



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

21 december 2023 *

„Hogere voorziening – Beroep tot schadevergoeding – Concentraties van ondernemingen – Besluit van de Europese Commissie waarbij een concentratie onverenigbaar met de interne markt en met de werking van de EER-Overeenkomst wordt verklaard – Nietigverklaring van het besluit wegens een procedurefout – Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie – Causaal verband”

In zaak C-297/22 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 3 mei 2022,

United Parcel Service Inc., gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door F. Hoseinian, advocat, W. Knibbeler, A. Pliego Selie, F. Roscam Abbing, T. van Helfteren, advocaten, en A. Ryan, solicitor,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. Berghe, M. Farley en N. Khan als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Vijfde kamer, Z. Csehi (rapporteur), M. Ilešič en I. Jarukaitis, rechters,

advocaat-generaal: A. M. Collins,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

* Procestaal: Engels.

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening vordert United Parcel Service Inc. (hierna: „UPS”) vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 23 februari 2022, United Parcel Service/Commissie (T-834/17, EU:T:2022:84; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht het beroep heeft verworpen dat UPS krachtens artikel 268 VWEU had ingesteld om vergoeding te verkrijgen van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatigheid van besluit C(2013) 431 van de Commissie van 30 januari 2013 waarbij een concentratie onverenigbaar met de interne markt en de werking van de EER-Overeenkomst wordt verklaard (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (hierna: „litigieus besluit”).

Toepasselijke bepalingen

- 2 Artikel 7 („Opschorting van de totstandbrenging van de concentratie”) 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) bepaalt in lid 1:

„Een concentratie met een communautaire dimensie, zoals omschreven in artikel 1, of een concentratie die door de [Europese] Commissie overeenkomstig artikel 4, lid 5, dient te worden onderzocht, mag niet tot stand worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard bij een krachtens artikel 6, lid 1, onder b), of artikel 8, lid 1 of lid 2, gegeven beschikking, dan wel mag worden geacht verenigbaar te zijn verklaard overeenkomstig artikel 10, lid 6.”

- 3 Artikel 10 („Termijnen voor het inleiden van de procedure en voor het geven van de beschikkingen”) van deze verordening bepaalt in lid 5:

„Wanneer het Hof van Justitie een arrest wijst waarbij een beschikking van de Commissie die binnen een in dit artikel gestelde termijn moet worden gegeven, geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, wordt de concentratie door de Commissie opnieuw onderzocht met het oog op het geven van een beschikking overeenkomstig artikel 6, lid 1.

De concentratie wordt opnieuw onderzocht in het licht van de marktomstandigheden.

De aanmeldende partijen dienen onverwijld een nieuwe aanmelding in of vullen de oorspronkelijke aanmelding aan, indien de oorspronkelijke aanmelding onvolledig is geworden doordat er zich wijzigingen hebben voorgedaan in de marktomstandigheden of in de verstrekte informatie. Indien er zich geen dergelijke wijzigingen hebben voorgedaan, leggen de partijen onverwijld een verklaring in die zin af.

De in lid 1 gestelde termijnen vangen aan op de eerste werkdag na de ontvangst van volledige gegevens in een nieuwe aanmelding, van een aanvullende aanmelding of van een verklaring zoals bedoeld in de derde alinea.

Het bepaalde in de tweede en de derde alinea is ook van toepassing op de in artikel 6, lid 4, en in artikel 8, lid 7, bedoelde gevallen.”

Voorgeschiedenis van het geding

4 De voorgeschiedenis van het geding, zoals die blijkt uit de punten 1 tot en met 13 van het bestreden arrest, kan als volgt worden samengevat:

„1 Binnen de Europese Economische Ruimte (EER) zijn rekwirante en TNT Express NV (hierna: „TNT”) twee ondernemingen die aanwezig zijn op de markten van internationale expreslevering van kleine pakketten.

2 Op 26 juni 2012 heeft de Europese Commissie een aankondiging van voorafgaande aanmelding van een concentratie gepubliceerd (zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (PB 2012, C 186, blz. 9), [...].

3 Op 11 januari 2013 heeft de Commissie UPS meegedeeld dat zij voornemens was de voorgenomen concentratie tussen haar en TNT te verbieden.

4 Op 14 januari 2013 heeft UPS deze informatie bekendgemaakt in een persbericht.

[...]

6 Op 30 januari 2013 heeft de Commissie [het litigieuze besluit] vastgesteld. Volgens de Commissie vormt de concentratie tussen UPS en TNT een significante belemmering van daadwerkelijke mededinging op de betrokken dienstenmarkten in vijftien lidstaten, te weten Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Estland, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Nederland, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Finland en Zweden.

7 In een persbericht van diezelfde dag heeft UPS aangekondigd dat zij afzag van de voorgenomen concentratie.

8 Op 5 april 2013 heeft UPS bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-194/13, en een verzoek ingediend om de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen, dat door het Gerecht is afgewezen.

9 Op 7 april 2015 heeft FedEx Corp. aangekondigd dat zij een overnamebod op TNT zou uitbrengen.

10 Op 4 juli 2015 heeft de Commissie een aankondiging van voorafgaande aanmelding van een concentratie bekendgemaakt (zaak M.7630 – FedEx/TNT Express) (PB 2015, C 220, blz. 15), die betrekking had op de transactie waarbij FedEx TNT zou overnemen.

11 Op 8 januari 2016 heeft de Commissie betreffende de transactie tussen FedEx en TNT een besluit vastgesteld waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt en de werking van de EER-Overeenkomst wordt verklaard (zaak M.7630 – FedEx/TNT Express), waarvan een samenvatting is gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2016, C 450, blz. 12).

12 Bij arrest van 7 maart 2017, *United Parcel Service/Commissie* (T-194/13, EU:T:2017:144), heeft het Gerecht het litigieuze besluit nietig verklaard.

13 Op 16 mei 2017 heeft de Commissie hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144), die het Hof bij arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), heeft afgewezen.”

Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

- 5 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 december 2017, heeft UPS beroep ingesteld dat strekte tot, ten eerste, vergoeding van de schade ten belope van 1,742 miljard EUR die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatigheid van het litigieuze besluit en, ten tweede, toekenning van compensatie voor de belastingen die over de toegekende schadevergoeding zullen worden geheven.
- 6 Volgens het verzoekschrift bestaat de gestelde schade van 1,742 miljard EUR uit:
 - 131 miljoen EUR, welk bedrag overeenkomt met het nettoverlies dat UPS heeft geleden door de omgekeerde beëindigingsvergoeding (200 miljoen EUR bruto) die op grond van de fusieovereenkomst aan TNT is betaald wegens niet-uitvoering van de transactie;
 - plus 1,638 miljard EUR, namelijk de nettowaarde, na belastingen, van de kostensynergieën die ingevolge het verbod van de transactie verloren zijn gegaan;
 - plus 2,4 miljoen EUR, te weten de gerechtskosten van UPS (3,7 miljoen EUR bruto) voor de interventie in de transactie tussen FedEx en TNT;
 - minus 29 miljoen euro aan vermeden transactiekosten (44,2 miljoen EUR bruto).
- 7 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van UPS verworpen.
- 8 Wat in de eerste plaats de onrechtmatigheden als gevolg van de schending van procedurele rechten betreft, heeft het Gerecht ten eerste in de punten 94 en 123 van het bestreden arrest geoordeeld dat de schending van de rechten van verdediging van UPS wegens het verzuim van de Commissie om de eindversie van het econometrische model mee te delen, reeds definitief is vastgesteld in het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144, punten 221 en 222), dat kracht van gewijsde heeft gekregen na de afwijzing van de hogere voorziening van de Commissie bij het arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23). Volgens het Gerecht vormt deze schending van de rechten van verdediging van UPS door de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel van de Unie die beoogt rechten aan particulieren toe te kennen.
- 9 Ten tweede heeft het Gerecht in punt 143 van het bestreden arrest het betoog van UPS ongegrond verklaard dat de Commissie bij haar analyse van de efficiëntieverbeteringen ook de procedurele rechten van UPS heeft geschonden omdat zij de criteria voor de beoordeling van deze winsten niet heeft meegedeeld.
- 10 Ten derde heeft het Gerecht in de punten 172 en 182 van het bestreden arrest geoordeeld dat de gestelde schending van de procedurele rechten door het verzuim om bepaalde vertrouwelijke documenten van FedEx mee te delen, niet is aangetoond.

- 11 Wat in de tweede plaats de aangevoerde onrechtmatigheden betreft die voortvloeien uit de onjuiste opvattingen waarvan de inhoudelijke beoordeling van de concentratie blijk zou geven, heeft het Gerecht ten eerste in punt 228 van het bestreden arrest, na afweging van de betrokken belangen, vastgesteld dat de door UPS aangevoerde onregelmatigheden met betrekking tot het econometrische model van de Commissie onvoldoende gekwalificeerd waren om te kunnen leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie.
- 12 Ten tweede is het Gerecht in punt 289 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat UPS niet heeft kunnen aantonen dat er bij de beoordeling of de gestelde efficiëntieverbeteringen verifieerbaar zijn, sprake was van onjuiste opvattingen die tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie kunnen leiden.
- 13 Wat in de derde plaats de vraag betreft of er een causaal verband bestaat tussen de onrechtmatigheid als gevolg van het verzuim om het econometrische model mee te delen en de door UPS aangevoerde drie soorten schade waarvoor zij vergoeding heeft gevorderd wegens de onmogelijkheid om de voorgenomen concentratie uit te voeren, heeft het Gerecht om te beginnen in punt 343 van het bestreden arrest vastgesteld dat de vordering tot vergoeding van de schade betreffende de kosten van de deelname van UPS aan de procedure van controle op de concentratie tussen FedEx en TNT moest worden afgewezen.
- 14 Vervolgens heeft het Gerecht in punt 350 van het bestreden arrest geoordeeld dat niet is aangetoond dat de schending van de procedurele rechten van UPS of de andere door haar aangevoerde schendingen de beslissende oorzaak is van de betaling door UPS van een beëindigingsvergoeding van 200 miljoen EUR aan TNT, die rechtstreeks voortvloeit uit de overeenkomst tussen deze twee ondernemingen.
- 15 Wat ten slotte de schade betreft die verband houdt met de winst die UPS heeft gederfd doordat zij de voorgenomen concentratie niet kon uitvoeren, heeft het Gerecht ten eerste in punt 353 van het bestreden arrest geoordeeld dat de vordering van UPS aldus moest worden uitgelegd dat zij niet strekte tot vergoeding van het verlies van een kans om die operatie te verwezenlijken, maar tot vergoeding van het zekere verlies van kostensynergieën. Aangezien UPS pas in antwoord op vragen van het Gerecht heeft aangegeven dat de vordering tot schadevergoeding in zekere zin het verlies van een kans omvatte, heeft het Gerecht geoordeeld dat deze nieuwe vordering tot schadevergoeding tardief was ingesteld en bijgevolg niet-ontvankelijk was.
- 16 Ten tweede heeft het Gerecht er in de punten 355 en 358 van het bestreden arrest op gewezen dat UPS niet heeft aangetoond en evenmin gegevens heeft verstrekt op basis waarvan met de vereiste zekerheid kan worden geconcludeerd dat de gestelde ontwerpfouten in het gekozen econometrische model volstonden om de economische analyse van de voorgenomen concentratie en de vaststelling van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in hun geheel te ontkrachten. Het Gerecht heeft in die punten van het bestreden arrest tevens geoordeeld dat niet kon worden geconcludeerd dat de schending van de rechten van de verdediging een beslissende invloed heeft gehad op de uitkomst van de procedure van controle op de voorgenomen concentratie.
- 17 Ten derde is het Gerecht in punt 365 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat, aangezien UPS vanaf 14 januari 2013 had afgezien van haar voornemen om TNT over te nemen, gesteld al dat de onregelmatigheid die de Commissie bij de vaststelling van het litigieuze besluit heeft begaan, winstderving bij UPS kon veroorzaken, het feit dat deze onderneming vanaf de

aankondiging van het litigieuze besluit had afgezien van de voorgenomen transactie, tot gevolg had dat elk rechtstreeks causaal verband tussen die onregelmatigheid en de gestelde schade was verbroken.

- 18 In punt 371 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat niet was komen vast te staan dat de schending van de procedurele rechten van UPS of de andere door UPS aangevoerde schendingen de beslissende oorzaak waren van haar vermeende winstderving, zodat de vordering tot vergoeding van deze schade dus moest worden afgewezen.

Conclusies van partijen voor het Hof

- 19 UPS verzoekt het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen;
 - UPS overeenkomstig de procedure van artikel 340 VWEU een vergoeding plus toepasselijke rente voor de geleden schade toe te kennen, zoals gevraagd in eerste aanleg;
 - subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
 - de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure bij het Gerecht.
- 20 De Commissie verzoekt het Hof:
- de hogere voorziening af te wijzen, en
 - UPS te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

- 21 Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert UPS zes middelen aan. Het eerste middel is ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door, ten eerste, te oordelen dat de aan de Commissie toe te rekenen ernstige fouten met betrekking tot het door deze instelling gehanteerde econometrische model niet kunnen leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie en, ten tweede, tot de slotsom te komen dat er geen causaal verband met de gestelde schade is. Het tweede middel betreft een onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door te oordelen dat de beëindigingsvergoeding niet kan worden teruggevorderd omdat zij vrijwillig is overeengekomen. Het derde middel heeft betrekking op een onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door te oordelen dat het causale verband tussen de ernstige schending door de Commissie en de schade in verband met de winstderving werd verbroken door de acties die UPS na het litigieuze besluit heeft ondernomen. Het vierde middel berust op onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door te oordelen dat de Commissie over een beoordelingsmarge beschikte om de efficiëntieverbeteringen te aanvaarden, zodat zij bij de beoordeling van die verbeteringen geen voldoende gekwalificeerde fout heeft gemaakt. Het vijfde middel is ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door te oordelen dat UPS de vereiste verzoeken om documenten van FedEx niet aan de raadadviseur-auditeur heeft voorgelegd. Het zesde middel betreft een onjuiste rechtsopvatting

waarvan het Gerecht blijkt heeft gegeven door te oordelen dat de schade als gevolg van het verlies van een kans een nieuwe vordering tot schadevergoeding opleverde, die derhalve niet-ontvankelijk is.

Derde middel

Argumenten van partijen

- 22 Met haar derde middel, dat als eerste moet worden onderzocht, verwijt UPS het Gerecht in wezen dat het in de punten 364 en 365 van het bestreden arrest blijkt heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door te verklaren dat de acties van UPS na het litigieuze besluit tot gevolg hadden dat het rechtstreekse causale verband tussen de ernstige schending door de Commissie en de schade in verband met de winst die UPS heeft gederfd doordat de voorgenomen concentratie niet kon worden uitgevoerd, werd verbroken. Volgens UPS waren haar acties het rechtstreekse gevolg van het litigieuze besluit.
- 23 UPS preciseert in de eerste plaats dat het Gerecht met zijn conclusie dat UPS had besloten „af te zien” van de voorgenomen concentratie, blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, doordat het tot een rechtens onjuiste conclusie is gekomen die op een kennelijk verkeerde uitlegging van het beschikbare bewijs berust. UPS heeft namelijk niet afgezien van haar voornemen tot overname, aangezien zij het Gerecht heeft verzocht om het litigieuze besluit nietig te verklaren en de versnelde procedure toe te passen. Bovendien heeft UPS zich contractueel ertoe verplicht haar bod gestand te doen zolang de Commissie het niet verbood. In een persbericht van 14 januari 2013 heeft UPS de kapitaalmarkten ervan in kennis gesteld dat zij, mocht de Commissie daadwerkelijk een verbodsbesluit vaststellen, juridisch niet in staat zou zijn om het bod te verwezenlijken, dat overeenkomstig de contractuele voorwaarden ervan zou verstrijken. Vervolgens heeft UPS op 30 januari 2013, de datum van het litigieuze besluit, een persbericht gepubliceerd waarin toelichting werd gegeven bij de vereiste contractuele stappen die zij na dit besluit had ondernomen. Wat deze contractuele stappen betreft, kan het Gerecht UPS niet verwijten dat zij de acties heeft ondernomen die vereist zijn krachtens artikel 7 van verordening nr. 139/2004, dat bepaalt dat verboden concentraties niet mogen worden uitgevoerd.
- 24 In de tweede plaats betoogt UPS dat de conclusie van het Gerecht – volgens welke het causale verband tussen de ernstige fout van de Commissie en de schade in verband met de winst die UPS heeft gederfd doordat de voorgenomen concentratie niet kon worden uitgevoerd, is verbroken omdat zij geen tweede overnamebod op TNT heeft gedaan of geen bod heeft uitgebracht in reactie op dat van FedEx – onjuist is en niet de economische realiteit weerspiegelt.
- 25 Ten eerste had UPS namelijk geen enkele reden om een andere uitkomst te verwachten, aangezien de procedure tot nietigverklaring van het litigieuze besluit nog steeds aanhangig was en de Commissie de rechtmatigheid van dit besluit met hand en tand verdedigde. Voorts kan van geen enkele partij worden verlangd dat zij de transactie blijft aanmelden in de hoop dat deze uiteindelijk wordt goedgekeurd, ongeacht of dit volgens de regels inzake openbare overnamebiedingen vanuit commercieel of ander oogpunt mogelijk was.
- 26 Ten tweede benadrukt UPS dat het – nog afgezien van het feit dat de Nederlandse financiële toezichthouder dit nieuwe bod niet zou hebben goedgekeurd of dat dit hoogstonswaarschijnlijk was krachtens de Nederlandse regeling inzake openbare overnamebiedingen, volgens welke deze

autoriteit een memorie betreffende het openbaar overnamebod moest goedkeuren alvorens een partij deze overname kan verwezenlijken – onjuist en onrealistisch is om te suggereren dat zij een herzien bod kon uitbrengen vóór het Gerecht het litigieuze besluit nietig zou hebben verklaard.

- 27 Ten derde was TNT, toen het Gerecht het litigieuze besluit nietig verklaarde, reeds overgenomen door FedEx en was het voor UPS niet langer mogelijk om een overnamebod op TNT uit te brengen. In die omstandigheden kon UPS de Commissie evenmin verzoeken haar beoordeling van een bod van UPS op TNT voort te zetten. Het Gerecht had aanvaard dat de zaak bij voorrang zou worden behandeld, maar de nietigverklaring heeft pas meer dan een jaar na de overname van TNT door FedEx plaatsgevonden.
- 28 Volgens de Commissie is het derde middel deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond.

Beoordeling door het Hof

- 29 Vooraf zij eraan herinnerd dat uit vaste rechtspraak volgt dat wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, het Hof krachtens artikel 256 VWEU enkel bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden (arrest van 14 oktober 2021, NRW.Bank/GAR, C-662/19 P, EU:C:2021:846, punt 35). De beoordeling van de feiten levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht overgelegde bewijzen (arrest van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punt 68).
- 30 Wanneer een rekwirant stelt dat het Gerecht bewijzen onjuist heeft opgevat, moet hij op grond van artikel 256 VWEU, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 168, lid 1, onder d), van het Reglement voor de procesvoering van het Hof precies aangeven welke elementen volgens hem onjuist zijn opgevat en welke fouten in de analyse het Gerecht tot die onjuiste opvatting hebben gebracht. Bovendien is het vaste rechtspraak van het Hof dat een onjuiste opvatting duidelijk moet blijken uit de stukken van het dossier, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw hoeven te worden beoordeeld (arrest van 10 november 2022, Commissie/Valencia Club de Fútbol, C-211/20 P, EU:C:2022:862, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 31 Een dergelijke onjuiste opvatting veronderstelt dat het Gerecht de grenzen van een redelijke beoordeling van het bewijsmateriaal kennelijk heeft overschreden. In dit verband volstaat het niet om aan te tonen dat een document kan worden opgevat op een wijze die verschilt van die van het Gerecht (arresten van 28 januari 2021, Qualcomm en Qualcomm Europe/Commissie, C-466/19 P, EU:C:2021:76, punt 44, en 16 februari 2023, Commissie/Italië, C-623/20 P, EU:C:2023:97, punt 128).
- 32 In casu verwijt UPS het Gerecht met het onderhavige middel niet dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste juridische kwalificatie door in punt 365 van het bestreden arrest te oordelen dat de omstandigheid dat UPS vanaf de aankondiging van het litigieuze besluit heeft afgezien van de voorgenomen concentratie om TNT over te nemen, dus ruim voordat FedEx haar overnamebod op TNT heeft bekendgemaakt, een handeling vormt die het rechtstreekse causale verband heeft verbroken tussen de onregelmatigheid die de Commissie bij de vaststelling van dat litigieuze

besluit heeft begaan en de gestelde schade. UPS verwijt het Gerecht echter dat het de bewijsmiddelen onjuist heeft opgevat door in de punten 364 en 365 van het bestreden arrest te oordelen dat zij van die operatie had afgezien.

- 33 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Gerecht in de punten 364 en 365 van het bestreden arrest bij zijn soevereine beoordeling van de feiten heeft opgemerkt dat UPS in haar eerste persbericht, van 14 januari 2013, ondubbelzinnig heeft aangegeven dat zij had besloten af te zien van de voorgenomen concentratie met TNT, en in het tweede persbericht, van 30 januari 2013, had aangekondigd dat zij haar bod op TNT zou intrekken en dat deze twee ondernemingen hadden besloten hun concentratieovereenkomst te beëindigen. Het Gerecht heeft dus soeverein vastgesteld dat UPS vanaf 14 januari 2013 had afgezien van de overname van TNT en dat zij nooit daarvan is teruggekomen, hetgeen ook blijkt uit het feit dat UPS na het litigieuze besluit geen nieuw bod op TNT heeft gedaan en evenmin een bod in reactie op dat van FedEx heeft uitgebracht.
- 34 Vastgesteld moet worden dat UPS met haar betoog tot staving van het onderhavige middel enkel een uitlegging van de documenten, in casu de persberichten van 14 en 30 januari 2013, en de daarmee verband houdende feitelijke omstandigheden aanvoert die verschilt van die welke in het bestreden arrest in aanmerking is genomen, zonder aan te tonen dat het Gerecht dienaangaande de stukken van het dossier kennelijk onjuist heeft opgevat en de grenzen van een redelijke beoordeling van de bewijzen heeft overschreden door tot de slotsom te komen dat UPS had besloten af te zien van de betrokken concentratie. In dit verband moet overigens worden opgemerkt dat UPS het Gerecht niet verwijt dat het blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting door in punt 363 van het bestreden arrest te oordelen dat de fusieovereenkomst van 19 maart 2012 UPS de mogelijkheid bood om haar bod op TNT in geval van een onverenigbaarverklaring naar eigen goeddunken te verlengen.
- 35 Wat de argumenten betreft die UPS in deze context heeft aangevoerd met betrekking tot het belang van de omstandigheid dat zij geen tweede overnamebod op TNT heeft gedaan of geen bod in reactie op dat van FedEx heeft uitgebracht, kan zij evenmin aantonen dat er sprake is van een onjuiste opvatting. Met die argumenten trekt UPS namelijk geenszins de feitelijke beoordeling door het Gerecht in punt 365 van het bestreden arrest in twijfel, volgens welke UPS geen tweede overnamebod op TNT heeft gedaan en evenmin een bod in reactie op dat van FedEx heeft uitgebracht, maar erkent zij dat deze beoordeling van de feiten juist is, doordat zij alleen omstandigheden aanvoert die volgens haar dergelijke feiten rechtvaardigen.
- 36 In die omstandigheden moet het derde middel ongegrond worden verklaard.

Tweede middel

Argumenten van partijen

- 37 UPS verwijt het Gerecht met haar tweede middel in wezen dat het in de punten 346, 347 en 350 van het bestreden arrest blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het bestaan van een causaal verband tussen de aan de Commissie toe te rekenen voldoende gekwalificeerde fout en de beëindigingsvergoeding te ontkennen op de enkele grond dat deze vergoeding vrijwillig is overeengekomen.

- 38 UPS betoogt om te beginnen dat de Unie niet-contractueel aansprakelijk is wanneer de door een particulier geleden schade rechtstreeks is veroorzaakt door een voldoende gekwalificeerde fout van een instelling van de Unie, ongeacht of de schadeveroorzakende handeling een overeenkomst tussen particulieren is waarvan de onderliggende verbintenis was aangegaan voordat die voldoende gekwalificeerde fout werd begaan. UPS wijst er in dit verband op dat de Unie volgens de redenering van het Gerecht nooit aansprakelijk is voor de schade die particulieren lijden als gevolg van een aan een instelling toe te rekenen voldoende gekwalificeerde fout, wanneer de betrokken particulieren de onderliggende contractuele relatie vrijwillig zijn aangegaan of daarmee hebben ingestemd. Het Gerecht verheft de vermeende wil en de vrije instemming van particulieren die door een handeling van een instelling van de Unie worden geraakt, tot beslissende factoren aan de hand waarvan het bestaan van een causaal verband kan worden vastgesteld. Artikel 340 VWEU sluit nochtans de vergoeding van schade die verband houdt met overeenkomsten tussen particulieren die zij vrijwillig zijn aangegaan en waarmee zij vrijelijk hebben ingestemd, niet van zijn werkingssfeer uit.
- 39 Voorts vindt de beëindigingsvergoeding volgens UPS weliswaar haar oorsprong in de concentratieovereenkomst van 19 maart 2012, maar dat is niet het geval voor de betaling van deze vergoeding, die het gevolg is van het litigieuze besluit. Dienaangaande verschilt de onderhavige zaak van die welke heeft geleid tot het arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). In die zaak had Schneider de aangevoerde schade namelijk kunnen vermijden indien zij de procedure van controle op de concentratie had voortgezet, teneinde goedkeuring voor de overname van Legrand te verkrijgen na de nietigverklaring door het Gerecht van het verbod op de reeds tot stand gebrachte concentratie, maar heeft zij ervoor gekozen de procedure te beëindigen. In casu kon UPS de betaling van de beëindigingsvergoeding echter niet vermijden, omdat deze vergoeding in de praktijk verplicht was.
- 40 Tot slot voert UPS aan dat het Gerecht niet heeft geantwoord op haar argument dat het in de praktijk verplicht was om de beëindigingsvergoeding in de concentratieovereenkomst van 19 maart 2012 op te nemen. In dit verband wijst UPS erop dat het argument dat de beëindigingsvergoeding niet kan worden teruggevorderd om de enkele reden dat de vergoeding vrijelijk is overeengekomen, onjuist is. Ondernemingen waarop een openbaar overnamebod is uitgebracht, dringen er in de praktijk namelijk op aan om een beëindigingsvergoeding op te nemen.
- 41 De Commissie stelt dat dit middel ongegrond moet worden verklaard.

Beoordeling door het Hof

- 42 Vooraf zij opgemerkt dat het Gerecht in de punten 344 en 345 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat de betaling van de beëindigingsvergoeding haar oorsprong vindt in een contractuele verplichting die blijkt uit de bewoordingen van de concentratieovereenkomst van 19 maart 2012. In die overeenkomst is bepaald dat het openbaar overnamebod van UPS op de aandelen van TNT wordt gedaan onder de opschortende voorwaarde van een positief besluit van de Commissie en dat de niet-ervulling van deze voorwaarde een grond voor beëindiging van de concentratieovereenkomst vormt, die TNT in staat stelt om op eerste verzoek de betaling van een beëindigingsvergoeding van 200 miljoen EUR door UPS te verkrijgen.
- 43 In de punten 346 en 347 van het bestreden arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat deze contractuele verbintenis voortvloeide uit de wil van de partijen om het risico dat de voorgenomen concentratie niet vooraf door de Commissie zou worden goedgekeurd – een risico

ten aanzien waarvan het Hof in punt 203 van het arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459), in herinnering heeft gebracht dat het inherent is aan elke procedure van controle op concentraties – naar hun eigen inzicht onderling te verdelen. Het Gerecht heeft er onder verwijzing naar punt 205 van laatstgenoemd arrest op gewezen dat de schadelijke gevolgen van contractuele verbintenissen die vrijwillig zijn aangegaan door de adressaat van een besluit van de Commissie, niet de beslissende oorzaak kunnen zijn van de schade als gevolg van onrechtmatigheden in dat besluit.

- 44 Wat in de eerste plaats de in punt 38 van het onderhavige arrest samengevatte grief van UPS betreft, moet worden vastgesteld dat het bestreden arrest niet aldus kan worden uitgelegd dat de aansprakelijkheid van een instelling van de Unie zou zijn uitgesloten in alle gevallen waarin de gestelde schade haar grondslag vindt in contractuele verhoudingen. Op zichzelf beschouwd zou de overweging van het Gerecht in punt 347 van het bestreden arrest, dat de schadelijke gevolgen van contractuele verbintenissen die vrijwillig zijn aangegaan door de adressaat van een besluit van de Commissie, niet de beslissende oorzaak kunnen zijn van schade als gevolg van onrechtmatigheden in dat besluit, inderdaad kunnen pleiten voor een dergelijke uitlegging. Zoals evenwel blijkt uit de lezing van de punten 344 tot en met 347 van het bestreden arrest, in hun geheel beschouwd, heeft de redenering van het Gerecht specifiek betrekking op het contractuele beding dat in casu aan de orde is, waarbij de partijen het risico dat de voorgenomen transactie niet vooraf door de Commissie zou worden goedgekeurd, naar hun eigen inzicht onderling hebben verdeeld door een forfaitair bedrag van 200 miljoen EUR vast te stellen.
- 45 Wat in de tweede plaats het argument van UPS betreft dat een beëindigingsvergoeding beweerdelijk in de praktijk verplicht is, kan worden volstaan met vast te stellen dat daarmee wordt beoogd om hetgeen het Gerecht in de punten 346 en 347 van het bestreden arrest bij zijn soevereine beoordeling van de feiten heeft vastgesteld, te weten dat de beëindigingsvergoeding in casu vrijwillig is overeengekomen, in twijfel te trekken, zonder ook maar enige onjuiste opvatting aan te voeren of aan te tonen.
- 46 Bijgevolg is dit argument overeenkomstig de in punt 29 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak niet-ontvankelijk in het stadium van de hogere voorziening.
- 47 Wat in de derde plaats de grief inzake een ontoereikende motivering betreft, voor zover het Gerecht niet heeft geantwoord op het argument van UPS dat de vergoeding niet vrijwillig was overeengekomen, maar in de praktijk verplicht was, zij eraan herinnerd dat de motiveringsplicht die op het Gerecht rust krachtens artikel 296, tweede alinea, VWEU en artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, verlangt dat het Gerecht de redenering die het heeft gevolgd duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doet komen opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen beslissing kunnen kennen en het Hof zijn rechterlijk toezicht kan uitoefenen. Deze plicht verlangt van het Gerecht niet dat het een uitputtende uiteenzetting geeft die achtereenvolgens alle door de partijen in het geding uitgedrukte redeneringen volgt. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarop het Gerecht zich baseert en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht in het kader van een hogere voorziening uit te oefenen (arrest van 2 februari 2023, Spanje e.a./Commissie, C-649/20 P, C-658/20 P en C-662/20 P, EU:C:2023:60, punt 113 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 In casu volstaat het op te merken dat het Gerecht juist heeft geantwoord op het argument van UPS dat de vergoeding in de praktijk verplicht was, door in punt 346 van het bestreden arrest aan te geven dat de contractuele verbintenis om het risico dat de voorgenomen transactie niet vooraf

door de Commissie zou worden goedgekeurd – een risico ten aanzien waarvan het Hof in herinnering heeft gebracht dat het inherent is aan elke procedure van controle op concentraties – tussen UPS en TNT te verdelen, vrijwillig is aangegaan.

- 49 Bijgevolg moet het tweede middel deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond worden verklaard.

Eerste onderdeel van het eerste middel

Argumenten van partijen

- 50 Met het eerste onderdeel van het eerste middel verwijt UPS het Gerecht in wezen dat het met name in de punten 356 tot en met 358 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en het litigieuze besluit onjuist heeft opgevat door te oordelen dat het door de Commissie gehanteerde econometrische model slechts een van de elementen ter rechtvaardiging van het verbod was en dat UPS niet had aangetoond dat de vastgestelde ernstige onjuiste rechtsopvattingen een beslissende invloed hebben gehad op de uitkomst van het litigieuze besluit.
- 51 De Commissie stelt dat dit eerste onderdeel deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond is.

Beoordeling door het Hof

- 52 In herinnering moet worden gebracht dat het Gerecht in de punten 354 tot en met 358 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de voldoende gekwalificeerde schending van de procedurele rechten van UPS, zoals vastgesteld in punt 123 van dat arrest, of de gestelde ontwerpfouten in het door de Commissie gekozen econometrische model, niet konden worden beschouwd als de oorzaak van de materiële schade in verband met de winst die UPS heeft gederfd doordat de voorgenomen concentratie niet kon worden uitgevoerd.
- 53 Het Gerecht is in punt 365 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat, gesteld al dat de onregelmatigheid die de Commissie bij de vaststelling van het litigieuze besluit heeft begaan winstderving bij UPS kon veroorzaken, het feit dat deze onderneming vanaf de bekendmaking van het litigieuze besluit heeft afgezien van de voorgenomen operatie, tot gevolg heeft gehad dat elk rechtstreeks causaal verband tussen deze onregelmatigheid en de gestelde schade was verbroken.
- 54 Aangezien blijkens de overwegingen in de punten 32 tot en met 36 van het onderhavige arrest de argumenten waarmee UPS is opgekomen tegen deze vaststelling door het Gerecht in punt 365 van het bestreden arrest, zijn afgewezen, moet worden vastgesteld dat de punten 355 tot en met 358 van het bestreden arrest, die betrekking hebben op de beoordeling van het causale verband tussen de schending van haar procedurele rechten of de aangevoerde andere schendingen door de Commissie en de gestelde materiële schade in verband met de winst die UPS heeft gederfd doordat de voorgenomen concentratie niet kon worden uitgevoerd, ten overvloede zijn geformuleerd.

- 55 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen argumenten die zijn gericht tegen de in een beslissing van het Gerecht ten overvloede geformuleerde overwegingen, niet leiden tot vernietiging van die beslissing, zodat zij niet ter zake dienend zijn (beschikking van 17 januari 2023, Theodorakis en Theodoraki/Raad, C-137/22 P, EU:C:2023:41, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 56 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet ter zake dienend moet worden verklaard.

Tweede onderdeel van het eerste middel en het vierde en het vijfde middel

Argumenten van partijen

- 57 Met het tweede onderdeel van het eerste middel voert UPS aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 216 en 226 van het bestreden arrest tot de slotsom te komen dat het enkele feit dat de Commissie een econometrisch model heeft gebruikt dat onregelmatigheden vertoont, namelijk een ongebruikelijke methode die berust op veronderstellingen die niet zijn getoetst of geverifieerd, zonder de betrouwbaarheid van de resultaten ervan en de gevoeligheid van het model te onderzoeken, niet volstaat om te concluderen dat deze onregelmatigheden voldoende gekwalificeerd zijn om de Unie niet-contractueel aansprakelijk te stellen.
- 58 Met het vierde middel, dat uit drie onderdelen bestaat, voert UPS aan dat het Gerecht met name in de punten 124 tot en met 143 en in de punten 229 tot en met 289 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen.
- 59 Met het vijfde middel verwijt UPS het Gerecht in wezen dat het in de punten 172, 182 en 183 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat UPS onvoldoende nauwkeurig is geweest in haar verzoeken om toegang tot de documenten betreffende het concurrentievermogen van FedEx, waardoor zij haar recht van toegang tot bepaalde documenten van FedEx heeft verloren.
- 60 De Commissie betwist de argumenten die in het kader van dit onderdeel en deze middelen zijn aangevoerd.

Beoordeling door het Hof

- 61 Zoals het Gerecht in punt 82 van het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie in de zin van artikel 340, tweede alinea, VWEU moet zijn voldaan aan een aantal voorwaarden, te weten de onrechtmatigheid van het aan de instelling van de Unie verweten gedrag, het daadwerkelijk bestaan van schade en het bestaan van een causaal verband tussen het gedrag van die instelling en de gestelde schade. Wanneer aan een van die voorwaarden niet is voldaan, moet het beroep – zoals het Hof heeft geoordeeld – in zijn geheel worden verworpen, zonder dat hoeft te worden onderzocht of de overige voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie zijn vervuld (arrest van 25 februari 2021, Dalli/Commissie, C-615/19 P, EU:C:2021:133, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bovendien bestaat er voor de Unierechter geen

verplichting om die voorwaarden in een bepaalde volgorde te onderzoeken (arrest van 5 september 2019, Europese Unie/Guardian Europe en Guardian Europe/Europese Unie, C-447/17 P en C-479/17 P, EU:C:2019:672, punt 148 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 62 Aangezien het tweede en het derde middel van de onderhavige hogere voorziening zijn afgewezen, moet worden geoordeeld dat de vaststellingen van het Gerecht in de punten 350 en 365 van het bestreden arrest, volgens welke er geen causaal verband is aangetoond ten aanzien van zowel de gestelde schade bestaande in de betaling van de beëindigingsvergoeding als de vermeende winstderving van UPS doordat de voorgenomen concentratie niet kon worden uitgevoerd, zonder succes door UPS worden betwist. Voorts zijn de conclusies van het Gerecht in punt 343 van het bestreden arrest met betrekking tot het ontbreken van een causaal verband ten aanzien van de schade in verband met de kosten van de deelname van UPS aan de procedure van controle op de transactie tussen FedEx en TNT, door UPS niet ter discussie gesteld.
- 63 Hieruit volgt dat het Gerecht in het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat er ten aanzien van de drie verschillende vormen van gestelde schade geen causaal verband bestaat.
- 64 Het is vaste rechtspraak dat in hogere voorziening, zodra een van de door het Gerecht uitgesproken overwegingen het dictum van zijn arrest voldoende onderbouwt, de tekortkomingen die aan een andere in het betrokken arrest voorkomende overweging kleven, geen invloed kunnen hebben op het dictum, zodat het middel dat hierop is gegrond, geen doel treft en moet worden verworpen (arrest van 14 oktober 2014, Buono e.a./Commissie, C-12/13 P en C-13/13 P, EU:C:2014:2284, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie in die zin arrest van 28 oktober 2021, Vialto Consulting/Commissie, C-650/19 P, EU:C:2021:879, punt 86).
- 65 In die omstandigheden kunnen de argumenten waarmee UPS in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel en het vierde en het vijfde middel wil aantonen dat er sprake is van voldoende gekwalificeerde schendingen van rechtsregels naast de schending betreffende de rechten van de verdediging, die definitief is vastgesteld in het arrest van 7 maart 2017, United Parcel Service/Commissie (T-194/13, EU:T:2017:144, punten 221 en 222), gesteld dat zij gegrond zijn, niet leiden tot vernietiging van het bestreden arrest. Deze argumenten moeten derhalve als niet ter zake dienend worden afgewezen.

Zesde middel

Argumenten van partijen

- 66 Met haar zesde middel verwijt UPS het Gerecht dat het in punt 353 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de wegens de winstderving gevorderde schade uitsluitend betrekking had op het geraamde verlies van alle synergieën en dat iedere bij het Gerecht ingestelde vordering tot schadevergoeding waarvan het bedrag lager is dan dat van de geraamde volledige winstderving, een nieuwe vordering tot schadevergoeding vormt die niet-ontvankelijk is omdat zij tardief is ingesteld. UPS stelt met name dat indien UPS volgens het Gerecht geen recht heeft op volledige vergoeding van het gestelde verlies als gevolg van de verloren synergieën, het uiteraard aan het Gerecht staat om bij de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht te bepalen in welke mate de toe te kennen schadevergoeding lager moet zijn dan het totale gevorderde bedrag.
- 67 De Commissie stelt dat dit middel ongegrond moet worden verklaard.

Beoordeling door het Hof

- 68 Opgemerkt zij dat het betoog van UPS berust op de premisse dat, anders dan het Gerecht in punt 353 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, de materiële schade in verband met de gederfde winst de uit het verlies van een kans voortvloeiende schade omvat, zodat deze laatste in de oorspronkelijk gevorderde schade was inbegrepen, te weten een lager bedrag dan het totale gevorderde bedrag.
- 69 Uit de punten 5 en 6 van het onderhavige arrest blijkt echter dat het Gerecht in punt 353 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de vordering tot vergoeding van een verlies van een kans een nieuwe vordering tot schadevergoeding vormde die in het verzoekschrift niet was aangevoerd. Aangezien de schade die verband houdt met het verlies van een kans om de voorgenomen concentratie tot stand te kunnen brengen fundamenteel verschilt van de schade die verband houdt met de winstderving als gevolg van het verbod van die concentratie, kan de eerste vordering tot schadevergoeding niet worden geacht te zijn begrepen in de tweede. Het Gerecht heeft derhalve niet gedwaald ten aanzien van het recht door vast te stellen dat de vordering tot vergoeding voor het verlies van een kans, die in de procedure bij het Gerecht pas in antwoord op vragen van het Gerecht is aangevoerd, tardief is ingesteld en derhalve niet-ontvankelijk is (zie in die zin arresten van 27 januari 2000, Mulder e.a./Raad en Commissie, C-104/89 en C-37/90, EU:C:2000:38, punt 47, en 7 november 2019, Rose Vision/Commissie, C-346/18 P, EU:C:2019:939, punt 43).
- 70 Bijgevolg moet het zesde middel worden afgewezen.
- 71 Aangezien geen van de door UPS tot staving van haar hogere voorziening aangevoerde middelen is aanvaard, moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

- 72 Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat het Hof over de kosten beslist wanneer de hogere voorziening ongegrond is.
- 73 Volgens artikel 138, lid 1, van dit Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.
- 74 Aangezien United Parcel Service in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) United Parcel Service Inc. wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen