-630. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævede Kommissionen, at DHL ifølge fusionsparterne var den største konkurrent i Europa på markederne for de omhandlede tjenesteydelser hvad angår markedsandele (626. betragtning), geografisk dækning (627. betragtning) samt som følge af udviklingen af dets netværkstæthed inden for EØS (628. betragtning).

### *Konkurrencetætheden*

#### *– Generelle betragtninger om UPS og TNT's konkurrencetæthed på et »differentieret marked«*

- 55 Kommissionen anførte følgende i 631.-635. betragtning til den anfægtede afgørelse:
- »(631) I dette afsnit fremlægger Kommissionen en analyse af konkurrenceforholdets tæthed, hvilken viser, at TNT og UPS reelt er tætte konkurrenter på markedet for ekspresudbringning inden for EØS. Analysen viser, at DHL ligeledes er en tæt konkurrent til parterne, hvorimod FedEx og de mest fremtrædende ikke-kurervirksomheder, DPD og GLS, er fjernere konkurrenter til parterne, hvilket godtgøres i afsnit 7.3 og 7.2.1.
- (632) Analysen er hensigtsmæssig med henblik på at afgøre, hvilke selskaber der opererer på markedet for ekspresudbringning inden for EØS, tilbyder produkter, som indbyrdes er nære alternativer, og kaster lys over omfanget af det konkurrencepres, som disse virksomheder aktuelt udøver.
- (633) En sådan analyse er særligt relevant på et opdelt marked som det omhandlede, hvor varerne og tjenesteydelserne har forskellige kendetegn. En af de væsentligste faktorer for opdelingen af markedet for ekspresudbringning inden for EØS er den dækning af oprindelses- og bestemmelsesstederne, som den enkelte transportør tilbyder (hvilket vil sige de EØS-lande, hvorfra og hvortil småpakkerne kan transporteres, og omfanget af dækningen af de geografiske områder i disse lande). Der findes ligeledes andre differentieringsfaktorer, såsom



tjenesteydelsens kvalitative kendetegn (pålidelighed, track-and-trace-systemets kvalitet og tilbud om konkrete tjenesteydelser, såsom højkvalitetslevering, levering om morgenen eller til middag eller særlig behandling).

- (634) Kombinationen af tjenesteydelsens forskellige differentieringsfaktorer med de af tilbuddet berørte tjenesteyderes kommercielle tilgang (eller en lignende udvælgelsesprocedure for forbrugerne) afgør, hvorvidt de forskellige tjenesteydere er tætte alternativer, når de konkurrerer i forhold til forbrugerne. Kommissionen har således ikke alene analyseret virksomhederne i forhold til deres grundlæggende kendetegn (som deres tjenesteydelsers dækning), men har ligeledes vurderet deres grad af substituerbarhed ud fra forbrugernes synspunkt på grundlag af alle de tilgængelige oplysninger, bl.a. forbrugernes vurdering efter markedsundersøgelserne, en analyse af udbuddet og en analyse af TNT's exit interviews.
- (635) Analysens formål er ikke alene at fastslå omfanget af konkurrencen mellem de to fusionerende virksomheder, men ligeledes at identificere de øvrige virksomheder, som aktuelt er tætte alternativer til fusionsparterne på dette opdeltede marked. Dette er i denne sag særligt relevant, eftersom de tilgængelige oplysninger antyder, at et meget begrænset antal tjenesteydere aktuelt konkurrerer tæt med hinanden på det pågældende opdeltede marked i forhold til de andre virksomheder, der er til stede på dette marked.«

*– Kundernes opfattelse ifølge markedsundersøgelserne*

- 56 I 636.-652. betragtning til den anfægtede afgørelse behandlede Kommissionen kundernes svar på dens spørgeskemaer vedrørende konkurrencetætheden på markederne for de omhandlede tjenesteydelser, som ifølge den klart godtgør en konkurrencetæthed mellem fusionsparterne og DHL.

*– Sammenligning af de bestemmelsessteder, som betjenes, og leveringsdækninger for forskellige ekspresttjenester*

- 57 I 653. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævede Kommissionen, at en af de faktorer, der mest adskilte de selskaber, som leverede de omhandlede tjenesteydelser, var omfanget af dækningen af oprindelses- og bestemmelseslandene, eftersom dette var afgørende for kundens mulighed for at sende en småpakke med en given ekspresttjeneste (tidligt om morgenen, midt på dagen eller på et hvilket som helst tidspunkt på dagen) fra et bestemt oprindelsessted til et givent bestemmelsessted.
- 58 I 654.-658. betragtning sammenlignede Kommissionen dels kurervirksomhederne indbyrdes, dels kurervirksomhederne og La Postes og Royal Mails datterselskaber for i 659. betragtning at konkludere, at fusionsparterne for kunder, der krævede en stor geografisk dækning inden for EØS for de omhandlede tjenesteydelser, højst sandsynligt var de tætteste hvad angår tjenesteydelsernes substituerbarhed.

*– Leveringstidspunkter og premiumtjenester*

- 59 I 660. og 661. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævede Kommissionen, at en anden faktor, der adskilte de selskaber, som leverede de omhandlede tjenesteydelser, var leveringstidspunkterne – idet markedet var opdelt i tre segmenter, nemlig segmentet »før kl. 10«, segmentet »før kl. 12« og segmentet »alle tidspunkter af dagen« – bl.a. vedrørende bestemte varer, hvor morgentjenester blev anset for premiumtjenester.
- 60 På grundlag af sin analyse fandt Kommissionen, at fusionsparterne konkurrerede stærkt med DHL over for ikke-kurervirksomhedernes relativt svage udbud af premiumtjenester (662.-665. betragtning).

– *Tjenesteydelseernes kvalitet*

- 61 I 666. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen, at »[f]or så vidt angår de største kurervirksomheder ligner de kvalitative kendetegn ved parternes tjenesteydelser, såsom track-and-trace eller forskellige supplerende tjenesteydelser, hinanden, til forskel fra ikke-kurervirksomhedernes (som DPD og GLS), der er fjerne alternativer til parternes tjenesteydelser i betragtning af de forskellige kvalitetskriterier, som det er forklaret i afsnittet om ikke-kurervirksomhederne (bl.a. afsnit 7.2.1.7, hvori forklares, hvorfor La Postes og Royal Mails internationale ekspresudbringningstjenester inden for EØS anses for at være fjerne alternativer til parternes tjenesteydelser i henset til de forskellige kvalitetskriterier)«.

– *Praksis med udbud*

- 62 I 667.-684. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen på grundlag af oplysninger fra UPS (668.-674. betragtning), fra TNT (675.-681 betragtning) og fra DHL (682.-684. betragtning), at fusionsparterne hvad angår praksis med udbud var konkurrencemæssigt tætte ligesom DHL, i modsætning til FedEx og ikke-kurervirksomhederne.

– *Den omstændighed, at TNT's kunder er bundet*

- 63 I 685.-701. betragtning til den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen indholdet af de af TNT arrangerede interviews med dets kunder om årsagerne til deres leverandørskifte.

– *Konklusion vedrørende konkurrencetætheden*

- 64 I 702.-711. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, idet den besvarede fusionsparternes bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen, at UPS og TNT konkurrerede tæt med DHL på markederne for de omhandlede tjenesteydelser.

*Konkurrencepressets betydning på de »meget forskellige« markeder*

- 65 I 712.-714. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at fusionen på visse markeder ville reducere antallet af leverandører, kurervirksomhederne og ikke-kurervirksomhederne, af de omhandlede tjenesteydelser fra fire til tre.
- 66 I 715.-720. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at fusionen på visse markeder ville reducere antallet af leverandører, kurervirksomhederne og ikke-kurervirksomhederne, af de omhandlede tjenesteydelser fra tre til to i betragtning af FedEx' stilling.
- 67 I 721.-726. betragtning til den anfægtede afgørelse målte Kommissionen fusionens sandsynlige virkning på priserne, og i 727.-740. betragtning redegjorde den for UPS' analyse af fusionens virkning på priserne.

*Hindringerne for adgang til og udvidelse på markederne for de omhandlede tjenesteydelser*

- 68 I 741. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen følgende:
- »(741) Adgang til eller udvidelse på markedet for ekspresudbringning i EØS skal undersøges ud fra to forskellige vinkler: udbuddet af varer og det geografiske omfang. Uanset vinklen er hindringerne for adgang eller udvidelse ensartede og kan gengives således: [E]n ny markedsdeltager på markedet for ekspresudbringning inden for EØS skal oprette i) en it-infrastruktur, ii) en sorteringsinfrastruktur i hele EØS og iii) et luftfragtsnetværk. Som det

fremgår af manglen på nye markedsdeltagere i de sidste 20 år og af resultatet af markedsundersøgelsen, er disse hindringer meget høje og kan ikke overvindes, selv ikke gennem udlicitering.«

69 Til støtte for sin vurdering påberåbte Kommissionen sig for det første manglen på nye, større markedsdeltagere i de sidste 20 år (742.-746. betragtning), for det andet vurderingen af markedet i materiel (ratione materiae) og geografisk (ratione loci) henseende (747.-750. betragtning), for det tredje en ny markedsdeltager på markederne for de omhandlede tjenesteydelsers behov for at oprette en infrastruktur på hele EØS' område (751. og 752. betragtning), for det fjerde behovet for at eje et teknologisk netværk (753.-759. betragtning), for det femte behovet for at råde over en sorteringsinfrastruktur inden for hele EØS (760.-765. betragtning) og for det sjette behovet for at råde over sit eget luftfragnetsnetværk (766.-780. betragtning).

70 I 781. og 782. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen følgende:

»(781) Hindringerne for adgang og udvidelse er kumulative, eftersom enhver ny markedsdeltager på markedet for ekspresudbringning inden for EØS skal overvinde dem samtidigt for at kunne udbyde tjenesteydelser med levering, der konkurrerer med de af de stærkeste operatører tilbudte. For at konkurrere effektivt er det nødvendigt at skabe et ekspresudbringningsnet inden for EØS både hvad angår udbud af varer og den geografiske rækkevidde. En ny markedsdeltager skal derfor oprette en avanceret infrastruktur i hele EØS, der omfatter sorteringscentre for at sikre et omfattende og tæt afhentnings- og leveringsnetværk [»Pick-Up & Delivery« (PUD)], oprette et lufttransportnetværk, et netværk på landjorden og transportforbindelser samt et avanceret it-netværk. Alle disse forhold medfører betydelige omkostninger, risici og tid.

(782) For at sikre et afkast hvad angår omkostninger og således skabe en effektiv konkurrence skal adgangen eller udvidelsen endvidere ske i tilstrækkeligt omfang, og netværket skal være tilstrækkeligt tæt. Eftersom forsendelse af småpakker er en netværksindustri, er stordriftsfordele og tætheden afgørende (som forklaret i afsnit 6.1.3), og det kan kræve meget lang tid at nå dertil. Inden der opnås tilstrækkelige stordriftsfordele, udsættes operatørerne for betydelige omkostninger og risici, og det er muligt, at de i en lang periode ikke kan udøve virksomheden på rentabel vis, før deres investeringer giver udbytte. Denne kompleksitet øger vanskelighederne i forbindelse med adgang og udvidelse på dette marked.«

*Sandsynligheden for adgang eller udvidelse, tidsrammerne herfor og spørgsmålet om, hvorvidt adgang eller udvidelse er tilstrækkelige til at opveje fusionens konkurrencebegrænsende virkninger*

71 I den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, at hverken FedEx' planer om udvidelse (783. betragtning) eller de andre operatørers planer om udvidelse (784.-787. betragtning) kunne imødegå enhver konkurrencebegrænsende strategi, som fusionsparterne måtte iværksætte (788. betragtning).

*Eksistensen af modstående købermagt*

72 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der findes en modstående købermagt, bemærkede Kommissionen indledningsvis følgende:

»(789) Den modstående købermagt er defineret i retningslinjerne for vurdering af horisontale fusioner som »den forhandlingsstyrke, som køberen har i kommercielle forhandlinger med sælgeren på grund af sin størrelse, sin kommercielle betydning for sælgeren og sin mulighed for at skifte leverandør«. Den vedrører storkunders mulighed for på de koncentrerede efterfølgende markeder at afkræve leverandørerne prisindrømmelser.

(790) Retningslinjerne opstiller en ikke-udtømmende liste over de mulige kilder til modstående købermagt, herunder en storkundes mulighed for at skifte til andre leverandører, støtte [konkurrenters] udvikling eller adgang eller nægte at købe visse af fusionsparternes produkter, hvis de hæver priserne på de produkter, for hvilke fusionen medfører mindre konkurrence.«

73 I 791.-799. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen efter at have redegjort for UPS' stilling (791. betragtning), at »kunderne ikke er i stand til at udøve en tilstrækkelig modstående købermagt til at imødegå en prisforhøjelse på markedet for ekspresudbringning inden for EØS efter fusionen«.

#### *TNT's stilling uden fusionen*

74 I 800.-806. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, at der skulle tages hensyn til TNT's aktuelle dækning og konkurrenceevne, og forkastede UPS' argument om den potentielle degradering af TNT's stilling på ekspreslangdistancetjenesterne.

#### *De påregnede effektivitetsgevinster ved fusionen*

75 Hvad angår effektivitetsgevinsterne ved fusionen henviste Kommissionen indledningsvis i 807.-816. betragtning til den anfægtede afgørelse til kriterierne fastsat i retningslinjerne for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, C 31, s. 5).

76 I 817.-848. betragtning til den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen de af fusionsparterne anførte effektivitetsgevinster hvad angår reduktion af omkostningerne ved operationelle synergier (822.-831. betragtning), netværkssynergier (832.-837. betragtning) og drifts- og administrationsomkostningssynergier (838. betragtning) samt fusionsparternes argumenter om muligheden for at kontrollere deres oplysninger (839.-841. betragtning) og fordelingen af de forventede reduktioner efter tjenesteydelse og geografisk område (842.-848. betragtning).

77 I 849.-921. betragtning til den anfægtede afgørelse foretog Kommissionen en vurdering af de af fusionsparterne anførte effektivitetsgevinster og muligheden for at kontrollere disse (850.-892. betragtning), fordelene for forbrugerne (893.-906. betragtning), de særlige kendetegn ved fusionen (907.-910. betragtning) og beregningerne af synergierne (911.-921. betragtning).

#### *Analyse efter land*

78 I 923.-939. betragtning til den anfægtede afgørelse sammenfattede Kommissionen sine overvejelser om markederne for de omhandlede tjenesteydelser.

79 I 940.-951. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, at det ikke var muligt at lægge de af UPS fremlagte markedsandele til grund.

80 Derefter redegjordes der i den anfægtede afgørelse for UPS' opfattelse og for Kommissionens vurdering af fusionens virkninger på markederne for de omhandlede tjenesteydelser under hensyn til fusionens sandsynlige virkninger på priserne og de forventede effektivitetsgevinster af fusionen for visse lande i EØS og efter land, nemlig Bulgarien (952.-1018. betragtning), Den Tjekkiske Republik (1019.-1070. betragtning), Danmark (1071.-1148. betragtning), Estland (1149.-1193. betragtning), Finland (1194.-1240. betragtning), Ungarn (1241.-1317. betragtning), Letland (1318.-1365. betragtning), Litauen (1366.-1415. betragtning), Malta (1416.-1435. betragtning), Nederlandene (1436.-1563. betragtning), Polen (1564.-1633. betragtning), Rumænien (1634.-1679. betragtning), Slovakiet (1680.-1743. betragtning), Slovenien (1744.-1798. betragtning) og Sverige (1799.-1849. betragtning).

*Kommissionens overordnede konklusion i den anfægtede afgørelse vedrørende fusionens virkninger*

81 I 1850. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen, at fusionen udgjorde en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence på markederne for de omhandlede tjenesteydelser i Bulgarien, i Den Tjekkiske Republik, i Danmark, i Estland, i Letland, i Litauen, i Ungarn, på Malta, i Nederlandene, i Polen, i Rumænien, i Slovenien, i Slovakiet, i Finland og i Sverige, dvs. i 15 medlemslande i EØS.

***Fusionsparternes tilsagn***

82 I 1851.-1942. betragtning til den anfægtede afgørelse gengav Kommissionen fusionsparternes argumenter, og i 1943.-2106. betragtning anførte den sin negative vurdering af de nævnte tilsagn.

**Retsforhandlinger og parternes påstande**

83 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 5. april 2013 har sagsøgeren anlagt nærværende sag med påstand med annullation af den anfægtede afgørelse.

84 I en skrivelse vedlagt stævningen har sagsøgeren henledt Rettens opmærksomhed på, at stævningen og dens bilag er fortrolige og indeholder forretningshemmeligheder vedrørende sagsøgeren.

85 Sagsøgeren har derfor i henhold til artikel 6, stk. 3, i instruks for Rettens justitssekretær begæret, at disse oplysninger ikke nævnes i de dokumenter i sagen, som offentligheden har adgang til.

86 I tilfælde af intervention fra tredjemand har sagsøgeren endvidere meddelt sin hensigt om at anmode Retten om, at selskabets forretningshemmeligheder fjernes fra ethvert dokument, der sendes til intervenienten i medfør af artikel 116, stk. 2, i Rettens procesreglement af 2. maj 1991.

87 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgeren anmodet om, at der træffes afgørelse efter en fremskyndet procedure som fastsat i artikel 76a i Rettens procesreglement af 2. maj 1991.

88 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 12. april 2013 har Kommissionen anerkendt modtagelsen af sagsøgerens stævning og af begæringen om, at der træffes afgørelse efter en fremskyndet procedure, og anmodet Retten om en forlængelse af fristen for at indlevere sit svarskrift.

89 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 17. april 2013 har Kommissionen indgivet sine bemærkninger til sagsøgerens begæring om, at der træffes afgørelse efter en fremskyndet procedure.

90 Ved afgørelse af 7. maj 2013 er sagsøgerens begæring om, at der i denne sag træffes afgørelse efter en fremskyndet procedure, blevet forkastet.

91 Ved afgørelse af 7. maj 2013 har Retten besluttet, at det er uforholdsmæssigt at træffe afgørelse om Kommissionens anmodning om en forlængelse af den fastsatte frist for at indlevere sit svarskrift.

92 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 15. maj 2013 har Kommissionen anmodet Retten om en forlængelse af den fastsatte frist for at indlevere sit svarskrift.

93 Retten har efterkommet denne anmodning den 27. maj 2013.

94 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 25. juni 2013 har Kommissionen atter anmodet Retten om en forlængelse af den fastsatte frist for at indlevere sit svarskrift.

- 95 Ved dokument indleveret til Retten den 17. juni 2013 har FedEx anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande (herefter »interventionsbegæringen«).
- 96 Ved skrivelser fra Rettens Justitskontor den 25. juni 2013 er sagsøgeren og Kommissionen blevet anmodet om senest den 18. juli 2013 at fremsætte deres bemærkninger til interventionsbegæringen.
- 97 Den 2. juli 2013 er Kommissionens anmodning om en forlængelse af den tildelte frist for at indlevere sit svarskrift blevet tiltrådt.
- 98 Ved skrivelse sendt til Rettens Justitskontor den 5. juli 2013 har sagsøgeren anmodet om en forlængelse til den 1. august 2013 af den frist, som, inden for rammerne af selskabets anmodning om fortrolig behandling, er fastsat for at indlevere den ikke-fortrolige udgave af stævningen i forhold til FedEx, henset til sagsakternes omfang og antallet af følsomme oplysninger samt til, at den anfægtede afgørelse endnu ikke er offentligt tilgængelig som følge af Kommissionens igangværende behandling af de talrige anmodninger om fortrolig behandling.
- 99 Kommissionen har indleveret sit svarskrift den 9. juli 2013 og herefter sine bemærkninger til interventionsbegæringen den 10. juli 2013.
- 100 Ved skrivelse fra Rettens Justitskontor af 11. juli 2013 er sagsøgerens anmodning om forlængelse af fristen for at indlevere den ikke-fortrolige udgave af stævningen i forhold til FedEx blevet efterkommet.
- 101 Sagsøgeren er fremkommet med sine bemærkninger til interventionsbegæringen den 17. juli 2013.
- 102 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor den 31. juli 2013 har sagsøgeren anmodet om, at visse fortrolige dokumenter fjernes fra de procesdokumenter, der meddeles FedEx, herunder stævningen og bilagene. Sagsøgeren har fremlagt en liste og ikke-fortrolige udgaver af disse dokumenter.
- 103 I sin skrivelse har sagsøgeren først og fremmest oplyst, at selskabet under proceduren ville udvide sin anmodning om fortrolig behandling i forhold til FedEx til at omfatte andre dokumenter, som er blevet meddelt Retten, herunder Kommissionens svarskrift og replikken.
- 104 Herefter har sagsøgeren forklaret, at de oplysninger, i forhold til hvilke den har anmodet om fortrolig behandling, henhører under analysen af fusionens virkninger hvad angår priser og effektivitetsgevinster, oplysninger om operationelle og kommercielle strategier samt oplysninger om de tilsagn, som selskabet havde foreslået Kommissionen under den administrative procedure.
- 105 Endelig har sagsøgeren henledt Rettens opmærksomhed på, at visse dokumenter i sagsakterne indeholder fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder vedrørende tredjemand, især TNT, på hvis vegne sagsøgeren ikke finder at kunne anmode om fortrolig behandling, idet selskabet dog har oplyst Retten om de pågældende forhold vedrørende TNT.
- 106 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 9. august 2013 har Kommissionen fremsat sine bemærkninger til anmodningen om fortrolig behandling, idet den har anført, at visse dokumenter i sagsakterne, men ikke svarskriftet, indeholder fortrolige oplysninger om TNT, og, i det væsentlige, at hvis sagsøgeren, som har indgivet disse oplysninger under den administrative procedure, rent faktisk finder ikke at kunne udvide sin anmodning om fortrolig behandling i denne henseende, skal sagsøgeren selv revidere stævningens indhold med henblik herpå.
- 107 Ved justitssekretærens beslutning af 20. august 2013 er sagsøgeren blevet anmodet om inden den 5. september 2013 at udarbejde ikke-fortrolige udgaver, censureret for alle oplysninger vedrørende TNT.

- 108 Sagsøgeren har indgivet replik den 2. september 2013.
- 109 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgeren i henhold til artikel 64, stk. 3, litra e), og artikel 64, stk. 4, samt artikel 65 i procesreglementet af 2. maj 1991 anmodet Retten om som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse at pålægge Kommissionen at fremlægge de dokumenter, som FedEx har indgivet under den administrative procedure.
- 110 Sagsøgeren har anført, at dens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse i det væsentlige vedrører søgsmålsanbringendet om en tilsidesættelse af retten til forsvar.
- 111 Den 5. september 2013 har sagsøgeren indleveret en ikke-fortrolig udgave i forhold til FedEx af stævningen og dens bilag, der omfatter TNT, herunder bilag A.1, dvs. den anfægtede afgørelse, til Retten.
- 112 Den 5. september 2013 har sagsøgeren bekræftet, at selskabets anmodning af 31. juli 2013 vedrører forskellige kategorier af oplysninger, uden imidlertid at præcisere årsagen til, at disse oplysninger angiveligt er fortrolige.
- 113 Ved Rettens afgørelse den 30. september 2013 er sagen blevet henvist til Fjerde Afdeling.
- 114 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Fjerde Afdeling den 21. oktober 2013 har FedEx fået tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.
- 115 FedEx har modtaget alle de processkrifter, der er meddelt parterne, herunder de ikke-fortrolige udgaver af stævningen og dens bilag som ændret af sagsøgeren den 5. september 2013.
- 116 Ved skrivelse af 8. november 2013 har Kommissionen fremsat sine bemærkninger til sagsøgerens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse af 2. september 2013 og nedlagt påstand om afvisning heraf i betragtning af, at den er fremsat for sent og ikke er relevant for sagens fremme.
- 117 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 6. december 2013 har intervenienten fremsat detaljerede indsigelser vedrørende sagsøgerens anmodning om fortrolig behandling, som intervenienten har fået tilsendt af Rettens Justitskontor.
- 118 Den 12. december 2013 har Retten meddelt intervenienten, at fristen for at indlevere et interventionsindlæg er blevet udsat på ubestemt tid som følge af dennes indsigelser i forhold til anmodningen om fortrolig behandling, og at den atter vil blive fastsat efter en kendelse om den fortrolige behandling.
- 119 Kommissionen har indgivet duplik den 30. januar 2014.
- 120 Samme dag har sagsøgeren suppleret sin anmodning om fortrolig behandling vedrørende duplikken.
- 121 Den 20. marts 2014 er sagsøgeren hvad angår selskabets anmodning om fortrolig behandling af bilag A.1 til stævningen, dvs. den ikke-fortrolige udgave af den anfægtede afgørelse, blevet anmodet om for hvert udeladt forhold at oplyse, hvilke årsager der ligger til grund for dets anmodning om fortrolig behandling.
- 122 Sagsøgeren er desuden blevet anmodet om i sit svar ikke at indføre oplysninger om selskabet selv eller TNT, som det måtte finde hører under fortroligheden i forhold til intervenienten.

- 123 Under alle omstændigheder er sagsøgeren blevet anmodet om fra den fortrolige udgave af den anfægtede afgørelse kun at fjerne de passager, der er strengt nødvendige for at beskytte fortroligheden heraf i forhold til intervenienten.
- 124 Ved Justitskontorets skrivelser af 3. april 2014 er intervenienten blevet anmodet om at fremsætte sine bemærkninger til den anmodning om fortrolig behandling i forhold til intervenienten, som sagsøgeren rent faktisk har indleveret.
- 125 Ved telefax sendt til Rettens Justitskontor den 25. april 2014 har intervenienten erklæret, at dette selskab ikke har nogen indsigelser til den anmodning om fortrolig behandling, som sagsøgeren rent faktisk har indleveret.
- 126 Ved Justitskontorets skrivelse af 8. maj 2014 er parterne blevet meddelt, at fristen for at indlevere et interventionsindlæg er fastsat til den 20. juni 2014.
- 127 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 26. juni 2014 har intervenienten indleveret sit interventionsindlæg.
- 128 Sagsøgeren har fremsat sine bemærkninger til dette indlæg den 6. oktober 2014 og gjort gældende, at det skal afvises.
- 129 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 1. juli 2015 har sagsøgeren anmodet om, at denne sag behandles forud for andre.
- 130 Den 16. juli 2015 har Retten i henhold til artikel 89, stk. 2, litra c), i Rettens procesreglement anmodet parterne om skriftligt at besvare spørgsmål.
- 131 Parterne har efterkommet denne anmodning inden for den fastsatte frist.
- 132 Ved afgørelse af 4. august 2015 har Retten efterkommet anmodningen om at behandle sagen forud for andre i medfør af procesreglementets artikel 67, stk. 2.
- 133 Ved skrivelse af 4. august 2015 og i medfør af procesreglementets artikel 89, stk. 2, litra a), har Retten efterkommet sagsøgerens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse og har anmodet Kommissionen om at fremlægge visse dokumenter, som FedEx har fremsendt under den administrative procedure.
- 134 Den 12. august 2015 har Kommissionen nægtet at fremlægge de ønskede dokumenter for at beskytte fortroligheden heraf.
- 135 Ved kendelse af 25. september 2015 har Rettens Fjerde Afdeling i henhold til procesreglementets artikel 91, litra b), artikel 92, stk. 3, og artikel 103 pålagt Kommissionen at fremlægge de ønskede dokumenter.
- 136 Den 2. oktober 2015 har Kommissionen fremlagt de ønskede dokumenter.
- 137 Ved kendelse af 27. oktober 2015 har Rettens Fjerde Afdeling i henhold til procesreglementets artikel 91, litra b), artikel 92, stk. 3, og artikel 103 pålagt Kommissionen at fremlægge de supplerende dokumenter.
- 138 Ved kendelse af 11. december 2015 har Rettens Fjerde Afdeling i henhold til procesreglementets artikel 91, litra b), artikel 92, stk. 3, og artikel 103 givet sagsøgerens repræsentanter tilladelse til på Rettens Justitskontor at få adgang til et fortroligt dokument efter at have underskrevet en fortrolighedserklæring.



- 139 Den 17. december 2015 har sagsøgerens repræsentanter meddelt Rettens Justitskontor de underskrevne fortrolighedserklæringer.
- 140 Fra den 15. januar 2016 til den 12. februar 2016 har sagsøgerens repræsentanter i Rettens Justitskontor haft adgang til det fortrolige dokument.
- 141 Den 12. februar 2016 har Retten i henhold til procesreglementets artikel 89, stk. 2, litra a), anmodet parterne om inden for to uger skriftligt at fremsætte deres bemærkninger til det fortrolige dokument.
- 142 Sagsøgeren og Kommissionen har henholdsvis den 26. og den 29. februar 2016 fremsat deres bemærkninger til indholdet af det fortrolige dokument, som de har haft adgang til i et datarum.
- 143 På den refererende dommers forslag har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 144 I henhold til procesreglementets artikel 109 har Retten ved skrivelse af 18. marts 2016 anmodet parterne om at fremsætte deres bemærkninger til behovet for eventuelt at afholde et retsmøde for delvist lukkede døre.
- 145 Den 29. marts 2016 har Kommissionen besvaret Rettens anmodning og anført, at den finder, at det ikke er nødvendigt at afholde et retsmøde for lukkede døre, medmindre indholdet af det dokument, som sagsøgerens repræsentanter har haft adgang til i et datarum fra den 15. januar 2016, skal behandles.
- 146 Den 31. marts 2016 har sagsøgeren besvaret Rettens anmodning og erklæret, at selskabet hverken har indsigelser mod drøftelsernes offentlighed eller mod et retsmøde for lukkede døre, dog alene såfremt indholdet af det dokument, som dets repræsentanter har haft adgang til i et datarum fra den 15. januar 2016, skal behandles.
- 147 Samme dag har intervenienten for sit vedkommende vurderet, at det er nødvendigt at afholde et retsmøde for helt lukkede døre, som Retten har foreslået, som følge af de talrige uoverensstemmelser mellem på den ene side den ikke-fortrolige udgave af den anfægtede afgørelse, som tilføjet sagsakterne, og på den anden side den offentlige udgave af den anfægtede afgørelse, idet disse uoverensstemmelser er opstillet i et bilag til intervenientens bemærkninger.
- 148 Den 5. april 2016 har Retten efter at have hørt parterne besluttet at afholde retsmødet for helt lukkede døre.
- 149 Parterne har i retsmødet den 6. april 2016 afgivet indlæg i sagen og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten.
- 150 Ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse har Retten den 11. april 2016 i henhold til procesreglementets artikel 89, stk. 3, litra a) og d), anmodet Kommissionen om dels at fremlægge visse dokumenter, som den har støttet sig på i retsmødet den 6. april 2016, dels at besvare et spørgsmål skriftligt.
- 151 Den 26. april 2016 har Kommissionen fremlagt de ønskede dokumenter og har besvaret Rettens spørgsmål inden for den fastsatte frist.
- 152 Den 8. juni 2016 har sagsøgeren fremsat sine bemærkninger til de dokumenter og svar, som Kommissionen har fremlagt den 26. april 2016.
- 153 Ved afgørelse af 4. oktober 2016 har Retten afsluttet den mundtlige forhandling.

154 I stævningen har sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

155 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse i det hele.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder intervenientens omkostninger.

156 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionen frifindes i det hele.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

### **Retlige bemærkninger**

157 Til støtte for sine påstande har sagsøgeren i det væsentlige påberåbt sig tre anbringender. Det første anbringende vedrører retlige fejl og åbenbart urigtige vurderinger, det andet vedrører tilsidesættelser af retten til forsvar, og det tredje vedrører tilsidesættelser af begrundelsespligten.

158 Det andet søgsmålsanbringende, som skal undersøges først, består i det væsentlige af fire led om tilsidesættelser af retten til forsvar hvad henholdsvis angår fusionens sandsynlige virkninger på priserne, fusionens forventede effektivitetsgevinster, FedEx' fremtidige konkurrencestilling og antallet af stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.

159 Som led i det andet anbringendes første led har sagsøgeren anført, at selskabet under den administrative procedure med Kommissionen udvekslede analyser af fusionen hvad angår priserne samt deres skøn over effektivitetsgevinsterne, idet de beregnede fusionens forventede nettovirkninger på priserne på de forskellige nationale markeder.

160 Den analyse af fusionen hvad angår priserne, der fremgår af den anfægtede afgørelse, er væsentligt forskellig fra alle de versioner, som sagsøgeren har haft adgang til under den administrative procedure, hvilket har skadet selskabets ret til forsvar.

161 Sagsøgeren har i bilag til stævningen fremlagt en rapport, som indeholder en fortegnelse over de ændringer, der ifølge selskabet er blevet foretaget af den model, som selskabet anvendte, og som anfører de tekniske årsager til, at selskabet ikke har været i stand til at gengive de resultater, der fremgår af den anfægtede afgørelse.

162 Sagsøgeren har efter Kommissionens svar på Rettens foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse efter retsmødet gjort gældende, at den økonometriske model, der er anvendt i den anfægtede afgørelse, er en yderst begrænsende version af en ikke-lineær tilgang og endog en tilgang, som selskabet kvalificerer som »lineær efter segmenter«, hvilket ikke er blevet drøftet under den administrative procedure.

163 Sagsøgeren har således gjort gældende, at Kommissionen nærmere anvendte en lineær model inden for hver udsvingsmargen.

- 164 Sagsøgeren har endvidere fremhævet, at det er i strid med økonomisk praksis på tidspunktet for skønnet og på tidspunktet for prognosen, som udgør de to etaper af Kommissionens økonometriske analyse, at benytte to forskellige fusionsvariabler.
- 165 Kommissionen skulle nemlig for at fremstille koncentrationsgraden på markedet på tidspunktet for skønnet have anvendt en diskret koncentrationsvariabel i overensstemmelse med sagsøgerens anbefalinger i denne henseende, mens den på tidspunktet for prognosen skulle have opretholdt en kontinuerlig variabel.
- 166 Sagsøgeren har dermed gjort gældende, at Kommissionen ved på tidspunktet for prognosen at opretholde en sådan variabel ikke analyserede prisudviklingen fra én udsvingsmargen til en anden, men alene prisudviklingen inden for hver enkelt udsvingsmargen.
- 167 Hvad angår disse margener har sagsøgeren videre anført, at selskabet ikke selv har udarbejdet dem, men at Kommissionen har valgt dem vilkårligt.
- 168 Sagsøgeren kan følgelig hverken hensigtsmæssigt anfægte pålideligheden af den pågældende økonometriske model, som Kommissionen anvendte i den anfægtede afgørelse, eller forskellene mellem Kommissionens resultater og dem, som selskabet selv har beregnet i sin seneste økonometriske analyse, der blev forelagt Kommissionen den 16. november 2012.
- 169 Den omstændighed, at sagsøgeren ikke kan gengive Kommissionens resultater, viser, at Kommissionen ikke hørte selskabet, inden den navnlig til skade for selskabet ændrede en økonometrisk model, der var afgørende for den anfægtede afgørelses indhold.
- 170 Såfremt Kommissionen havde hørt sagsøgeren om de pågældende ændringer, inden den vedtog den anfægtede afgørelse, havde sagsøgeren kunnet efterprøve de resultater, der blev lagt til grund i den anfægtede afgørelse, og navnlig fremsætte sine synspunkter hvad angår en så betydelig ændrings passende karakter.
- 171 Sagsøgeren har endvidere, idet selskabet har henvist til undersøgelsen af det andet anbringendes tredje led om FedEx' fremtidige konkurrencestilling, i det væsentlige gjort gældende, at selskabet ikke fik adgang til oplysningerne om FedEx' dækning i 2015 tilstrækkeligt tidligt under den administrative procedure, og at det dermed ikke kunne påberåbe sig tilpassede korrigerende foranstaltninger.
- 172 Kommissionen har for sit vedkommende principalt bestridt, at sagsøgerens retlige og økonomiske argumenter kan antages til realitetsbehandling, eftersom de er fremsat i et bilag til stævningen, og bilagene alene udgør bevismidler og midler til sagens oplysning.
- 173 Ifølge Kommissionen indeholder stævningen ingen forklaring af de hævdede forskelle, andet end en henvisning til et bilag, hvorfor disse argumenter bør afvises i henhold til artikel 44, stk. 1, litra c), i procesreglementet af 2. maj 1991, eftersom stævningen ikke indeholder anbringendets væsentlige elementer.
- 174 Sagsøgeren har bestridt denne formalitetsindsigelse, eftersom de væsentligste elementer af selskabets argumentation er åbenbart til stede i selve stævningens hoveddel, og henvisningen til bilag A.6 til stævningen kun tilsigtede at underbygge selskabets væsentligste argumenter teknisk.
- 175 Det præciseres nemlig i stævningen, at den pågældende økonometriske model er væsentligt forskellig fra alle de økonometriske modeller, som sagsøgeren har kunnet undersøge under den administrative fase, og at dette bl.a. underbygges af, at sagsøgeren hverken fuldt ud har kunnet forstå denne model eller efterprøve de resultater, der følger heraf.

- 176 Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at det andet anbringendes første led er uvirksomt og under alle omstændigheder er ugrundet.
- 177 Først og fremmest er den endelige analyse af fusionens sandsynlige virkninger hvad angår priserne ikke væsentlig forskellig fra den, som sagsøgeren har fremlagt, således som det fremgår af et bilag til Kommissionens svarskrift.
- 178 Det er, som anført i 727.-740. betragtning til den anfægtede afgørelse, Kommissionens opfattelse, at de foretagne ændringer dels vedrørte den økonometriske models hypoteser om virkningerne af en styrkelse af koncentrationen på de oprindelige prisniveauer, dels den koncentrationsvariabel, der skulle lægges til grund.
- 179 Kommissionen har endvidere anført, at den ikke var forpligtet til at høre sagsøgeren, inden den vedtog den pågældende økonometriske model.
- 180 Til støtte for dette argument har Kommissionen anført, at sagsøgeren fremlagde fem studier relativt sent under den administrative procedure, men at alle studierne dog var genstand for intense drøftelser ved forskellige statusmøder. Kommissionen har præciseret, at sagsøgerens seneste studie af 16. november 2012 ligeledes var genstand for foreløbige bemærkninger ved statusmødet den 11. december 2012, og at Kommissionens »endelige vurdering måtte overlades til den [anfægtede] afgørelse« i betragtning af det sene tidspunkt, hvorpå dette studie var indgivet.
- 181 Endelig har Kommissionen anført, at dens fremgangsmåde er i overensstemmelse med retspraksis om retten til forsvar på fusionsområdet, for så vidt som den, når afgørelsen ikke kan være en kopi af klagepunktsmeddelelsen, har ret til at revidere eller tilføje faktiske eller retlige oplysninger til støtte for de klagepunkter, som den har fremsat, og de svar, som sagsøgeren har afgivet under den administrative procedure, forudsat at den anfægtede afgørelse fremsætter de samme klagepunkter som dem, der blev fremsat i klagepunktsmeddelelsen, hvilket er tilfældet i denne sag.
- 182 I replikken har sagsøgeren for det første gjort gældende, at selv om Kommissionen urigtigt fandt, at selskabet ikke havde ret til at fremlægge ajourførte studier i november 2012, skulle Kommissionen have benyttet præcis den samme analyse for priskoncentrationen i den anfægtede afgørelse som i klagepunktsmeddelelsen, hvorved den gav sagsøgeren mulighed for at anfægte materielle fejl i denne analyse for Retten, eftersom det fremgår af retspraksis, at Kommissionen kan afvise argumenter, der er fremsat som svar på klagepunktsmeddelelsen, på grundlag af de argumenter og grunde, der ikke er nævnt heri, men at den ikke kan støtte sig på andre oplysninger end dem, der er fremsat i klagepunktsmeddelelsen.
- 183 I denne sag kunne Kommissionen højst have forkastet de studier, som sagsøgeren havde fremlagt i november 2012, uden at høre selskabet yderligere. Det er imidlertid sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen ikke kunne afstå fra at høre selskabet, fordi den havde bearbejdet disse studiers metoder og resultater med henblik på at anvende de nye resultater for at gøre indsigelser mod fusionen som modvægt til forhold, som den havde lagt til grund efter klagepunktsmeddelelsen, nemlig effektivitetsgevinsterne og FedEx' udvidelsesplaner.
- 184 For det andet er den af Kommissionen hævdede »senere fremlæggelse« af sagsøgerens processkrifter resultatet af Kommissionens egen adfærd under den administrative procedure.
- 185 I duplikken har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgeren, for at det kan fastslås, at dennes ret til forsvar er blevet tilsidesat, stadig skal godtgøre, at Kommissionen baserede sig på den pågældende økonometriske analyse for at underbygge sit klagepunkt, og at dette klagepunkt kun kunne bevises med henvisning til denne analyse. Kommissionen har endvidere anført, at sagsøgeren ligeledes skulle have godtgjort, at dens vurderinger i den anfægtede afgørelse hvad angår en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence ville have været anderledes, hvis denne analyse skulle have været afvist som bevis.

- 186 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at der på det danske og nederlandske marked blev fastslået en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence, selv om den forventede nettovirkning, der fremgik af den pågældende økonometriske analyse, var negativ, hvorfor Kommissionens vurderinger, hvorefter en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence var sandsynlig på disse markeder, ikke ville have været anderledes, hvis denne analyse skulle have været afvist som bevis.
- 187 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren inden for rammerne af det andet anbringendes første led ikke har anfægtet grundlaget for den pågældende økonometriske analyse, der er genstand for dette anbringendes første led, men har rejst tvivl om muligheden for at anvende den pågældende økonometriske model, som Kommissionen lagde til grund i den anfægtede afgørelse, eftersom denne i strid med sagsøgerens ret til at blive hørt, og i bredere forstand selskabets ret til forsvar, ikke blev forelagt selskabet inden vedtagelsen af den anfægtede afgørelse.
- 188 I denne henseende er parterne uenige om, hvorvidt den pågældende økonometriske model, som Kommissionen lagde til grund i den anfægtede afgørelse, afviger fra den seneste økonometriske model, som Kommissionen forelagde sagsøgeren under den administrative procedure, og i givet fald i hvilket omfang.
- 189 Inden det vurderes, om der er grundlag for sagsøgerens argumentation, skal muligheden for at antage denne til realitetsbehandling efterprøves, som bestridt af Kommissionen.

***. 1 Formaliteten for så vidt angår det andet anbringendes første led***

- 190 Kommissionen har gjort gældende, at det andet anbringendes første led om en tilsidesættelse af sagsøgerens ret til forsvar hvad angår fusionens sandsynlige virkninger på priserne skal afvises, eftersom kravene i artikel 44, stk. 1, litra c), i procesreglementet af 2. maj 1991 ikke er opfyldt.
- 191 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af denne bestemmelse samt i øvrigt af procesreglementets artikel 76, litra d), at stævningen skal indeholde søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene, og at denne angivelse skal være så klar og præcis, at det er muligt for sagsøgte at tilrettelægge sit forsvar og for Retten i givet fald på det foreliggende grundlag at udøve sin prøvelsesret.
- 192 Det skal ligeledes bemærkes, at det, såfremt et søgsmål for Retten skal kunne antages til realitetsbehandling, navnlig er 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 passager i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder også 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 ovennævnte 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).
- 193 I denne sag har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte selskabets ret til forsvar, idet den uden at høre selskabet i denne henseende foretog en væsentlig ændring af den økonometriske model, som sagsøgeren havde forelagt den, vedrørende fusionens sandsynlige virkninger på priserne.
- 194 Det skal fastslås, at de faktiske og retlige omstændigheder, som sagsøgeren har støttet sit andet anbringendes første led på, er umiddelbart forståelige ved læsningen af stævningen. Selv om sagsøgeren ganske vist har henvist til bilag A.6 til sin stævning for at underbygge de hævdede ændringer, fremgår den argumentation, som selskabet har støttet sig på for at kritisere anvendelsen af den pågældende økonometriske analyse, nemlig, om end kortfattet, af selve stævningens tekst.

- 195 Det skal endvidere fastslås, dels at Kommissionen i svarskriftet har været i stand til at besvare sagsøgerens andet anbringendes første led, hvilket således taler for, at det andet anbringendes første led i stævningen, selv om præsentationen heraf ganske rigtigt er lidet detaljeret, har et klart indhold.
- 196 Dels har Retten, selv om den har måttet henvise til bilag A.6 for at vurdere de beviser, der underbygger det andet anbringendes første led, ikke haft behov for i bilag A.6 til stævningen at søge og identificere de argumenter, der støtter det andet anbringendes første led.
- 197 Det fremgår af de ovenstående betragtninger, at dette led af det andet anbringende kan antages til realitetsbehandling i betragtning af kravene i procesreglementets artikel 76, litra d).

***. 2 Spørgsmålet, om der er grundlag for det andets anbringendes første led***

- 198 Det andet anbringende indebærer, for så vidt angår dets første led om fusionens sandsynlige virkninger på priserne, en kontrol af, om sagsøgerens ret til forsvar blev påvirket af de betingelser, hvorunder den pågældende økonometriske analyse blev baseret på en anden økonometrisk model end den, der var genstand for en kontradiktorisk drøftelse under den administrative procedure.
- 199 Det skal i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at overholdelsen af retten til forsvar er et grundlæggende EU-retligt princip, der skal sikres i forbindelse med alle procedurer, herunder procedurer for Kommissionen på fusionsområdet (jf. i denne retning dom af 9.3.2015, Deutsche Börse mod Kommissionen, T-175/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:148, præmis 247).
- 200 Det er ligeledes blevet fastslået, at kontradiktionsprincippet, som er en del af retten til forsvar, indebærer, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure gives lejlighed til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder faktisk foreligger, og hvilken betydning de har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for sine argumenter (jf. dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).
- 201 I denne sag skal det for det første bemærkes, at Kommissionen, som det fremgår af 721.-740. betragtning til den anfægtede afgørelse, navnlig støttede sig på den pågældende økonometriske analyse for at identificere antallet af stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.
- 202 I denne henseende vedtog Kommissionen den endelige udgave af sin økonometriske model den 21. november 2012, dvs. mere end to måneder inden vedtagelsen af den anfægtede afgørelse den 30. januar 2013, som det netop fremgår af de dokumenter, som Kommissionen har fremlagt i bilag til duplikken.
- 203 Det fremgår ligeledes af sagsakterne, at den endelige udgave af den økonometriske model ikke blev meddelt sagsøgeren, idet dette ifølge Kommissionen var overflødig, da den fremgik af de talrige udvekslinger, der havde fundet sted med sagsøgeren under den administrative procedure.
- 204 Kommissionen har således i det væsentlige fremhævet, at den endelige udgave, som den er fremlagt i den anfægtede afgørelse, kun marginalt afviger fra de modeller, der allerede havde været genstand for drøftelser med sagsøgeren under den administrative procedure.
- 205 Selv om der ganske vist kan fremhæves talrige ligheder mellem den endelige økonometriske model og de modeller, der blev drøftet under den administrative procedure, forholder det sig ikke desto mindre således, at de tilføjede ændringer imidlertid ikke kan anses for beskedne.

- 206 Det fremgår nemlig netop af de bemærkninger, som Kommissionen og sagsøgeren har fremsat ved retsmødets afslutning, at Kommissionen lagde vægt på to forskellige variabler mellem dels tidspunktet for den statistiske vurdering af fortabelsen af en konkurrents virkninger på priserne, dels tidspunktet for prognosen med hensyn til analysen af fusionens virkninger på priserne.
- 207 Kommissionen støttede sig således på en diskret variabel ved vurderingen og på en kontinuerlig variabel ved prognosen.
- 208 Selv om den diskrete variabel var genstand for gentagne drøftelser under den administrative procedure, fremgår det ikke af sagsakterne, at dette ligeledes var tilfældet for anvendelsen af forskellige variabler på de forskellige tidspunkter, som den økonometriske analyse består af.
- 209 Kommissionen kan følgelig ikke gøre gældende, at den ikke var forpligtet til at meddele sagsøgeren den endelige model af den økonometriske analyse, inden den vedtog den anfægtede afgørelse.
- 210 Sagsøgerens ret til forsvar er således blevet tilsidesat, hvorfor den anfægtede afgørelse skal annulleres, forudsat at sagsøgeren har ført tilstrækkeligt bevis for, at Kommissionens afgørelse i fravær af denne processuelle uregelmæssighed ikke nødvendigvis ville have fået et andet indhold, men at selskabet ville have haft en bedre chance, om end begrænset, for at sikre sit forsvar (jf. i denne retning dom af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, præmis 57).
- 211 Det skal i denne forbindelse for det første fremhæves, at Kommissionen støttede sig på den økonometriske analyse for at konkludere, at der fandtes stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.
- 212 På tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen havde Kommissionen således, som den har anført i retsmødet, foreløbigt konkluderet, at der fandtes 29 stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence, på grundlag af en økonometrisk analyse, der viste en betydelig prisstigning som følge af fusionen.
- 213 Som Kommissionen udtrykkeligt har anerkendt, førte de senere resultater af den økonometriske analyse, der viste en mindre væsentlig prisstigning, den endvidere ligeledes til at nedsætte antallet af stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence til 15 i den anfægtede afgørelse.
- 214 For det andet var sagsøgeren allerede under den administrative procedure i stand til at påvirke udarbejdelsen af den økonometriske model, som Kommissionen foreslog, betydeligt, idet selskabet bemærkede tekniske problemer, som den gav løsninger på, hvilket Kommissionen udtrykkeligt har anerkendt.
- 215 I betragtning af det ovenstående skal det derfor fastslås, at sagsøgeren under den administrative procedure, som førte til vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, kunne have sikret sit forsvar bedre, hvis selskabet, inden afgørelsen blev vedtaget, havde rådet over den endelige udgave af den økonometriske analyse, som Kommissionen besluttede den 21. november 2012.
- 216 En sådan vurdering kan ikke drages i tvivl ved den af Kommissionen anførte omstændighed, at dens konklusioner var støttet på en bred vifte af oplysninger, dels kvantitative, herunder den økonometriske analyse, dels kvalitative.
- 217 Som det er blevet bemærket i denne doms præmis 213, har Kommissionen udtrykkeligt anerkendt, at den navnlig støttede sig på de nye resultater af den økonometriske analyse for at nedsætte antallet af stater med en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence efter klagepunktsmeddelelsen, hvorfor disse resultater i hvert fald i visse stater kunne modvirke de kvalitative oplysninger, som Kommissionen tog hensyn til.

- 218 Det skal følgelig fastslås, at sagsøgeren ikke fik 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 fusionens 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.
- 219 For det andet skal vurderingen af overholdelsen af retten til forsvar inden for rammerne af fusionskontrollen ganske rigtigt tage hensyn til det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer opbygningen af fusionsforordningen (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 701).
- 220 Det forholder sig ikke desto mindre således, at i den foreliggende sag var den økonometriske analyse, som Kommissionen har anerkendt i sine processkrifter, allerede meget stabil inden statusmødet den 20. november 2012, dvs. mere end to måneder inden den 30. januar 2013, som er datoen for den anfægtede afgørelse, hvorfor Kommissionen i det mindste kunne meddele sagsøgeren de væsentligste elementer, som den anvendte økonometriske model bestod af.
- 221 Det skal således konkluderes, at Kommissionen tilsidesatte sagsøgerens ret til forsvar ved ikke at meddele selskabet den endelige udgave af sin økonometriske model.
- 222 Følgelig tiltrædes det andet søgsmålsanbringendes første led, og den anfægtede afgørelse annulleres i sin helhed, uden at det er fornødent at træffe afgørelse om det andet anbringendes øvrige led og de andre søgsmålsanbringender.

### Sagsomkostninger

- 223 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges Kommissionen at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med sidstnævntes påstand herom. Intervenienten bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling):

- 1) **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) annulleres.**
- 2) **Europa-Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler United Parcel Service, Inc.'s omkostninger.**
- 3) **FedEx Corp. bærer sine egne omkostninger.**

Prek

Labucka

Kreuschitz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. marts 2017.

Underskrifter