



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

16 januari 2019\*

„Hogere voorziening – Controle op concentraties van ondernemingen – Verwerving van TNT Express door UPS – Besluit van de Commissie waarbij de concentratie onverenigbaar met de interne markt en met de werking van de EER-Overeenkomst wordt verklaard – Econometrisch model dat door de Commissie is opgesteld – Niet-mededeling van wijzigingen in het econometrische model – Schending van de rechten van de verdediging”

In zaak C-265/17 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 16 mei 2017,

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door T. Christoforou, N. Khan, H. Leupold en A. Biolan als gemachtigden,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

**United Parcel Service, Inc.**, gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, advocaat, W. Knibbeler, S. A. Pliego en P. van den Berg, advocaten, en F. Roscam Abbing, advocate,

verzoekster in eerste aanleg,

**FedEx Corp.**, gevestigd te Memphis, Tennessee (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door F. Carlin, barrister, G. Bushell, solicitor, en N. Niejahr, Rechtsanwältin,

interveniente in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, vicepresident van het Hof, waarnemend voor de president van de Eerste kamer, A. Arabadjiev, E. Regan, C. G. Fernlund (rapporteur) en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

\* Procestaal: Engels.

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 juli 2018,  
het navolgende

### Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 7 maart 2017, *United Parcel Service/Commissie* (T-194/13, EU:T:2017:144; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht besluit C(2013) 431 van de Commissie van 30 januari 2013 waarin wordt verklaard dat een concentratie onverenigbaar is met de interne markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express; hierna: „litigieus besluit”), nietig heeft verklaard.

### Voorgeschiedenis van het geding

- 2 Uit het bestreden arrest blijkt dat *United Parcel Service Inc.* (hierna: „UPS”) en *TNT Express NV* (hierna: „TNT”) twee vennootschappen zijn die aanwezig zijn op de markten van internationale expreslevering van kleine pakketten.
- 3 Op 15 juni 2012 heeft UPS overeenkomstig artikel 4 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1) haar voornemen om TNT te verwerven ter kennis gebracht van de Commissie.
- 4 Op 30 januari 2013 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld. Nadat de Commissie had geoordeeld dat de aangemelde concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de betrokken dienstenmarkten in vijftien lidstaten – Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Estland, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Nederland, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Finland en Zweden – zou betekenen, heeft zij deze concentratie onverenigbaar met de interne markt en met de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3) verklaard.

### Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

- 5 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 april 2013, heeft UPS een beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld. Ter ondersteuning van dit beroep heeft UPS met name een middel inzake schending van de rechten van de verdediging aangevoerd, waarmee zij de Commissie verweet bij de vaststelling van het litigieuze besluit te zijn uitgegaan van een ander econometrisch model dan dat waarover tijdens de administratieve procedure de standpunten waren uitgewisseld.
- 6 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht dit middel aanvaard en het litigieuze besluit nietig verklaard.

### Conclusies van partijen

- 7 De Commissie verzoekt het Hof:
  - het bestreden arrest te vernietigen;
  - de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
  - de beslissing omtrent de kosten van de onderhavige procedure aan te houden.

- 8 UPS verzoekt het Hof:
- de hogere voorziening niet-ontvankelijk en/of niet ter zake dienend te verklaren, of
  - de hogere voorziening volledig af te wijzen, of
  - subsidiair, de zaak te beslechten met handhaving van het dictum van het bestreden arrest na wijziging van de motivering, en
  - de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening en van de procedure bij het Gerecht.

## Hogere voorziening

### *Ontvankelijkheid*

- 9 Om te beginnen voert UPS aan dat de hogere voorziening wegens bepaalde procedurele fouten als niet-ontvankelijk en in elk geval als niet ter zake dienend moet worden afgewezen.
- 10 In de eerste plaats betoogt UPS dat de Commissie kritiek levert op een aantal feitelijke vaststellingen van het Gerecht in het bestreden arrest, maar niet aanvoert dat sprake is van een onjuiste opvatting van de feiten.
- 11 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat de hogere voorziening volgens artikel 256 VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie beperkt is tot rechtsvragen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsmede om de bewijsstukken te beoordelen. De beoordeling van de feiten en van de bewijsstukken levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in hogere voorziening (arrest van 26 januari 2017, Masco e.a./Commissie, C-614/13 P, EU:C:2017:63, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 12 In casu staat vast dat de onjuiste rechtsopvattingen die de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, betrekking hebben op de naleving door het Gerecht van de procedureregels, waaronder de verplichting om zijn beslissingen te motiveren en uitspraak te doen over de bij hem aangedragen middelen en argumenten. Voorts betwist de Commissie de gronden waarop het Gerecht heeft geoordeeld dat zij de tijdens de administratieve procedure in het econometrische model aangebrachte wijzigingen diende mee te delen. Zij betwist ook de juridische gevolgen van een dergelijke niet-mededeling voor de geldigheid van het litigieuze besluit. Anders dan UPS stelt, is de kritiek die de Commissie aldus ten aanzien van het bestreden arrest heeft geuit, niet gericht tegen de feitelijke vaststellingen, maar tegen verschillende onjuiste rechtsopvattingen van het Gerecht.
- 13 In de tweede plaats betoogt UPS dat de hogere voorziening niet-ontvankelijk is omdat de Commissie met name in de eerste twee onderdelen van haar eerste middel slechts de argumenten herhaalt die het Gerecht in onder meer de punten 176, 181, 185, 186, 198 en 203 tot en met 209 van het bestreden arrest had afgewezen.
- 14 Het is juist dat een hogere voorziening die beperkt is tot een herhaling van de voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten, daaronder begrepen die welke waren gebaseerd op feiten die het Gerecht uitdrukkelijk heeft verworpen, niet-ontvankelijk is. Een dergelijke hogere voorziening beoogt immers in werkelijkheid slechts een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende

verzoek, waartoe het Hof niet bevoegd is in het kader van een hogere voorziening (arrest van 10 november 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Commissie, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punt 28).

- 15 Wanneer een rekwirant daarentegen opkomt tegen de uitlegging of de toepassing van het Unierecht door het Gerecht, kunnen de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. De procedure van hogere voorziening zou immers ten dele aan betekenis verliezen indien de rekwirant zijn hogere voorziening niet op die manier kon baseren op middelen en argumenten die reeds zijn aangevoerd voor het Gerecht (arrest van 10 november 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Commissie, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punt 29).
- 16 In casu beperkt de Commissie zich in haar hogere voorziening, anders dan UPS stelt, niet tot een herhaling van het betoog dat zij in eerste aanleg heeft gevoerd. Met name in de eerste twee onderdelen van het eerste middel van de hogere voorziening – waarin zij het Gerecht verwijt dat het zich niet heeft uitgesproken over bepaalde argumenten die zij in haar verweer had aangevoerd – bekritiseert de Commissie immers de rechtsgronden waarop het Gerecht zich in het bestreden arrest heeft gebaseerd.
- 17 In de derde plaats betoogt UPS dat de hogere voorziening in elk geval als niet ter zake dienend moet worden afgewezen omdat zij niet tot gevolg kan hebben dat de zaak, zoals de Commissie vordert, wordt terugverwezen naar het Gerecht. Voor het geval dat haar hogere voorziening wordt toegewezen, verzoekt UPS het Hof immers de nietigverklaring van het litigieuze besluit te handhaven – met een wijziging van de motivering ervan – op grond dat dit besluit gebrekkig is gemotiveerd en de Commissie de rechten van de verdediging heeft geschonden.
- 18 In dit verband volstaat het erop te wijzen dat de vraag of een hogere voorziening geheel of gedeeltelijk niet ter zake dienend is, geen verband houdt met het onderzoek van de ontvankelijkheid van deze hogere voorziening, maar de gegrondheid ervan betreft.
- 19 Gelet op een en ander moeten de argumenten die UPS aanvoert om de ontvankelijkheid van de hogere voorziening en van bepaalde middelen ervan te betwisten, in hun geheel worden afgewezen.

### ***Ten gronde***

- 20 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert de Commissie vier middelen aan. Met deze middelen, waarvan de verschillende onderdelen elkaar gedeeltelijk overlappen, stelt de Commissie in wezen dat het Gerecht op drie punten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De eerste twee punten betreffen schending van de rechten van de verdediging en de daaruit voortvloeiende gevolgen, en het derde punt betreft de niet-nakoming van de verplichting voor het Gerecht om zijn beslissingen te motiveren.

### *Schending van de rechten van de verdediging*

#### *– Argumenten van partijen*

- 21 Met het tweede en het derde onderdeel van het eerste middel van de hogere voorziening komt de Commissie op tegen de in punt 209 van het bestreden arrest geformuleerde overweging dat „de Commissie niet [kan] stellen dat zij niet verplicht was om aan verzoekster het eindmodel van de econometrische analyse mee te delen vóór de vaststelling van het [litigieuze] besluit.”
- 22 De Commissie betwist het bestaan van een dergelijke verplichting.

- 23 In de eerste plaats meent de Commissie dat zij na de fase van de mededeling van de punten van bezwaar niet verplicht is de eventuele latere tussentijdse beoordelingen van de elementen waarop haar bezwaren zijn gebaseerd, bekend te maken, aangezien deze beoordelingen tijdens de procedure kunnen veranderen. De beoordeling van het verband tussen de mate van concentratie en de prijzen is in casu gebaseerd op gegevens die door UPS en TNT waren verstrekt. De methode voor de beoordeling van deze gegevens op basis van een econometrisch model is bijgewerkt rekening houdend met de argumenten van UPS. Het ter discussie stellen van de door de Commissie verrichte beoordeling van deze gegevens, houdt geen verband met de rechten van de verdediging, maar met de beoordeling van de gegrondheid van het litigieuze besluit.
- 24 In de tweede plaats komt de Commissie op tegen de in de punten 199 en 200 van het bestreden arrest uiteengezette gronden waarop het Gerecht in punt 209 van dat arrest heeft geoordeeld dat de Commissie verplicht was om UPS de eindversie van het model mee te delen vóór de vaststelling van het litigieuze besluit. Zij betoogt dat de verwijzing in punt 200 van het bestreden arrest naar het arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 61), niet relevant is. Uit dit arrest blijkt immers dat de Commissie in haar eindbesluit weliswaar geen andere punten van bezwaar in aanmerking mag nemen dan die welke aan de ondernemingen waren meegedeeld, maar dit neemt niet weg dat die mededeling voorlopig is en kan worden gewijzigd, waarbij de enige verplichting ter zake is dat het eindbesluit wordt gemotiveerd.
- 25 De Commissie meent dat de verwijzing in punt 199 van het bestreden arrest naar het arrest van 9 maart 2015, Deutsche Börse/Commissie (T-175/12, niet gepubliceerd, EU:T:2015:148, punt 247), eveneens niet relevant is. In dit arrest heeft het Gerecht het argument inzake schending van de rechten van de verdediging namelijk afgewezen op grond dat de Commissie niet verplicht was de in de mededeling van punten van bezwaar uiteengezette beoordeling te handhaven, en dat zij evenmin verplicht was in het eindbesluit de eventuele verschillen ten opzichte van haar beoordeling in die mededeling uiteen te zetten.
- 26 In de derde plaats betoogt de Commissie dat de aanpak door het Gerecht onverenigbaar is met de opzet en de termijnen van verordening nr. 139/2004. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest te kennen gegeven dat de Commissie vóór de vaststelling van haar besluit haar volledige interne gedachtegang ter kennis moet brengen van de aanmeldende partijen. Volgens artikel 17, lid 3, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 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), strekt het recht van toegang tot het dossier zich niet uit tot interne documenten van de Commissie. Een dergelijke aanpak door het Gerecht, die overigens niet beperkt is tot econometrische analyses, kan de procedure van controle op concentraties – waarvoor zeer korte termijnen gelden – in gevaar brengen.
- 27 UPS bestrijdt deze argumenten.

*– Beoordeling door het Hof*

- 28 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen Unierechtelijk beginsel vormt dat van toepassing is wanneer de administratie voornemens is ten opzichte van een bepaalde persoon een bezwarend besluit vast te stellen (arrest van 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, punt 36).
- 29 Voor de procedures van controle op concentraties is dit beginsel neergelegd in artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004 en tevens, specifiek, in artikel 13, lid 2, van verordening nr. 802/2004. Deze bepalingen verlangen met name dat de Commissie de aanmeldende partijen schriftelijk

mededeling doet van haar bezwaren en een termijn vaststelt waarbinnen deze hun standpunt schriftelijk kenbaar kunnen maken (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 62).

- 30 Deze bepalingen worden aangevuld door de bepalingen inzake de toegang tot het dossier, die een corollarium is van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging (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, punt 68). Aldus blijkt uit artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004 en artikel 17 van verordening nr. 802/2004 dat het dossier na de kennisgeving van de punten van bezwaar toegankelijk is voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van onder meer het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun bedrijfsgeheimen niet openbaar worden gemaakt, waarbij deze toegang tot de documenten niet van toepassing is op vertrouwelijke informatie en evenmin op interne documenten van de Commissie of van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten.
- 31 De eerbiediging van de rechten van de verdediging vóór de vaststelling van een besluit betreffende de controle op concentraties vereist dan ook dat de aanmeldende partijen in de gelegenheid worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over het werkelijk bestaan en de relevantie van alle gegevens waarop de Commissie haar besluit wil baseren (zie naar analogie arrest van 22 oktober 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 Met betrekking tot de econometrische modellen die in het kader van de procedures van controle op concentraties worden gebruikt, zij eraan herinnerd dat de noodzakelijke prospectieve analyse ter zake bestaat in een onderzoek van de veranderingen die een concentratie kan teweegbrengen in de factoren die de mededingingssituatie op de betrokken markten bepalen. Bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punten 42 en 43).
- 33 In dit verband maakt het gebruik van econometrische modellen het mogelijk de voorgenomen concentratie beter te begrijpen, doordat bepaalde gevolgen ervan worden geïdentificeerd en, in voorkomend geval, gekwantificeerd, en aldus de kwaliteit van de besluiten van de Commissie te verbeteren. Wanneer de Commissie van plan is haar besluit op dergelijke modellen te baseren, moeten de aanmeldende partijen dan ook de mogelijkheid krijgen hun opmerkingen ter zake uiteen te zetten.
- 34 De openbaarmaking van deze modellen en van de methodologische keuzen die aan deze modellen ten grondslag liggen, is te meer geboden daar zij, zoals de advocaat-generaal in punt 43 van haar conclusie heeft opgemerkt, bijdraagt tot de billijkheid van de procedure overeenkomstig het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde beginsel van behoorlijk bestuur.
- 35 De Commissie stelt evenwel dat zij niet verplicht is alle wijzigingen bekend te maken die zijn aangebracht in een model dat met medewerking van de partijen bij de concentratie is ontwikkeld en waarop de meegedeelde punten van bezwaar zijn gebaseerd. De Commissie beklemtoont dat de punten van bezwaar in dat stadium kunnen evolueren en dat de wijzigingen van de modellen kunnen worden gelijkgesteld met wijzigingen van interne documenten, waarop het recht van toegang tot het dossier niet van toepassing is.
- 36 De mededeling van de punten van bezwaar is naar de aard ervan voorlopig en kan door de Commissie bij haar latere beoordeling op basis van de door de partijen in hun antwoorden gemaakte opmerkingen en andere feitelijke overwegingen worden gewijzigd (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 63). Gelet op dit voorlopige karakter, belet de mededeling van de punten van bezwaar de Commissie geenszins om haar standpunt ten gunste van de betrokken ondernemingen te wijzigen, zonder dat zij ertoe gehouden is een

verklaring te geven voor de eventuele verschillen ten opzichte van haar in deze mededeling vervatte voorlopige beoordelingen (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punten 63-65).

- 37 Op basis van deze overwegingen kan evenwel niet worden geoordeeld dat de Commissie na de mededeling van de punten van bezwaar wijzigingen kan aanbrengen in de inhoud van het econometrische model waarop zij haar bezwaren wil baseren, zonder deze wijzigingen ter kennis van de belanghebbende ondernemingen te brengen en deze ondernemingen in staat te stellen hun opmerkingen dienaangaande kenbaar te maken. Deze uitlegging gaat immers in tegen het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging en tegen artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004, dat enerzijds vereist dat de Commissie haar besluiten uitsluitend baseert op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken, en anderzijds voorziet in een recht van toegang tot het dossier voor ten minste de rechtstreeks betrokken partijen. Voorts kunnen dergelijke gegevens niet worden aangemerkt als interne documenten in de zin van artikel 17 van verordening nr. 802/2004.
- 38 Verder zij eraan herinnerd dat de Commissie ingevolge het dwingende vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van verordening nr. 139/2004 kenmerkt, strikte termijnen in acht moet nemen voor het geven van het eindbesluit (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 49). De Commissie is verplicht dit vereiste van snelheid in overeenstemming te brengen met de eerbiediging van de rechten van de verdediging.
- 39 Nadat het Gerecht in de punten 199 en 200 van het bestreden arrest de uit het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging voortvloeiende vereisten nauwgezet had uiteengezet, heeft het verschillende feitelijke vaststellingen verricht die de Commissie in haar hogere voorziening niet heeft betwist.
- 40 Zo heeft het Hof in punt 201 en in de punten 211 tot en met 213 van het bestreden arrest vastgesteld dat de Commissie zich op de eindversie van het econometrische model had gebaseerd om te bepalen op het grondgebied van hoeveel lidstaten de voorgenomen concentratie tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou leiden.
- 41 In punt 202 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat de eindversie van het econometrische model op 21 november 2012 – twee maanden vóór de vaststelling van het litigieuze besluit – was vastgesteld, en in punt 203 heeft het geoordeeld dat de Commissie deze eindversie niet aan UPS had meegedeeld. In de punten 205 tot en met 208 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de in die eindversie aangebrachte wijzigingen ten opzichte van de modellen die tijdens de administratieve procedure waren besproken, niet verwaarloosbaar zijn.
- 42 Bovendien heeft de Commissie, zoals de advocaat-generaal in punt 61 van haar conclusie heeft opgemerkt, geen aanwijzingen verstrekt over de redenen waarom het voor haar op dat tijdstip in de praktijk onmogelijk was om UPS binnen een korte termijn te horen over die eindversie.
- 43 Gelet op een en ander heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 209 van het bestreden arrest te oordelen dat „de Commissie niet [kan] stellen dat zij niet verplicht was om aan verzoekster het eindmodel van de econometrische analyse mee te delen vóór de vaststelling van het [litigieuze] besluit”.
- 44 Het tweede en het derde onderdeel van het eerste middel moeten bijgevolg worden afgewezen.

*Gevolgen van een schending van de rechten van de verdediging*

*– Argumenten van partijen*

- 45 Met het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel en met het eerste en het tweede onderdeel van het vierde middel komt de Commissie op tegen het door het Gerecht in punt 210 van het bestreden arrest geformuleerde oordeel dat „[v]erzoeksters rechten van de verdediging [...] [zijn] geschonden, zodat het [litigieuze] besluit nietig moet worden verklaard, niet omdat verzoekster afdoende heeft aangetoond dat het [litigieuze] besluit zonder die onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad, maar omdat zij heeft aangetoond dat zij een kans zou hebben gehad, hoe gering ook, om zich beter te verweren (zie in die zin arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 57)”.
- 46 In de eerste plaats stelt de Commissie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de onderhavige zaak het jurisprudentiële criterium toe te passen dat voortvloeit uit punt 57 van het arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:686).
- 47 Dit criterium betreft enkel de gevolgen van het verzuim om een element à decharge mee te delen, terwijl het betrokken econometrische model geen bewijs is, maar een instrument dat de Commissie in staat stelt het waarschijnlijke effect van de concentratie op de prijzen te beoordelen. Indien dit model toch bewijs zou vormen, is het slechts een potentieel element à decharge. Dat het model tot gevolg had dat het aantal nationale markten waarin de concentratie tot een significante belemmering van de effectieve mededinging zou kunnen leiden, daalde van 29 tot 15, volstaat in dit verband dus niet. Bovendien kan op grond van de enkele omstandigheid dat één van de door de Commissie in het kader van de mededeling van de punten van bezwaar in aanmerking genomen factoren ongunstiger was dan de factor die in het eindbesluit in aanmerking is genomen, niet worden geoordeeld dat het voor de beoordeling van deze factoren dienstige bewijsmateriaal in de fase waarin dit besluit is vastgesteld een element à decharge was geworden.
- 48 De Commissie leidt daaruit af dat het Gerecht de uit het 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), voortvloeiende regel inzake schending van de rechten van de verdediging als gevolg van de niet-mededeling van belastend materiaal had moeten toepassen, volgens welke de omstandigheid dat een niet-meegedeeld belastend stuk als bewijsmiddel wordt uitgesloten, slechts tot nietigverklaring van het bestreden besluit kan leiden indien er geen andere schriftelijke bewijzen zijn waarvan partijen tijdens de administratieve procedure kennis hadden.
- 49 In de tweede plaats betoogt de Commissie dat zelfs indien de rechten van verdediging van UPS zouden zijn geschonden, dit in elk geval – anders dan het Gerecht in punt 222 van het bestreden arrest heeft geoordeeld – niet kon leiden tot de nietigverklaring van het litigieuze besluit.
- 50 De Commissie herinnert eraan dat zij in haar betoog in eerste aanleg heeft aangevoerd dat het voor de verklaring dat een concentratie onverenigbaar is met de interne markt, volstaat dat sprake is van een significante belemmering van de effectieve mededinging in één markt. In Denemarken en Nederland heeft de voorgenomen concentratie zowel tot een significante belemmering van de effectieve mededinging als tot een negatief netto-effect op de prijs geleid. Een vergissing met betrekking tot het econometrische model wat het prijsniveau betreft, blijft ten minste in die twee markten zonder gevolg aangezien de vaststelling dat sprake is van een significante belemmering van de mededinging op andere factoren berust. Daarom meent de Commissie dat het Gerecht het middel inzake schending van de rechten van de verdediging als niet ter zake dienend had moeten afwijzen.



51 Ten slotte kan UPS zich volgens de Commissie niet op het standpunt stellen dat zij corrigerende maatregelen had kunnen voorstellen indien zij kennis had gehad van de eindversie van het econometrische model.

52 UPS bestrijdt het betoog van de Commissie.

– *Beoordeling door het Hof*

53 Zoals in de punten 32 tot en met 34 van het onderhavige arrest is beklemtoond, zijn de econometrische modellen naar de aard en de functie ervan kwantitatieve instrumenten die nuttig zijn voor de prospectieve analyse die de Commissie in het kader van de procedures van controle op concentraties verricht. De methodologische gronden waarop deze modellen zijn gebaseerd, moeten zo objectief mogelijk zijn om niet vooruit te lopen op de uitkomst van die analyse in welke richting dan ook. Deze elementen dragen aldus bij tot de onpartijdigheid en de kwaliteit van de besluiten van de Commissie, die uiteindelijk bepalend zijn voor het vertrouwen van het publiek en de ondernemingen in de procedure van controle op concentraties in de Unie.

54 Gelet op deze kenmerken kan een econometrisch model niet worden gekwalificeerd als een belastend element of als een element à décharge, afhankelijk van de resultaten die dit model oplevert en het verdere gebruik dat daarvan wordt gemaakt om bepaalde bezwaren tegen een concentratie te staven of af te wijzen. Wat de eerbiediging van de rechten van de verdediging betreft, is het antwoord op de vraag of de niet-mededeling van een econometrisch model aan de partijen bij een concentratie rechtvaardigt dat een besluit van de Commissie nietig wordt verklaard, zoals de advocaat-generaal in punt 40 van haar conclusie in essentie heeft opgemerkt, niet afhankelijk van de voorafgaande kwalificatie van dit model als een belastend element dan wel als een element à décharge.

55 Gelet op het belang van de econometrische modellen voor een prospectief onderzoek van de gevolgen van een concentratie is, zoals de Commissie in essentie betoogt, een verhoging van de bewijsdrempel die is vereist om een besluit nietig te verklaren op grond dat de rechten van de verdediging zijn geschonden doordat, zoals in de onderhavige zaak, de methodologische keuzen die inherent zijn aan deze modellen – met name wat de statistische technieken betreft – niet zijn meegedeeld, in strijd met het doel die instelling ertoe aan te zetten transparant te zijn bij het opstellen van de econometrische modellen die worden gebruikt in het kader van de procedure van controle op concentraties, en schaadt een dergelijke verhoging van de bewijsdrempel de doeltreffendheid van de daaropvolgende rechterlijke toetsing van de besluiten.

56 Hieruit volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 210 van het bestreden arrest te oordelen dat „[rekwirantes] rechten van de verdediging zijn [...] geschonden, zodat het bestreden besluit nietig moet worden verklaard, niet omdat verzoekster afdoende heeft aangetoond dat het [litigieuze] besluit zonder die onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad, maar omdat zij heeft aangetoond dat zij een kans zou hebben gehad, hoe gering ook, om zich beter te verweren (zie in die zin arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 57)”.

57 Bijgevolg kon het Gerecht, anders dan de Commissie betoogt, het door UPS in eerste aanleg aangevoerde middel inzake schending van de rechten van de verdediging niet als niet ter zake dienend van de hand wijzen op grond dat de Commissie had vastgesteld dat sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de Deense en de Nederlandse markt zonder daarbij op enigerlei wijze rekening te houden met het econometrische model.

58 Het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel alsmede het eerste en het tweede onderdeel van het vierde middel moeten derhalve worden afgewezen.

## *Niet-nakoming van de motiveringsplicht*

### *– Argumenten van partijen*

- 59 In de eerste plaats komt de Commissie met het eerste onderdeel van het eerste middel en het tweede onderdeel van het derde middel op tegen punt 198 van het bestreden arrest, waarin staat:
- „Doordat het eerste onderdeel betrekking heeft op de waarschijnlijke prijseffecten van de concentratie, houdt het tweede middel in dat moet worden nagegaan of verzoeksters rechten van de verdediging zijn aangetast als gevolg van de omstandigheden waaronder aan de betrokken econometrische analyse een ander econometrisch model ten grondslag is gelegd dan dat waarover de standpunten zijn uitgewisseld tijdens de administratieve procedure.”
- 60 Het Gerecht heeft aldus nagelaten uitspraak te doen over het in punt 181 van het bestreden arrest samengevatte betoog van de Commissie dat zij, aangezien de mededeling van punten van bezwaar slechts een voorlopig karakter had, het recht had om nadien gegevens te herzien of toe te voegen, voor zover het besluit uitgaat van dezelfde punten van bezwaar als die welke reeds waren meegedeeld aan de partijen. Het feit dat niet elk argument van een partij in eerste aanleg op een juridisch correcte wijze in aanmerking is genomen, levert een onjuiste rechtsopvatting op (arrest van 2 april 2009, *France Télécom/Commissie*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 41). Aangezien het Gerecht niet heeft aangegeven waarom het oordeelde dat het voornaamste argument van de Commissie niet moest worden beantwoord, is het zijn motiveringsplicht niet nagekomen (arrest van 19 december 2012, *Mitteldeutsche Flughafen en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie*, C-288/11 P, EU:C:2012:821, punt 83).
- 61 In de tweede plaats verwijt de Commissie het Gerecht in het eerste onderdeel van het derde middel dat het geen rekening heeft gehouden met het betoog dat zij in eerste aanleg had gevoerd in haar antwoorden op de vragen van het Gerecht na de terechtzitting van 6 april 2016, volgens hetwelk het gebruik van een continue variabele in het econometrische model in het stadium van de voorspelling niet alleen gerechtvaardigd is, maar bovendien „op intuïtieve wijze voortvloeit” uit de door UPS voorgestelde methodologie voor het stadium van de beoordeling. Volgens de Commissie kan niet worden gesteld dat het bestreden arrest op dit punt – zij het impliciet – is gemotiveerd zodat het Gerecht niet kan worden geacht haar argumenten te hebben onderzocht.
- 62 In de derde plaats betoogt de Commissie in het tweede onderdeel van het tweede middel en het derde onderdeel van het vierde middel dat het Gerecht in de punten 198 tot en met 222 van het bestreden arrest niet heeft geantwoord op haar betoog dat het middel van UPS inzake schending van de rechten van de verdediging niet ter zake dienend was omdat de vaststelling dat sprake was van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in de Deense en de Nederlandse markt niet uitsluitend was gebaseerd op de resultaten van het econometrische model. Het bestreden arrest is tegenstrijdig doordat het litigieuze besluit nietig wordt verklaard op grond dat de rechten van de verdediging zijn geschonden, terwijl in de punten 217 en 218 van het bestreden arrest is vastgesteld dat de eindversie van het econometrische model enerzijds „in op zijn minst sommige landen [had] kunnen afdoen aan de kwalitatieve informatie waarmee de Commissie rekening had gehouden”, en anderzijds het voor de Commissie mogelijk had gemaakt om het aantal staten te verminderen waarin de concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou opleveren.
- 63 UPS bestrijdt het betoog van de Commissie.

– *Beoordeling door het Hof*

- 64 Met betrekking tot de eerste grief, die in het eerste onderdeel van het eerste middel en het tweede onderdeel van het derde middel is geformuleerd, kan worden volstaan met de vaststelling dat het Gerecht in de punten 198 tot en met 209 van het bestreden arrest impliciet maar onmiskenbaar heeft geantwoord op het in punt 181 van het bestreden arrest samengevatte betoog van de Commissie. Bijgevolg moet deze eerste grief ongegrond worden verklaard.
- 65 Met betrekking tot de tweede grief, die in het eerste onderdeel van het derde middel is geformuleerd, zij eraan herinnerd dat het Gerecht zijn oordeel in punt 209 van het bestreden arrest dat „de Commissie niet [kan] stellen dat zij niet verplicht was om aan verzoekster het eindmodel van de econometrische analyse mee te delen vóór de vaststelling van het [litigieuze] besluit” rechtens heeft gemotiveerd in de punten 198 tot en met 208 van het bestreden arrest.
- 66 In punt 205 van het bestreden arrest heeft het Gerecht met name vastgesteld dat de door de Commissie in het econometrische model aangebrachte wijzigingen niet verwaarloosbaar waren. Voorts heeft het Gerecht in punt 207 van het bestreden arrest opgemerkt dat „[d]e Commissie [...] zich in het stadium van de schatting [had] gebaseerd op een gediscretiseerde variabele en in het stadium van de voorspelling op een continue variabele”, en heeft het in punt 208 van dit arrest geoordeeld dat „het gebruik van een gediscretiseerde variabele [weliswaar] herhaaldelijk [was] besproken tijdens de administratieve procedure, [maar dat] uit het dossier niet [blijkt] dat dit ook het geval [was] met betrekking tot het gebruik van andere variabelen in de verschillende stadia waaruit de econometrische analyse bestaat”.
- 67 Om die redenen heeft het Gerecht zijn beslissing rechtens gemotiveerd en het betoog van de Commissie dat UPS de wijzigingen van het econometrische model „intuïtief” kon vaststellen, impliciet doch zeker afgewezen. Bijgevolg moet de tweede grief ongegrond worden verklaard.
- 68 Met betrekking tot de derde grief, die in het tweede onderdeel van het tweede middel en het derde onderdeel van het vierde middel is geformuleerd, kan worden volstaan met de vaststelling dat dit betoog berust op de premisse dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 210 van het bestreden arrest te oordelen dat de vastgestelde schending van de rechten van de verdediging de nietigverklaring met zich meebrengt „niet omdat verzoekster afdoende heeft aangetoond dat het [litigieuze] besluit zonder die onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad, maar omdat zij heeft aangetoond dat zij een kans zou hebben gehad, hoe gering ook, om zich beter te verweren”. Om de hierboven in de punten 53 tot en met 58 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen is deze premisse onjuist. Bijgevolg moet de derde grief ongegrond worden verklaard.
- 69 Uit een en ander volgt dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

**Kosten**

- 70 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 184 van dat reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van UPS te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen