



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 25 juli 2018¹

Zaak C-265/17 P

**Europese Commissie
tegen**

United Parcel Service, Inc.

„Hogere voorziening – Mededinging – Controle op concentraties van ondernemingen – Rechten van de verdediging – Recht om te worden gehoord – Gelegenheid om opmerkingen te maken – Econometrische analyse – Prijs-concentratie­model – Wezenlijke veranderingen in het prijs-concentratie­model tijdens de lopende administratieve procedure – Markt van internationale intra-EER-expres­levering van kleine pakketten – Artikel 18 van verordening (EG) nr. 139/2004 – Artikel 13 en 17 van verordening (EG) nr. 802/2004”

I. Inleiding

1. Procedures ter controle van concentraties van ondernemingen, die de Europese Commissie in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit voert, kenmerken zich niet zelden door de hoge complexiteit van de economische verbanden die aan de orde zijn. Om te beoordelen of een voorgenomen concentratie van ondernemingen de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou belemmeren, moeten soms moeilijke prognoses over de te verwachten marktevolutie worden gemaakt. In passende gevallen bedient de Commissie zich daartoe van econometrische modellen. Op een dergelijk model heeft zij zich ook in het onderhavige geval gebaseerd om de overname van pakketbezorgingsbedrijf TNT Express N.V. (TNT) door United Parcel Service Inc. (UPS) te verbieden.

2. Thans zijn de Commissie en UPS het oneens over de procedurele waarborgen die de mededingingsautoriteit bij het gebruik van dergelijke econometrische analyses moet eerbiedigen. Concreet gaat het om de vraag of de Commissie tijdens de lopende administratieve procedure wezenlijke veranderingen mocht aanbrengen in het door haar gehanteerde econometrische model – een zogenaamd prijs-concentratie­model – zonder UPS daarvan in kennis te stellen en de onderneming de gelegenheid te bieden om opmerkingen te maken.

3. In eerste aanleg is UPS in het gelijk gesteld. Het besluit van de Commissie van 30 januari 2013 waarbij de voorgenomen concentratie² is verboden (hierna ook: „litigieus besluit”), is door het Gerecht bij arrest van 7 maart 2017³ (hierna ook: „bestreden arrest”) nietig verklaard wegens schending van de rechten van verdediging van UPS. Tegen dat arrest heeft de Commissie op haar beurt de onderhavige hogere voorziening ingesteld.

1 Oorspronkelijke taal: Duits.

2 Besluit van 30 januari 2013 waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt en de werking van de EER-overeenkomst (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express), kennisgeving geschied onder nummer C(2013) 431 final en samengevat in PB 2014, C 137, blz. 8.

3 Arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie, T-194/13, EU:T:2017:144.

4. Van beslissend belang voor de toewijzing van de hogere voorziening is de vraag welke draagwijdte moet worden toegekend aan de rechten van verdediging van ondernemingen in procedures van concentratiecontrole. Vereisen de rechten van de verdediging dat deze ondernemingen tijdens de lopende administratieve procedure in kennis worden gesteld van wezenlijke veranderingen in econometrische modellen, en dat zij worden gehoord alvorens een concentratieverbod wordt uitgevaardigd?

5. Uit de onderhavige zaak blijkt eens te meer met welke uitdagingen mededingingsautoriteiten worden geconfronteerd wanneer het erop aankomt om een economische analyse overeenkomstig de juridische vereisten uit te voeren. Ongeacht welk oordeel het Gerecht in de onderhavige procedure velt, zijn zijn arrest zal los van het concrete geval richtinggevend zijn voor de toekomstige administratieve praktijk van de Commissie in complexe procedures van concentratiecontrole, maar ook voor de administratieve praktijk van de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties, die in zaken van concentratiecontrole niet zelden zeer nauw aanleunen bij de normen die op Unieniveau gelden.

II. Toepasselijke bepalingen

6. Het rechtskader wordt in het onderhavige geval, wat het primaire recht betreft, bepaald door artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en, wat het afgeleide recht betreft, door artikel 18 van de EG-concentratieverordening⁴ (hierna: „COVO”). Daarnaast moet worden gewezen op de bij de COVO horende uitvoeringsverordening⁵ (hierna: „COVO-uitvoeringsverordening”), met name op de artikelen 13 en 17 ervan.

A. Concentratieverordening

7. Artikel 18 COVO („Horen van betrokkenen en van derden”) bepaalt onder meer:

„1. Alvorens de in artikel 6, lid 3, artikel 7, lid 3, in artikel 8, leden 2 tot en met 6, en in de artikelen 14 en 15 bedoelde beschikkingen te geven, stelt de Commissie de betrokken personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aangevoerde bezwaren in alle fasen van de procedure tot aan de raadpleging van het adviescomité kenbaar te maken.

2. [...]

3. De Commissie baseert haar beschikkingen uitsluitend op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. De rechten inzake de verdediging van de betrokkenen worden bij het verloop van de procedure ten volle gewaarborgd. Het dossier is ten minste toegankelijk voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven.

4. [...]”

⁴ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1).

⁵ Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 133, blz. 1).

B. Uitvoeringsverordening bij de concentratieverordening

8. Van hoofdstuk IV van de COVO-uitvoeringsverordening, met als opschrift „Uitoefening van het recht te worden gehoord; hoorzittingen”, maakt artikel 13, lid 2, deel uit. In deze bepaling staat te lezen:

„De Commissie doet de aanmeldende partijen schriftelijk mededeling van haar bezwaren.

De Commissie stelt in de mededeling van punten van bezwaar een termijn vast waarbinnen de aanmeldende partijen hun opmerkingen schriftelijk aan de Commissie kenbaar mogen maken.

[...]”

9. Tot slot bevat hoofdstuk V van de COVO-uitvoeringsverordening („Toegang tot het dossier en behandeling van vertrouwelijke informatie”) een artikel 17 met de volgende bewoordingen:

„1. Op verzoek verleent de Commissie de partijen tot welke zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, toegang tot het dossier om hen in staat te stellen hun rechten van verdediging uit te oefenen. Toegang wordt verleend na de kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar.

2. [...]

3. Het recht van toegang tot het dossier geldt niet voor vertrouwelijke inlichtingen of interne documenten van de Commissie of van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. [...]

4. [...]”

III. Achtergrond van het geding

10. UPS en TNT zijn wereldwijd actief in de sector van gespecialiseerde vervoers- en logistieke diensten. Binnen de Europese Economische Ruimte zijn zij aanwezig op de markten van internationale expreslevering van kleine pakketten.

A. Administratieve procedure

11. Op 15 juni 2012 heeft UPS bij de Europese Commissie haar voornemen om TNT over te nemen aangemeld op grond van de COVO en de COVO-uitvoeringsverordening.

12. Bij het litigieuze besluit van 30 januari 2013 heeft de Commissie deze overname onverenigbaar met de interne markt en met de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) verklaard, op grond dat zij in vijftien lidstaten op significante wijze de daadwerkelijke mededinging zou belemmeren op de markt van internationale expreslevering van kleine pakketten binnen de EER.

13. De aan het litigieuze besluit ten grondslag liggende prognose van de Commissie over de te verwachten ongunstige ontwikkeling van de mededinging op de betrokken markten was in belangrijke mate gebaseerd op een econometrische analyse aan de hand van een prijs-concentratie-model. Volgens de bevindingen van het Gerecht vertoonde het uiteindelijk door de Commissie gehanteerde prijs-concentratie-model echter aanzienlijke verschillen ten opzichte van het model dat tijdens de administratieve procedure met UPS was besproken, meer bepaald op het vlak van de gebruikte

variabelen (zogenaamde „gediscretiseerde variabelen” respectievelijk „continue variabelen”).⁶ Voorts stelt het Gerecht vast dat de Commissie UPS niet in de gelegenheid heeft gesteld om tijdens de administratieve procedure opmerkingen te maken over de wezenlijke veranderingen die in het prijs-concentratie­model waren aangebracht.⁷

B. Procedure in eerste aanleg

14. Tegen het litigieuze besluit heeft UPS op 5 april 2013 beroep ingesteld bij het Gerecht. De president van de Vierde kamer van het Gerecht heeft op 21 oktober 2013 FedEx Corp. (FedEx) toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie in de procedure in eerste aanleg.

15. Bij het thans bestreden arrest heeft het Gerecht op 7 maart 2017 het litigieuze besluit van de Commissie nietig verklaard en de Commissie verwezen in haar eigen kosten en die van UPS, terwijl Fedex haar eigen kosten moest dragen.

16. De nietigverklaring van het litigieuze besluit was alleen gebaseerd op de omstandigheid dat de Commissie had nagelaten om de eindversie van het door haar gehanteerde prijs-concentratie­model aan UPS te bezorgen⁸, hoewel zij deze eindversie, die in niet-verwaarloosbare mate van de oorspronkelijke versie afweek⁹, reeds op 21 november 2012 had vastgesteld¹⁰, dat wil zeggen meer dan twee maanden vóór de vaststelling van het litigieuze besluit. Hierin zag het Gerecht een schending van de rechten van verdediging van UPS.¹¹

IV. Procedure bij het Gerecht

17. Bij akte van 16 mei 2017 heeft de Commissie de onderhavige hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van 7 maart 2017. Zij verzoekt:

- het arrest te vernietigen;
- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

18. UPS verzoekt op haar beurt:

- de hogere voorziening ten dele niet-ontvankelijk en ten dele niet ter zake dienend te verklaren;
- de hogere voorziening af te wijzen, voor zover zij ontvankelijk en ter zake dienend is, en subsidiair de zaak te beslechten met handhaving van het dictum van het bestreden arrest na wijziging van de motivering;
- de Commissie alsook elke mogelijke interveniënt te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure in hogere voorziening en van de procedure in eerste aanleg.

⁶ Punten 205-208 van het bestreden arrest.

⁷ Punten 203 en 208 van het bestreden arrest.

⁸ Punten 203 en 208 van het bestreden arrest.

⁹ Punten 205-208 van het bestreden arrest.

¹⁰ Punten 202 en 220 van het bestreden arrest.

¹¹ Punten 210 en 221 van het bestreden arrest.

19. De hogere voorziening van de Commissie is voor het Gerecht schriftelijk behandeld. FedEx heeft niet aan de procedure in hogere voorziening deelgenomen.

V. Beoordeling

20. Allereerst moet worden verduidelijkt dat noch de doelmatigheid van het gebruik van een econometrische analyse noch de inhoudelijke juistheid van het prijs-concentratie-model waarop de Commissie zich voor haar analyse heeft gebaseerd, het voorwerp van de onderhavige procedure in hogere voorziening uitmaken. Wanneer de partijen in hun memories her en der afdwalen naar een discussie over de vraag of de Commissie vanuit econometrisch oogpunt heeft gehandeld volgens de regels van de kunst, heeft dit dus geen duidelijke meerwaarde voor de beslechting van het onderhavige geding.

21. Bijgevolg zal ik hierna niet verder uitweiden over dit aspect en in plaats daarvan uitsluitend ingaan op de procedurele waarborgen voor het gebruik van econometrische analyses in het kader van concentratiecontrole, zoals die in casu op exemplarische wijze aan de orde zijn gesteld.

A. Prealabele procedurele vragen

22. In haar memorie van antwoord werpt UPS drie prealabele procedurele vragen op die volgens haar rechtvaardigen dat de hogere voorziening van de Commissie ten dele niet-ontvankelijk en ten dele niet ter zake dienend (Frans: „inopérant”) wordt verklaard, en dat het geding hoe dan ook definitief wordt beslecht zonder terugverwijzing naar het Gerecht.

23. Ten eerste betoogt UPS dat de Commissie het Hof ertoe wil brengen om de feiten opnieuw te beoordelen, hetgeen volgens vaste rechtspraak in het stadium van de hogere voorziening niet-ontvankelijk is, tenzij sprake zou zijn van een onjuiste opvatting van feiten of bewijsmateriaal.¹²

24. Dit argument van UPS is niet overtuigend. De Commissie beperkt zich hier namelijk geenszins tot een loutere toetsing van de beoordeling van de feiten en bewijzen door het Gerecht. De Commissie werpt daarentegen een echte rechtsvraag op, namelijk de vraag naar de reikwijdte van de rechten van verdediging van ondernemingen in het kader van procedures van concentratiecontrole van de Unie. In dit verband stelt de Commissie met name de juridische kwalificatie van de feiten door het Gerecht aan de orde. In wezen gaat het namelijk om de vraag of het Gerecht op grond van het feit dat UPS niet is gehoord over de eindversie van het prijs-concentratie-model, rechtens gegrond kon besluiten dat de rechten van de verdediging waren geschonden. Over deze vraag kan en moet het Hof zich als instantie in hogere voorziening buigen.¹³

25. Ten tweede voert UPS aan dat de Commissie hier uitsluitend haar argumenten uit de procedure in eerste aanleg herhaalt, hetgeen in het stadium van de hogere voorziening eveneens ontoelaatbaar is.

¹² Arresten van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 29; 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punten 103 en 104, en 26 juni 2012, Polen/Commissie, C-335/09 P, EU:C:2012:385, punten 83 en 84.

¹³ Zie in die zin arresten van 15 mei 1997, Siemens/Commissie, C-278/95 P, EU:C:1997:240, punten 44 en 45; 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 60, en 4 april 2017, Bürgerbeauftragter/Staelen, C-337/15 P, EU:C:2017:256, punten 53 en 54.

26. Ook dit bezwaar van UPS is niet steekhoudend. Zoals het Gerecht herhaaldelijk heeft geoordeeld, zou de procedure in hogere voorziening immers ten dele aan betekenis verliezen indien een partij in hogere voorziening niet kon voortbouwen op argumenten die reeds in eerste aanleg zijn uiteengezet.¹⁴ Het is juist dat van de rekwirant in dit verband wordt verwacht dat hij concreet ingaat op het arrest in eerste aanleg.¹⁵ Dat is evenwel precies wat de Commissie in haar hogere voorziening doet, zij het niet op een bijzonder gestructureerde manier. In wezen verwijt de Commissie het Gerecht dat het onvoldoende aandacht heeft besteed aan haar in eerste aanleg aangevoerde argumenten, en dat het bovendien de juridische situatie met betrekking tot de rechten van de verdediging onjuist heeft beoordeeld. Dergelijke grieven zijn in het stadium van de hogere voorziening zonder meer ontvankelijk.

27. Ten derde is UPS van mening dat de hogere voorziening van de Commissie niet ter zake dienend is, omdat de nietigverklaring van het litigieuze besluit ook om andere redenen is geboden dan de door het Gerecht vastgestelde schending van de rechten van de verdediging. Met name wijst UPS op een aantal motiveringsgebreken die volgens haar aan het litigieuze besluit kleven.

28. Hierbij moeten echter twee kanttekeningen worden gemaakt. Om te beginnen raakt de vraag of een hogere voorziening volledig of gedeeltelijk niet ter zake dienend is, de gegrondheid van deze hogere voorziening.¹⁶ Zij kan dan ook niet los worden behandeld van de gegrondheid van de afzonderlijke grieven die in hogere voorziening zijn geformuleerd. Daarbij komt dat de door UPS bekritiseerde motiveringsgebreken van het litigieuze besluit niet door het Gerecht zijn getoetst in het bestreden arrest. In hogere voorziening behandelt het Hof uitsluitend de wijze waarop het Gerecht het geding in eerste aanleg heeft beslecht.¹⁷

29. Alles bij elkaar genomen is de hogere voorziening bijgevolg ontvankelijk en zou zij tevens, mocht zij gegrond blijken te zijn, zeer wel kunnen leiden tot de vernietiging van het bestreden arrest, alsook tot de terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht.

B. Gegrondheid van de hogere voorziening

30. Inhoudelijk draait het geding tussen de Commissie en UPS in wezen om de vraag of het rechtens vereist was UPS tijdens de administratieve procedure in kennis te stellen van de wijziging van het prijs-concentratie-model van de Commissie en haar de gelegenheid te bieden om daarover opmerkingen te maken, zoals het Gerecht in zijn arrest heeft aangenomen.

31. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend en formuleert in dit verband diverse punten van kritiek op het bestreden arrest die in vier afzonderlijke middelen zijn vervat. Het komt mij echter voor dat deze vier middelen niet bijzonder duidelijk zijn ingedeeld en elkaar bovendien in vele opzichten overlappen. Derhalve geef ik het Hof in overweging om de argumenten van de Commissie in drie grote thematische gebieden in te delen:

- de rechten van de verdediging (daarover zo dadelijk in afdeling 1);

14 Arresten van 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie, C-131/03 P, EU:C:2006:541, punt 51; 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 47, en 19 januari 2017, Commissie/Total en Elf Aquitaine, C-351/15 P, EU:C:2017:27, punt 31.

15 Arresten van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie, C-210/98 P, EU:C:2000:397, punt 43; 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie, C-362/05 P, EU:C:2007:322, punt 92, en 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 47.

16 Arresten van 30 september 2003, Eurocoton e.a./Raad, C-76/01 P, EU:C:2003:511, punt 52, en 29 september 2011, Arkema/Commissie, C-520/09 P, EU:C:2011:619, punt 31. Zie in die zin ook arrest van 14 oktober 2014, Buono e.a./Commissie, C-12/13 P en C-13/13 P, EU:C:2014:2284, punt 64.

17 Arresten van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., C-136/92 P, EU:C:1994:211, punt 59; 11 december 2008, Commissie/Département du Loiret, C-295/07 P, EU:C:2008:707, punt 95, en 12 september 2017, Anagnostakis/Commissie, C-589/15 P, EU:C:2017:663, punt 55.

- de gevolgen van een eventuele schending van de rechten van de verdediging (zie verderop in afdeling 2);
- de motiveringsvereisten waaraan het arrest in eerste aanleg moet voldoen (daarover meer in slotafdeling 3).

Daarbij zal het zwaartepunt van de uiteenzettingen moeten liggen op de problematiek van de rechten van de verdediging.

1. De rechten van de verdediging

32. De voornaamste grief van de Commissie, die vooral wordt aangevoerd in het tweede en derde onderdeel van haar eerste middel, is gericht tegen de vaststelling van het Gerecht dat de rechten van verdediging van UPS tijdens de administratieve procedure zijn geschonden.¹⁸ De Commissie is de mening toegedaan dat het Gerecht ten onrechte heeft aangenomen dat van een dergelijke schending van de rechten van de verdediging sprake was.

33. Volgens vaste rechtspraak is de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen en zelfs fundamenteel beginsel van Unierecht dat van toepassing is op alle procedures die kunnen leiden tot een voor de betrokken persoon bezwarende maatregel.¹⁹ Dit beginsel vloeit voort uit het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten neergelegde recht op behoorlijk bestuur.²⁰

34. Wat de door de Commissie uit te voeren procedures van concentratiecontrole betreft, zijn de rechten van de verdediging – voor zover hier relevant – geconcretiseerd in artikel 18 COVO en in artikel 13 van de COVO-uitvoeringsverordening. Krachtens artikel 18, lid 1, COVO moet de Commissie de betrokken ondernemingen in de gelegenheid stellen om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aangevoerde bezwaren kenbaar te maken. In artikel 13, lid 2, van de COVO-uitvoeringsverordening wordt daaraan toegevoegd dat deze bezwaren schriftelijk aan de betrokken ondernemingen moeten worden meegedeeld. Voorts volgt uit artikel 18, lid 3, eerste volzin, COVO duidelijk dat de Commissie belastende besluiten in concentratieprocedures uitsluitend baseert op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken.

35. Hierna zal ik, uitgaande van de grieven van de Commissie, eerst nagaan of de rechten van de verdediging eigenlijk wel toepassing vinden op econometrische analyses (zo dadelijk onder afdeling a), en vervolgens welke vereisten in voorkomend geval uit de rechten van de verdediging voortvloeien voor de uitvoering van dergelijke analyses (zie dienaangaande verderop onder afdeling b).

a) Toepassing van de rechten van de verdediging op econometrische analyses

36. In de eerste plaats putten partijen zich uit in argumenten over de vraag of de rechten van de verdediging eigenlijk wel toepassing vinden op een econometrisch model zoals het in casu gebruikte prijs-concentratie-model. Terwijl de Commissie stelt dat een dergelijk model louter fungeert als instrument met behulp waarvan de mededingingsautoriteit een voorgenomen concentratie aan een mededingingsrechtelijke beoordeling onderwerpt en waarover de betrokken ondernemingen niet specifiek moeten worden gehoord, brengt UPS daartegen in dat econometrische modellen deel uitmaken van de feiten en het bewijsmateriaal, waarover de ondernemingen vanzelfsprekend opmerkingen mogen maken.

18 Punten 210 en 221 van het bestreden arrest.

19 Arresten van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a., C-32/95 P, EU:C:1996:402, punt 21; 22 oktober 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, punt 38, en 14 juni 2016, Marchiani/Parlement, C-566/14 P, EU:C:2016:437, punt 51. Zie ook arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 52.

20 Zie dienaangaande reeds mijn conclusie in de zaak Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:256, punt 152.

37. Het komt mij voor dat de discussie over de indeling van econometrische modellen bij deze of gene categorie een bijzaak is die voor de uitkomst van het onderhavige geding irrelevant is.

38. Volgens vaste rechtspraak vereist de eerbiediging van de rechten van de verdediging immers dat de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, in staat worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over alle *elementen* waarop het bestuur zijn besluit wil baseren.²¹

39. Zonder twijfel gaat het bij een econometrisch model zoals het hier aan de orde zijnde prijs-concentratie-model om een *element* waarop de Commissie zich bij haar mededingingsrechtelijke analyse met het oog op de vaststelling van het litigieuze besluit in zeer belangrijke mate heeft gebaseerd. Of, om het met de bewoordingen van artikel 18, leden 1 en 3, COVO uit te drukken: het voornoemde model was een van de wezenlijke grondslagen van de bezwaren waarmee de Commissie zich tegen de voorgenomen concentratie van ondernemingen heeft verzet. Onder deze omstandigheden lijkt het mij voor de hand te liggen dat de Commissie UPS in staat moest stellen om haar standpunt over dit prijs-concentratie-model naar behoren kenbaar te maken, teneinde haar rechten van verdediging te eerbiedigen. Dit geldt des te meer in het licht van de bedenking dat een dergelijk econometrisch model – zoals het onderhavige geval op een indrukwekkende manier illustreert – volstrekt verschillende resultaten kan opleveren naargelang van de concrete invulling en toepassing ervan.

40. Het is ook zinloos zich het hoofd te breken over de vraag of het gehanteerde econometrisch model een belastend dan wel een ontlastend element was.²² Om de rechten van de verdediging te vrijwaren, is het van essentieel belang dat de betrokken ondernemingen in staat worden gesteld om naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over *alle* elementen waarop de Commissie zich wenst te baseren om een besluit in een concentratiezaak vast te stellen. Niet de Commissie maar de betrokken onderneming zelf gaat na of bepaalde elementen uit het dossier dienstig zouden kunnen zijn voor haar verweer.²³ Opdat de onderneming deze keuze zou kunnen maken, moeten haar zonder onderscheid alle elementen ter kennis worden gebracht waarop de Commissie zich wenst te baseren. Meer nog, zij moet toegang kunnen krijgen tot alle *elementen* die de Commissie in de voornoemde concentratiezaak heeft *vastgesteld*, dus uiteindelijk ook elementen waarop de Commissie zich mogelijkerwijs niet wenst te baseren.

41. Bijzonder weinig overtuigend is ten slotte de poging van de Commissie om haar econometrische analyses onder verwijzing naar artikel 17, lid 3, eerste volzin, van de COVO-uitvoeringsverordening als strikt interne documenten te kwalificeren die zij de betrokken ondernemingen niet – en al zeker niet vóór de vaststelling van haar besluit in een concentratiezaak – hoeft te overhandigen.

21 Arresten van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a., C-32/95 P, EU:C:1996:402, punt 21; 22 oktober 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, punt 38, en 14 juni 2016, Marchiani/Parlement, C-566/14 P, EU:C:2016:437, punt 51.

22 Zoals blijkt uit de uitwisseling van standpunten tussen de Commissie en UPS voor het Hof, heeft het prijs-concentratie-model in de onderhavige zaak deels belastende en deels ontlastende resultaten voor UPS opgeleverd. Enerzijds heeft de Commissie zich in het litigieuze besluit in belangrijke mate op dit model gebaseerd om de voorgenomen concentratie te verbieden. Anderzijds bleek uit de eindversie van dat model echter ook dat de voorgenomen concentratie tot een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging zou leiden op een geringer aantal markten dan oorspronkelijk was aangenomen.

23 Arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 54.

42. Op een gebied zoals dat van de concentratiecontrole, waar de Commissie inhoudelijk over een zeer ruime beoordelingsmarge beschikt, is de inachtneming van de procedurele waarborgen van bijzonder belang.²⁴ De rechten van de verdediging zou iedere betekenis worden ontnomen wanneer de Commissie de betrokken ondernemingen in het ongewisse zou laten over de wezenlijke denkstappen en berekeningen waarop haar prognose van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging is gestoeld. De ondernemingen zouden in dat geval hun standpunt niet *naar behoren* kenbaar kunnen maken.²⁵

43. Voorts verplicht het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten neergelegde recht op behoorlijk bestuur de Commissie tot de toepassing van een *billijke* procedure. Het zou niet te rijmen vallen met dit fundamentele billijkheidsgebod als de betrokken ondernemingen er uiteindelijk alleen maar naar zouden kunnen gissen waartegen zij zich moeten verdedigen.

44. De Commissie werpt nog tegen dat het de betrokken ondernemingen vrijstaat om zich in voorkomend geval te wenden tot de raadsadviseur-auditeur en hem te verzoeken om toegang tot bepaalde dossierstukken die hun werden onthouden. Ook dit argument moet echter van de hand worden gewezen. Krachtens artikel 18, lid 1, COVO is de mededingingsautoriteit immers rechtens verplicht om – uit eigen beweging – de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te stellen om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aangevoerde bezwaren kenbaar te maken en hun de onderliggende wezenlijke denkstappen en berekeningen – daaronder begrepen de gebruikte variabelen – toe te lichten. Daartoe hoeven de ondernemingen geenszins het initiatief te nemen of zelfs als vragende partij op te treden.

45. Alles welbeschouwd valt een prijs-concentratie-model als het hier aan de orde zijnde dan ook ondubbelzinnig binnen de werkingssfeer van de rechten van de verdediging. In zoverre heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

b) Vereisten die voortvloeien uit de rechten van de verdediging

46. In de tweede plaats is tussen partijen een levendige discussie gevoerd over de vereisten die precies uit de rechten van de verdediging voortvloeien wanneer de Commissie zich bij een besluit in een concentratiezaak zoals het litigieuze besluit wenst te baseren op een econometrische analyse. In wezen is in geschil of het in alle gevallen vereist is om de betrokken ondernemingen de *eindversie* van een econometrisch model te bezorgen en hen in de gelegenheid te stellen om daarover opmerkingen te maken voordat de Commissie haar besluit vaststelt waarmee de procedure eindigt.

– *Argument van de Commissie dat een besluit in een concentratiezaak mag afwijken van de voorafgaande mededeling van punten van bezwaar*

47. Om te beginnen herinnert de Commissie aan de vaste rechtspraak²⁶ volgens welke een besluit waarmee een mededingingszaak wordt afgesloten, feitelijk en rechtens niet in alle onderdelen moet overeenstemmen met de voorafgaande mededeling van punten van bezwaar, en dat eventuele afwijkingen van deze mededeling ook niet nader hoeven te worden gemotiveerd. Op basis van deze

24 Arresten van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punt 14; 19 juli 2012, Raad/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group, C-337/09 P, EU:C:2012:471, punt 107, en 4 april 2017, Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255, punt 46.

25 Zie dienaangaande de reeds aangehaalde arresten van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a., C-32/95 P, EU:C:1996:402, punt 21; 22 oktober 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, punt 38, en 14 juni 2016, Marchiani/Parlement, C-566/14 P, EU:C:2016:437, punt 51.

26 De Commissie verwijst naar de arresten van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, met name punten 61, 63 en 64, en 9 maart 2015, Deutsche Börse/Commissie, T-175/12, EU:T:2015:148, met name punten 246, 253-258, 314 en 344.

rechtspraak tracht zij aannemelijk te maken dat de mededingingsautoriteit in een concentratieprocedure niet gehouden is om de betrokken ondernemingen voorafgaandelijk de eindversie van het door haar gehanteerde econometrische model te doen toekomen en hen over dit model te horen.

48. Dit argument lijkt mij niet steekhoudend. Het is juist dat de mededeling van punten van bezwaar in mededingingsprocedures slechts een voorlopig document is, waarvan het besluit waarmee de procedure wordt afgesloten, zonder nadere motivering kan afwijken.²⁷ Het spreekt echter vanzelf dat dergelijke afwijkingen alleen zijn toegestaan binnen de grenzen die worden getrokken door de rechten van de verdediging.

49. Indien de Commissie *ten gunste* van de betrokken ondernemingen afwijkt van de mededeling van punten van bezwaar door een aantal bezwaren te laten vallen, hoeft zij de ondernemingen uiteraard niet opnieuw te horen. Hetzelfde geldt wanneer de Commissie haar bezwaren in het licht van de door de ondernemingen aangevoerde tegenargumenten verfijnt of verder ontwikkelt. Wijkt de Commissie echter *ten nadele* van de betrokken ondernemingen af van de mededeling van punten van bezwaar door volledig nieuwe elementen, theorieën of berekeningsmodellen aan de orde te stellen waarover zij de ondernemingen nog niet heeft gehoord, dan is zij verplicht om deze ondernemingen in de gelegenheid te stellen om daarover opmerkingen te maken. De Commissie mag haar besluiten waarmee de procedure wordt afgesloten, immers uitsluitend baseren op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken (artikel 18, lid 3, eerste volzin, COVO).²⁸

50. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld²⁹, vertoonde het econometrische model waarop de Commissie het litigieuze besluit had gebaseerd, niet-verwaarloosbare afwijkingen – te weten wat de voor de econometrische berekeningen gebruikte variabelen betreft – van het model dat zij voordien met UPS had besproken. Aan deze vaststelling is de Commissie gebonden, temeer daar zij dienaangaande geen grief inzake een verkeerde opvatting van de feiten of het bewijsmateriaal heeft aangevoerd.

51. Dientengevolge staat vast dat de Commissie zich in het litigieuze besluit op *andere bezwaren* heeft gebaseerd dan die waarover UPS opmerkingen heeft gemaakt, ook al heeft zij uiteindelijk vastgehouden aan haar prognose van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, met prijsstijgingen in een aantal lidstaten, en dus ook aan haar negatieve algemene beoordeling van de voorgenomen concentratie.

52. Vanuit dit perspectief heeft het Gerecht dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

– *Bijzonderheden van de controle op concentraties en hun gevolgen voor de rechten van de verdediging*

53. Vervolgens beklemtoont de Commissie de bijzonderheden van de controle op concentraties op Unieniveau. Zij onderstreept dat de procedure voor de controle op concentraties wordt gekenmerkt door een dwingend vereiste van snelheid dat zich met name vertaalt in strikte termijnen.³⁰ Hieruit concludeert zij dat er in het kader van concentratiecontroleprocedures geen ruimte kan bestaan voor eindeloze debatten tussen de Commissie en de betrokken ondernemingen over de econometrische modellen die moeten worden gehanteerd.

27 Arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punten 63-65.

28 Zie in die zin ook arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 63, laatste volzin, volgens hetwelk de mededeling van punten van bezwaar geenszins belet dat de Commissie haar standpunt wijzigt *ten gunste* van de betrokken ondernemingen.

29 Punten 205-208 van het bestreden arrest.

30 Arresten van 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punt 39, en 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punten 49 en 90.

54. Het klopt dat de beperkingen waarmee de Europese mededingingsautoriteit bij de controle op concentraties te kampen heeft (met name aanzienlijke tijdsdruk, maar ook beperkte middelen), niet zonder gevolgen kunnen blijven voor de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun rechten van verdediging uitoefenen.

55. Derhalve mogen de betrokken ondernemingen in inhoudelijk opzicht niet meer verwachten dan een korte en bondige beschrijving van het door de Commissie gebruikte econometrische model. Deze beschrijving dient zodanig te zijn dat zij probleemloos kan worden begrepen door een persoon die in econometrische vraagstukken is onderlegd.

56. Daarbij komt dat er in temporeel opzicht niet zoiets mag ontstaan als een pingpongspel waarbij de ondernemingen steeds weer nieuwe bedenkingen opwerpen tegen het econometrische model waaraan de Commissie de voorkeur geeft, en waarbij de Commissie hen vervolgens in de gelegenheid moet stellen om opmerkingen te maken over steeds nieuwe versies van dat model.

57. Ik voeg hier evenwel meteen aan toe dat aan de betrokken ondernemingen, ondanks de onbetwistbare beperkingen van de procedure voor de controle op concentraties, altijd voldoende ruimte voor hun verdediging moet worden gelaten, en dat hun rechten van verdediging niet in hun kern mogen worden aangetast.³¹ De wens om mededingingszaken met meer economische kennis van zaken te beoordelen, mag niet ten koste gaan van fundamentele procedurele waarborgen.

58. Wanneer de Commissie dus besluit om in het kader van mededingingsprocedures complexe economische analyses uit te voeren op basis van een „*more economic approach*”, is het eerst en vooral haar eigen verantwoordelijkheid om deze analyses zowel zorgvuldig en onpartijdig³² te verrichten, als zodanig tijdig uit te voeren dat zij probleemloos kunnen worden ingepast in het procedureverloop waarin de Uniewetgever heeft voorzien.

59. In beginsel moet het door de Commissie gehanteerde econometrische model, krachtens artikel 18, leden 1 en 3, COVO en artikel 13, lid 2, van de COVO-uitvoeringsverordening, in de mededeling van punten van bezwaar aan de betrokken ondernemingen ter kennis worden gebracht en in essentie worden toegelicht. De nodige verfijning van dit model in het licht van het door de Commissie verrichte onderzoek en van haar eventuele besprekingen met de betrokken ondernemingen, moet op het tijdstip van de mededeling van punten van bezwaar voltooid zijn. Vervolgens hebben de betrokken ondernemingen de gelegenheid om de mededeling van punten van bezwaar te beantwoorden en daarbij ook opmerkingen te maken over het econometrische model.

60. Wanneer de Commissie bij wijze van uitzondering de eindversie van het door haar gehanteerde econometrische model pas op een later tijdstip vaststelt, mag deze vertraging niet ten koste gaan van de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen. Veeleer moet de Commissie de betrokken ondernemingen in een dergelijke situatie opnieuw horen over dit specifieke punt, tenzij de eindversie niet meer aanzienlijk afwijkt van de versies die voordien met de ondernemingen zijn besproken, of slechts een verdere ontwikkeling is van die versies in het licht van de argumenten van de ondernemingen.³³

³¹ Zie in die zin arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 66, volgens hetwelk de argumenten van de partijen bij een voorgenomen concentratie in de procedure voor de controle op concentraties op dezelfde wijze in aanmerking moeten worden genomen als de argumenten van de betrokken ondernemingen in procedures die de Commissie heeft ingeleid op grond van artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU.

³² Zie dienaangaande nogmaals de hierboven in voetnoot 24 aangehaalde rechtspraak.

³³ Zie dienaangaande hierboven punt 49 van deze conclusie.

61. In het onderhavige geval lag de eindversie van het hier aan de orde zijnde prijs-concentratie-model – dat met betrekking tot de gebruikte variabelen in niet-verwaarloosbare mate van eerdere versies afweek³⁴ – volgens de bevindingen van het Gerecht vast op 21 november 2012.³⁵ De Commissie heeft geen aanwijzingen verstrekt over concrete beperkingen van de concentratiecontroleprocedure die met zich meebrachten dat zij op dat tijdstip, nog ruim twee maanden vóór het bij het litigieuze besluit uitgevaardigde concentratieverbod, in de praktische onmogelijkheid verkeerde om UPS binnen een korte antwoordtermijn te horen over het voornoemde model.

62. Tegen deze achtergrond kan het Gerecht niet worden verweten dat het te weinig betekenis heeft toegekend aan de bijzonderheden van de controle op concentraties en inzonderheid het ter zake geldende dwingende vereiste van snelheid.

– *Vermeend intuïtief begrijpelijke wijzingen in het door de Commissie gehanteerde prijs-concentratie-model*

63. Tot slot voert de Commissie aan dat zij ervan kon afzien UPS te horen over de eindversie van het door haar gehanteerde prijs-concentratie-model, omdat de werking van dit model voor UPS intuïtief begrijpelijk was.

64. Het klopt dat de Commissie niet verplicht is om de betrokken ondernemingen te horen over een loutere verdere ontwikkeling of verfijning van de door haar gehanteerde elementen, theorieën of berekeningsmodellen waarover deze ondernemingen reeds opmerkingen hebben kunnen maken.³⁶ In het onderhavige geval heeft het Gerecht evenwel vastgesteld dat de eindversie van het door de Commissie gehanteerde prijs-concentratie-model, wat de gebruikte variabelen betreft, in niet-verwaarloosbare mate afweek van de versie die voordien met UPS was besproken.³⁷ Aan deze vaststelling is de Commissie gebonden, temeer daar zij dienaangaande geen grief inzake een verkeerde opvatting van de feiten of het bewijsmateriaal heeft aangevoerd.

65. Onder deze omstandigheden kan zelfs bij welwillende beschouwing niet worden verdedigd dat de werking van de eindversie van het door de Commissie gehanteerde prijs-concentratie-model voor UPS intuïtief begrijpelijk was. Ook in zoverre heeft het Gerecht andermaal geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

2. Gevolgen van de vastgestelde schending van de rechten van de verdediging voor de gegrondheid van het litigieuze besluit

66. Met een afzonderlijk argument voert de Commissie in haar tweede en in haar vierde middel aan dat het Gerecht, zelfs indien een schending van de rechten van verdediging van UPS zou worden vastgesteld, het litigieuze besluit niet nietig had mogen verklaren. De Commissie betoogt dat haar prognose van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in elk geval voor twee lidstaten – Denemarken en Nederland – stand houdt, zelfs wanneer de resultaten van het prijs-concentratie-model buiten beschouwing worden gelaten.

³⁴ Punten 205-208 van het bestreden arrest.

³⁵ Punten 202 en 220 van het bestreden arrest.

³⁶ Zie dienaangaande nogmaals hierboven punt 49 van deze conclusie.

³⁷ Punten 205-208 van het bestreden arrest.

67. Volgens vaste rechtspraak rechtvaardigt een procedurefout de nietigverklaring van een besluit van de Commissie enkel wanneer de administratieve procedure zonder die fout een andere afloop had kunnen hebben.³⁸ Met andere woorden, het mag niet uitgesloten zijn dat de procedurefout gevolgen heeft gehad voor de inhoud van het besluit, en dat het besluit dus een andere inhoud had kunnen hebben.³⁹

68. In mededingingsprocedures kan een procedurefout met betrekking tot een bepaald bewijsmiddel verwaarloosbaar zijn wanneer de Commissie nog over andere voldoende overtuigende bewijsmiddelen beschikt om te bewijzen dat artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU is geschonden, en met betrekking tot deze bewijsmiddelen geen procedurefout is begaan.⁴⁰

69. De concentratiecontrole onderscheidt zich echter door de bijzonderheid dat de Commissie in haar besluiten tot goedkeuring of verbod van voorgenomen concentraties op prognoses gebaseerde besluiten moet nemen die steeds berusten op een groot aantal kwantitatieve en kwalitatieve factoren.

70. In het onderhavige geval toont het verloop van de gebeurtenissen op indrukwekkende wijze aan dat de concrete invulling van een prijs-concentratie­model van doorslaggevend belang kan zijn voor het aantal lidstaten waarvoor de Commissie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zal voorspellen. In haar mededeling van punten van bezwaar ging de Commissie immers nog uit van 29 nationale markten waarvoor de voorgenomen concentratie een dergelijk negatieve uitwerking zou hebben, terwijl het litigieuze besluit tot verbod van deze concentratie – met name op grond van de wijzigingen die zijn aangebracht in het gehanteerde prijs-concentratie­model – nog slechts is gebaseerd op een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in 15 lidstaten.

71. Bovendien merkt UPS zeer terecht op dat, in een geval zoals het onderhavige, de prognose van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in bepaalde lidstaten sterker of zwakker kan uitvallen naargelang de Commissie zich behalve op andere elementen ook kan baseren op een aanvullende prijs-concentratie­analyse. De kwalitatieve factoren die de Commissie voor het Hof in het bijzonder heeft beklemtoond en waaruit negatieve gevolgen voor de mededinging zijn af te leiden, kunnen bij de globale beoordeling minder gewicht in de schaal leggen wanneer kwantitatieve econometrische berekeningen waardoor die kwalitatieve factoren oorspronkelijk waren versterkt, plotseling op losse schroeven komen te staan.

72. Ik voeg hieraan toe dat een betrokken onderneming zich normaal gesproken gemakkelijker kan verdedigen tegen het bezwaar van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in slechts twee lidstaten (in casu Denemarken en Nederland, waarvoor de Commissie ook los van haar econometrische analyse en op grond van kwalitatieve overwegingen aanzienlijke mededingingsproblemen voorspelde) dan tegen het bezwaar van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in 15 lidstaten (waarop de Commissie het litigieuze besluit had gebaseerd) of zelfs in negenentwintig staten (waarvan de Commissie nog was uitgegaan in haar mededeling van punten van bezwaar).

38 Arresten van 10 juli 1980, *Distillers Company/Commissie*, 30/78, EU:C:1980:186, punt 26, en 14 februari 1990, *Frankrijk/Commissie*, C-301/87, EU:C:1990:67, punt 31; in die zin ook arresten van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 73, en 29 juni 2006, *SGL Carbon/Commissie*, C-308/04 P, EU:C:2006:433, punten 97 en 98.

39 Arresten van 29 oktober 1980, van *Landewyck e.a./Commissie*, 209/78–215/78 en 218/78, EU:C:1980:248, punt 47, en 23 april 1986, *Bernardi/Parlement*, 150/84, EU:C:1986:167, punt 28; in die zin ook arresten van 25 oktober 2011, *Solvay/Commissie*, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punten 57 en 62, en 6 september 2017, *Intel/Commissie*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 96-98.

40 Zie in die zin met name arrest van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e. a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 72 en 73, waarop de Commissie zich beroept.

73. Ook de kansen om bezwaren van de Commissie met passende verbintenissen te ontcrachten om aldus het pad te effenen naar een goedkeuring van de voorgenomen concentratie onder bepaalde voorwaarden en verplichtingen, zijn normaal gesproken beter wanneer de betrokken onderneming slechts voor twee nationale markten specifieke verbintenissen moet aanbieden en niet voor 15 dergelijke markten, laat staan voor het gehele grondgebied van de Unie of van de volledige Europese Economische Ruimte.

74. Bijgevolg heeft het Gerecht volkomen terecht vastgesteld dat UPS zich beter had kunnen verweren indien deze onderneming reeds vóór de vaststelling van het litigieuze besluit had beschikt over de eindversie van de door de Commissie gekozen econometrische analyse.⁴¹ Het was dan ook niet meer dan logisch dat het Gerecht onder deze omstandigheden het litigieuze besluit nietig heeft verklaard.

3. Motiveringsvereisten voor het arrest in eerste aanleg

75. Tot slot verwijt de Commissie het Gerecht in diverse onderdelen van haar vier middelen dat het niet is ingegaan op bepaalde aspecten van haar argumentatie in eerste aanleg. Het betreft in wezen de volgende punten:

- het „hoofdargument” van de Commissie dat zij niet verplicht was om UPS in kennis te stellen van wijzigingen die in het door haar gehanteerde econometrische model waren aangebracht (eerste onderdeel van het eerste middel);
- het argument van de Commissie dat zelfs een eventuele schending van de rechten van verdediging van UPS geen grond kon zijn voor nietigverklaring van het litigieuze besluit (tweede onderdeel van het tweede middel);
- het argument van de Commissie dat de in haar econometrische model aangebrachte wijzigingen intuïtief begrijpelijk waren voor UPS (eerste onderdeel van het derde middel);
- het argument van de Commissie dat de uitwisselingen tussen de diensten van de Commissie en de economen in dienst van UPS iedere schending van de rechten van de verdediging uitsluiten (tweede deel van het derde middel);
- het argument van de Commissie dat de door UPS tegen het litigieuze besluit aangevoerde grieven in elk geval met betrekking tot Denemarken en Nederland niet ter zake dienend is (tweede deel van het vierde middel).

76. In hogere voorziening heeft het toezicht van het Hof met name tot doel na te gaan of het Gerecht rechtens genoegzaam is ingegaan op alle door de partijen aangevoerde argumenten.⁴² Wanneer het Gerecht in het geheel niet ingaat op een wezenlijk punt van de argumentatie van een partij in eerste aanleg, wordt de op het Gerecht rustende motiveringsplicht geschonden⁴³ (artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie).

⁴¹ Punt 215 van het bestreden arrest.

⁴² Arresten van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 244, en 2 april 2009, France Télécom/Commissie, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 41.

⁴³ Zie in die zin arresten van 1 oktober 1991, Vidrányi/Commissie, C-283/90 P, EU:C:1991:361, punt 29; 17 december 1992, Moritz/Commissie, C-68/91 P, EU:C:1992:531, punten 37-39, en 20 mei 2010, Gogos/Commissie, C-583/08 P, EU:C:2010:287, punt 29.

77. Volgens vaste rechtspraak moet het Gerecht de door de partijen aangevoerde argumenten evenwel niet één voor één uitputtend behandelen, met name niet wanneer deze argumenten onvoldoende duidelijk en nauwkeurig zijn.⁴⁴ Integendeel, met betrekking tot specifieke punten kan de motivering van zijn arrest ook impliciet zijn.⁴⁵ Van beslissend belang is of het Gerecht de door de partijen aangevoerde argumenten voldoende heeft onderzocht.⁴⁶

78. Naar mijn mening blijkt uit het bestreden arrest voldoende duidelijk dat de Commissie volgens het Gerecht verplicht was om UPS de eindversie van haar econometrische model te bezorgen en deze onderneming daarover te horen, en wel omdat de Commissie niet-verwaarloosbare wijzigingen in dat model had aangebracht die niet voorafgaandelijk waren besproken met UPS.⁴⁷ Anders dan de Commissie in de procedure voor het Hof heeft gesteld, was haar betoog in eerste aanleg ter zake slechts zeer beknopt en ook niet helder onderverdeeld in een hoofdargument en overige argumenten.⁴⁸ Onder deze omstandigheden kan het Gerecht niet worden verweten dat het de argumentatie van de Commissie grondiger had moeten onderzoeken.

79. Tevens blijkt uit het bestreden arrest voldoende duidelijk dat de wijzigingen die de Commissie heeft aangebracht in haar prijs-concentratie-model niet intuïtief begrijpelijk waren voor UPS en met name geen uitvloeisel waren van de uitwisseling die eerder had plaatsgevonden met de adviseurs van deze onderneming.⁴⁹

80. Tot slot biedt de uiteenzetting van het Gerecht over de kwantitatieve en kwalitatieve informatie waarop de conclusies van het litigieuze besluit waren gebaseerd, op zijn minst impliciet een antwoord op de argumentatie van de Commissie met betrekking tot Denemarken en Nederland.⁵⁰

81. Bijgevolg heeft het Gerecht ten volle voldaan aan zijn motiveringsplicht krachtens artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Anders dan de Commissie zie ik ook geen tegenstrijdigheden in de motivering van het bestreden arrest.

82. In werkelijkheid komt het mij voor dat de Commissie met de door haar gehekelde tekortkomingen niet zozeer de formele motiveringsvereisten aan de orde wil stellen als wel de inhoudelijke gegrondheid van de motivering waarop het Gerecht het bestreden arrest heeft gebaseerd. Dat het Gerecht ten gronde tot een voor rekwirante onwelgevallige slotsom is gekomen, betekent op zichzelf beschouwd niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek vertoont.⁵¹

83. Al met al moet dan ook de grief worden afgewezen dat het Gerecht in het bestreden arrest niet voldoende is ingegaan op de argumenten van de Commissie.

44 Arresten van 6 maart 2001, Connolly/Commissie, C-274/99 P, EU:C:2001:127, punt 121; 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie, C-120/06 P en C-121/06 P, EU:C:2008:476, punt 91, en 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 83.

45 Arresten van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 372; 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/Commissie, C-40/12 P, EU:C:2013:768, punt 35, en 7 juni 2018, Ori Martin/Hof van Justitie van de Europese Unie, C-463/17 P, EU:C:2018:411, punt 26.

46 Arrest van 11 april 2013, Mindo/Commissie, C-652/11 P, EU:C:2013:229, punt 41; in die zin ook arrest van 25 oktober 2007, Komninou e.a./Commissie, C-167/06 P, EU:C:2007:633, punt 22.

47 Punt 209 junctis punten 205-208 van het bestreden arrest.

48 Het gaat in feite om slechts iets meer dan één pagina (punten 27-28) van het verweerschrift van de Commissie voor het Gerecht. Deze uiteenzetting begint met een verwijzing naar de gedachteswisseling over het prijs-concentratie-model die in de loop van de administratieve procedure heeft plaatsgevonden tussen de Commissie en UPS, en naar de vermeende vertraging in de standpuntbepalingen van UPS ten aanzien van dat model. Pas daarna behandelt de Commissie de rechtspraak over de verhouding tussen de mededeling van punten van bezwaar en het besluit waardoor er een einde komt aan de procedure.

49 Punt 208 van het bestreden arrest.

50 Punten 216-218 van het bestreden arrest.

51 Arresten van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie, C-362/05 P, EU:C:2007:322, punt 80, en 20 mei 2010, Gogos/Commissie, C-583/08 P, EU:C:2010:287, punt 35.

C. Samenvatting

84. Aangezien geen van de door de Commissie aangevoerde middelen tegen het bestreden arrest slaagt, dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

VI. Kosten

85. Volgens artikel 184, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer het de hogere voorziening afwijst.

86. Uit artikel 138, leden 1 en 2, juncto artikel 184, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering volgt dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van UPS in de kosten van deze hogere voorziening worden verwezen.

87. FedEx, interveniënte in eerste aanleg aan de zijde van de Commissie, heeft niet aan de procedure in hogere voorziening deelgenomen, zodat zij overeenkomstig artikel 184, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering niet kan worden verwezen in de kosten van deze hogere voorziening.

VII. Conclusie

88. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) De Europese Commissie draagt de kosten van de procedure.”