



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 25 lipca 2018 r.¹

Sprawa C-265/17 P

**Komisja Europejska
przeciwko**

United Parcel Service, Inc.

Odwołanie – Konkurencja – Kontrola koncentracji przedsiębiorstw – Prawo do obrony – Prawo do bycia wysłuchanym – Umożliwienie zajęcia stanowiska – Analiza ekonometryczna – Model koncentracji cen – Istotne zmiany modelu koncentracji cen w trakcie toczącego się postępowania administracyjnego – Rynek międzynarodowego ekspresowego transportu małych paczek w EOG – Artykuł 18 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 – Artykuł 13 i 17 rozporządzenia (WE) nr 802/2004

I. Wprowadzenie

1. Nierzadko postępowania w zakresie kontroli koncentracji prowadzone przez Komisję Europejską w charakterze organu ochrony konkurencji wyróżniają się dużą złożonością powiązań gospodarczych wymagających wyjaśnienia. W celu dokonania oceny, czy na skutek planowanej koncentracji przedsiębiorstw nie zostanie istotnie naruszona skuteczna konkurencja, należy czasem przeprowadzić trudne prognozy dotyczące spodziewanego rozwoju rynku. W tym celu Komisja w odpowiednich przypadkach posługuje się modelami ekonometrycznymi. Właśnie na takim modelu oparła się także w niniejszym przypadku, aby zakazać przejęcia usług dostawy paczek spółki TNT Express N.V. (zwanej dalej „spółką TNT”) przez spółkę United Parcel Service Inc. (zwaną dalej „spółką UPS”).

2. Obecnie Komisja i spółka UPS toczą spór o to, jakich gwarancji procesowych musi przestrzegać organ ochrony konkurencji w przypadku korzystania z tego rodzaju analiz ekonometrycznych. Konkretnie chodzi o pytanie, czy Komisja w trakcie trwającego postępowania administracyjnego mogła dokonać istotnych zmian w wykorzystanym przez siebie modelu ekonometrycznym – tak zwanym modelem koncentracji cen – bez informowania o tym spółki UPS i bez umożliwienia przedsiębiorstwu zajęcia stanowiska.

3. Spółka UPS wygrała sprawę w pierwszej instancji. Wyrokiem Sądu z dnia 7 marca 2017 r. stwierdzono nieważność decyzji Komisji z dnia 30 stycznia 2013 r. w sprawie zakazu zamiaru koncentracji (zwanej dalej także „sporną decyzją”) ² z powodu naruszenia przysługującego spółce UPS prawa do obrony (wyrok zwany dalej także „zaskarżonym wyrokiem”) ³. Od tego wyroku Komisja wniosła niniejsze odwołanie.

¹ Język oryginału: niemiecki.

² Decyzja Komisji z dnia 30 stycznia 2013 r. uznająca koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym oraz z funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.6570 – UPS/TNT Express), notyfikowana jako dokument nr C(2013) 431 final i streszczona w DzU. 2014, C 137, s. 8.

³ Wyrok z dnia 7 marca 2017 r., United Parcel Service/Komisja (T-194/13, EU:T:2017:144).

4. Dla powodzenia środka odwoławczego decydujące jest teraz, jaki zakres ma prawo do obrony przedsiębiorstw w postępowaniu w zakresie kontroli koncentracji. Czy prawo do obrony wymaga informowania owych przedsiębiorstw o istotnych zmianach modelu ekonometrycznego w trakcie trwającego postępowania administracyjnego oraz ich wysłuchania w tej kwestii zanim zostanie wydany zakaz koncentracji?

5. Niniejsza sprawa pokazuje jeszcze raz, z jakimi wyzwaniem stykają się organy ochrony konkurencji w sytuacji, gdy konieczne jest przeprowadzenie analizy gospodarczej zgodnie z wymogami prawnymi. Niezależnie od tego, jak Trybunał orzeknie w niniejszym postępowaniu, jego wyrok, wykraczający poza konkretną sprawę, będzie wytyczał kierunek dla przyszłej praktyki administracyjnej Komisji w złożonych postępowaniach w zakresie kontroli koncentracji, a także dla krajowych organów ochrony konkurencji i sądów, które nierzadko w ramach kontroli koncentracji mocno opierają się na standardach obowiązujących na poziomie Unii.

II. Ramy prawne

6. Ramy prawne niniejszej sprawy określa na poziomie prawa pierwotnego art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, a na poziomie prawa wtórnego art. 18 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁴. Ponadto należy wskazać także na rozporządzenie wykonawcze do rozporządzenia nr 139/2004⁵, a w szczególności na jego art. 13 i 17.

A. Rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

7. Artykuł 18 rozporządzenia nr 139/2004 jest poświęcony „Wysłuchaniu stron i osób trzecich” i we fragmentach brzmi następująco:

„1. Przed podjęciem decyzji przewidzianej w art. 6 ust. 3, art. 7 ust. 3, art. 8 ust. 2–6 oraz art. 14 i 15 Komisja umożliwia zainteresowanym osobom, przedsiębiorstwom i związkom przedsiębiorstw, na każdym etapie procedury aż do konsultacji Komitetu Doradczego [z komitetem doradczym], wyrażenia opinii w sprawie zastrzeżeń skierowanych przeciwko nim.

2. [...]

3. Komisja opiera swoją decyzję jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag. W postępowaniu szanuje się w pełni prawo do obrony [W toku postępowania stronom zapewnia się prawo do obrony w pełnym zakresie]. Dostęp do akt jest otwarty przynajmniej dla stron bezpośrednio zaangażowanych, przy uwzględnieniu uzasadnionego interesu przedsiębiorstw w odniesieniu do ochrony ich tajemnic handlowych.

[...]”.

B. Rozporządzenie wykonawcze do rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

8. W rozdziale IV rozporządzenia wykonawczego do rozporządzenia nr 139/2004, który ma tytuł „Wykonywanie prawa do bycia wysłuchanym; wysłuchania”, znajduje się następujący art. 13 ust. 2:

„Komisja przekazuje swe zastrzeżenia stronom zgłaszającym na piśmie.

⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 24, s. 1)

⁵ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 133, s. 1).

Przekazując swoje zastrzeżenia, Komisja określa termin, w jakim strony zgłaszające mogą poinformować Komisję o swoich uwagach na piśmie [mogą przedstawić na piśmie swoje stanowisko].

[...]”.

9. Wreszcie w rozdziale V rozporządzenia wykonawczego do rozporządzenia nr 139/2004, dotyczącym „Dostęp[ui] do akt i postępowani[a] z informacjami poufnymi”, zawarty jest art. 17, który ma następujące brzmienie:

„1. W przypadku takiego wniosku Komisja umożliwia dostęp do akt stronom, do których wysłała wykaz zastrzeżeń, w celu umożliwienia im skorzystania z prawa do obrony. Dostęp udzielany jest po doręczeniu wykazu zastrzeżeń.

[...]

3. Prawo dostępu do akt nie obejmuje informacji poufnych lub dokumentów wewnętrznych Komisji ani właściwych władz [organów] państw członkowskich [...].

[...]”.

III. Tło sporu

10. Spółki UPS i TNT prowadzą na całym świecie działalność w sektorze wyspecjalizowanych usług transportowych i logistycznych. W Europejskim Obszarze Gospodarczym działają w dziedzinie międzynarodowego ekspresowego transportu małych paczek.

A. Postępowanie administracyjne

11. W dniu 15 czerwca 2012 r. spółka UPS dokonała w Komisji, zgodnie z rozporządzeniem nr 139/2004 i rozporządzeniem wykonawczym do rozporządzenia nr 139/2004, zgłoszenia planowanego przejęcia spółki TNT.

12. W drodze spornej decyzji Komisja w dniu 30 stycznia 2013 r. uznała tę koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym oraz z Porozumieniem o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanym dalej „EOG”), ponieważ doprowadziłaby ona do powstania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w 15 państwach członkowskich na rynku w odniesieniu do międzynarodowych ekspresowych dostaw małych paczek wewnątrz EOG.

13. Prognoza Komisji dotycząca oczekiwanego negatywnego rozwoju konkurencji na danych rynkach będąca podstawą spornej decyzji opiera się zasadniczo na analizie ekonometrycznej z wykorzystaniem modelu koncentracji cen. Jednak zgodnie z ustaleniami Sądu model koncentracji cen, którym ostatecznie posłużyła się Komisja, wykazywał istotne różnice w stosunku do tego, który był w toku postępowania administracyjnego przedmiotem dyskusji ze spółką UPS w odniesieniu do leżących u podstaw zmiennych (tak zwanych zmiennych dyskretnych i zmiennych ciągłych)⁶. Jak dalej ustalili Sąd, w toku postępowania administracyjnego Komisja nie umożliwiła spółce UPS zajęcia stanowiska w sprawie istotnych zmian dokonanych w modelu koncentracji cen⁷.

⁶ Zobacz pkt 205–208 zaskarżonego wyroku.

⁷ Zobacz pkt 203 i 208 zaskarżonego wyroku.

B. Postępowanie sądowe w pierwszej instancji

14. Na sporną decyzję spółka UPS wniosła w dniu 5 kwietnia 2013 r. skargę do Sądu. W dniu 21 października 2013 r. prezes czwartej izby Sądu dopuścił spółkę FedEx Corp. (zwaną dalej „FedEx”) do udziału w postępowaniu w pierwszej instancji w charakterze interwenienta na poparcie żądań Komisji.

15. Sąd w dniu 7 marca 2017 r. w drodze zaskarżonego obecnie wyroku stwierdził nieważność spornej decyzji Komisji i obciążył tę instytucję jej własnymi kosztami oraz kosztami spółki UPS, podczas gdy spółka FedEx została obciążona swoimi własnymi kosztami.

16. Stwierdzenie nieważności spornej decyzji opiera się wyłącznie na fakcie, że Komisja nie przekazała spółce UPS ostatecznej wersji modelu koncentracji cen, którym się posłużyła⁸, mimo że już w dniu 21 listopada 2012 r., tj. ponad dwa miesiące przed wydaniem zaskarżonej decyzji, zdecydowała się na ową ostateczną wersję⁹, która w stopniu niemożliwym do pominięcia odbiegała od wersji pierwotnej¹⁰. Sąd dostrzegł w tym naruszenie przysługującego spółce UPS prawa do obrony¹¹.

IV. Postępowanie przed Trybunałem

17. Pismem z dnia 16 maja 2017 r. Komisja wniosła niniejsze odwołanie od wyroku Sądu z dnia 7 marca 2017 r. Wystąpiła o:

- uchylenie wyroku,
- przekazanie sprawy do Sądu do ponownego rozpoznania oraz
- zastrzeżenie rozstrzygnięcia o kosztach w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

18. Spółka UPS wnosi ze swej strony o:

- uznanie odwołania częściowo za niedopuszczalne, a częściowo za nieskuteczne,
- oddalenie odwołania, o ile jest dopuszczalne i skuteczne, oraz, pomocniczo, o rozpoznanie sprawy poprzez utrzymanie w mocy sentencji zaskarżonego wyroku wraz ze zmianą uzasadnienia wyroku, jak i
- obciążenie Komisji i wszystkich ewentualnych interwenientów kosztami postępowania odwoławczego i postępowania w pierwszej instancji.

19. Kwestia odwołania Komisji była przedmiotem pisemnej debaty przed Trybunałem. Spółka FedEx nie brała udziału w postępowaniu odwoławczym.

⁸ Zobacz pkt 203 i 208 zaskarżonego wyroku.

⁹ Zobacz pkt 202 i 220 zaskarżonego wyroku.

¹⁰ Zobacz pkt 205–208 zaskarżonego wyroku.

¹¹ Zobacz pkt 210 i 221 zaskarżonego wyroku.

V. Ocena

20. Najpierw należy wyjaśnić, że przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego nie jest ani celowość sięgania do analizy ekonometrycznej, ani merytoryczna poprawność modelu koncentracji cen stosowanego przez Komisję dla tej analizy. Gdy zatem strony w swoich pismach całe ustępy poświęcają na dyskusję dotyczącą kwestii, czy Komisja z punktu widzenia ekonometrii działała *lege artis*, nie wnosi to żadnej widocznej wartości dodanej do rozwiązania niniejszego sporu prawnego.

21. Stąd nie będę poniżej dalej zgłębiała tego aspektu i zamiast tego skupię się wyłącznie na gwarancjach procesowych dla stosowania analizy ekonometrycznej w ramach kontroli koncentracji, jak są one wzorcowo podnoszone w niniejszej sprawie.

A. Procesowe zagadnienia wstępne

22. Spółka UPS w odpowiedzi na odwołanie porusza trzy procesowe zagadnienia wstępne, które jej zdaniem uzasadniają uznanie odwołania Komisji częściowo za niedopuszczalne, a częściowo za nieskuteczne (francuski: „inopérant”) i w każdym wypadku uzasadniają ostateczne rozstrzygnięcie sporu bez skierowania sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd.

23. Po pierwsze, spółka UPS podnosi, że Komisja zamierza nakłonić Trybunał do ponownej oceny faktów, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem na etapie odwołania nie jest dopuszczalne, z wyjątkiem wypadków wypaczenia oceny okoliczności faktycznych lub dowodów¹².

24. Ta argumentacja spółki UPS nie jest przekonująca. W niniejszej sprawie Komisja bowiem w żaden sposób nie ogranicza się do samego zakwestionowania oceny okoliczności faktycznych i dowodów Sądu. Komisja porusza natomiast istotną kwestię prawną, a mianowicie zagadnienie dotyczące zakresu prawa do obrony przedsiębiorstw w postępowaniach w zakresie kontroli koncentracji Unii. W tym kontekście Komisja porusza w szczególności dokonaną przez Sąd kwalifikację prawną okoliczności faktycznych: w istocie chodzi o pytanie, czy z powodu braku wysłuchania spółki UPS odnośnie do ostatecznego modelu koncentracji cen Sąd mógł zgodnie z prawem stwierdzić naruszenie prawa do obrony. Trybunał jako instancja odwoławcza może i musi rozważyć tę kwestię¹³.

25. Po drugie, spółka UPS podnosi, że Komisja powtarza tu tylko swoje argumenty z postępowania w pierwszej instancji, co również nie jest dopuszczalne na etapie odwołania.

26. Również ten argument spółki UPS nie jest jednak przekonujący. Jak bowiem Trybunał wielokrotnie orzekał, gdyby strona nie mogła w drugiej instancji nadal powoływać się na argumenty podniesione już w pierwszej instancji, postępowanie odwoławcze byłoby częściowo bezprzedmiotowe¹⁴. Wprawdzie prawdą jest, że w tym kontekście wymaga się od podmiotu występującego z odwołaniem, by dokonał konkretnej analizy wyroku pierwszej instancji¹⁵, jednak dokładnie to czyni Komisja w swoim

12 Zobacz wyroki: z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 29); z dnia 16 lipca 2009 r., Komisja/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459, pkt 103, 104); z dnia 26 czerwca 2012 r., Polska/Komisja (C-335/09 P, EU:C:2012:385, pkt 83, 84).

13 Podobnie wyroki: z dnia 15 maja 1997 r., Siemens/Komisja (C-278/95 P, EU:C:1997:240, pkt 44, 45); z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 60); z dnia 4 kwietnia 2017 r., Rzecznik Praw Obywatelskich/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, pkt 53, 54).

14 Wyroki: z dnia 12 września 2006 r., Reynolds Tobacco i in./Komisja (C-131/03 P, EU:C:2006:541, pkt 51); z dnia 3 października 2013 r., Inuit Tapiriit Kanatami i in./Parlament i Rada (C-583/11 P, EU:C:2013:625, pkt 47); z dnia 19 stycznia 2017 r., Komisja/Total i Elf Aquitaine (C-351/15 P, EU:C:2017:27, pkt 31).

15 Wyroki: z dnia 13 lipca 2000 r., Salzgitter/Komisja (C-210/98 P, EU:C:2000:397, pkt 43); z dnia 7 czerwca 2007 r., Wunenburger/Komisja (C-362/05 P, EU:C:2007:322, pkt 92); z dnia 3 października 2013 r., Inuit Tapiriit Kanatami i in./Parlament i Rada (C-583/11 P, EU:C:2013:625, pkt 47).

odwołaniu, nawet jeśli nie czyni tego w sposób szczególnie ustrukturyzowany. Zasadniczo Komisja zarzuca Sądowi, że nie rozważył dostatecznie jej argumentacji z pierwszej instancji i nie uwzględnił stanu prawnego odnośnie do prawa do obrony. Takie zarzuty są w pełni dopuszczalne na etapie odwołania.

27. Po trzecie, spółka UPS uważa, że odwołanie Komisji jest nieskuteczne, bowiem stwierdzenie nieważności spornej decyzji jest wymagane także z innych jeszcze powodów niż zidentyfikowane przez Sąd naruszenie prawa do obrony. Spółka UPS w szczególności wskazuje na szereg braków w uzasadnieniu, którym jej zdaniem dotknięta jest sporna decyzja.

28. W tym względzie należy jednak poczynić dwie uwagi. Po pierwsze, kwestia, czy odwołanie jest w całości albo częściowo nieskuteczne dotyczy zasadności odwołania¹⁶. Dlatego nie może ona być rozważana w oderwaniu od zasadności poszczególnych zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Po drugie, braki w uzasadnieniu podnoszone przez spółkę UPS, którymi ma być dotknięta sporna decyzja, nie były przedmiotem badania przez Sąd w zaskarżonym wyroku. W postępowaniu odwoławczym Trybunał zajmuje się tylko rozwiązaniem podanym przez Sąd w sporze prawnym w pierwszej instancji¹⁷.

29. Odwołanie jest zatem ogólnie dopuszczalne i może także doprowadzić do uchylecia zaskarżonego wyroku i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd, o ile okaże się zasadne.

B. Zasadność odwołania

30. Merytorycznie spór między Komisją a spółką UPS dotyczy zasadniczo kwestii, czy prawnie istniał wymóg poinformowania spółki UPS w toku postępowania administracyjnego o zmianie zastosowanego przez Komisję modelu koncentracji cen i umożliwienia przedsiębiorstwu zajęcia stanowiska odnośnie do tej kwestii, tak jak przyjął to Sąd w swoim wyroku.

31. Komisja nie zgadza się z tym twierdzeniem i w tym kontekście podnosi różne uwagi krytyczne wobec zaskarżonego wyroku, które są zawarte w czterech odrębnych zarzutach odwołania. Uważam jednak, że owe cztery zarzuty odwołania nie są szczególnie jasno uszeregowane i pod wieloma względami się pokrywają. Z tego względu proponuję Trybunałowi podzielić argumentację Komisji na trzy duże grupy tematyczne:

- prawo do obrony (w tej kwestii patrz dalej część 1),
- skutki ewentualnego naruszenia prawa do obrony (w tej kwestii patrz dalej poniżej część 2) i
- wymogi dotyczące uzasadnienia wyroku pierwszej instancji (w tej kwestii patrz na zakończenie część 3),

przy czym punkt ciężkości rozważań zostanie położony na problematykę prawa do obrony.

¹⁶ Wyroki: z dnia 30 września 2003 r., Eurocoton i in./Rada (C-76/01 P, EU:C:2003:511, pkt 52); z dnia 29 września 2011 r., Arkema/Komisja (C-520/09 P, EU:C:2011:619, pkt 31); podobnie wyrok z dnia 14 października 2014 r., Buono i in./Komisja (C-12/13 P i C-13/13 P, EU:C:2014:2284, pkt 64).

¹⁷ Wyroki: z dnia 1 czerwca 1994 r., Komisja/Brazzelli Lualdi i in. (C-136/92 P, EU:C:1994:211, pkt 59); z dnia 11 grudnia 2008 r., Komisja/Département du Loiret (C-295/07 P, EU:C:2008:707, pkt 95); z dnia 12 września 2017 r., Anagnostakis/Komisja (C-589/15 P, EU:C:2017:663, pkt 55).

1. Prawo do obrony

32. Główny zarzut Komisji, wyrażony przede wszystkim w drugiej i trzeciej części jej pierwszego zarzutu odwołania, skierowany jest przeciwko ustaleniu Sądu, że przysługujące spółce UPS prawo do obrony zostało naruszone w postępowaniu administracyjnym¹⁸. Komisja uważa, że Sąd błędnie przyjął takie naruszenie prawa do obrony.

33. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przestrzeganie prawa do obrony we wszelkich postępowaniach, które mogą zakończyć się wydaniem aktu powodującego dla danej osoby negatywne skutki, stanowi ogólną, a nawet podstawową zasadę prawa Unii¹⁹. Ta zasada stanowi pochodną prawa do dobrej administracji, które jest zakotwiczone w art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej²⁰.

34. Dla postępowań w zakresie prowadzonych przez Komisję kontroli koncentracji prawo do obrony zainteresowanych przedsiębiorstw, w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy, jest skonkretyzowane w art. 18 rozporządzenia nr 139/2004 i art. 13 rozporządzenia wykonawczego do rozporządzenia nr 139/2004. Zgodnie z art. 18 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 Komisja umożliwia zainteresowanym przedsiębiorstwom wyrażenie opinii w sprawie skierowanych przeciwko nim zastrzeżeń. Artykuł 13 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego do rozporządzenia nr 139/2004 uzupełnia, że owe zastrzeżenia należy zainteresowanym przedsiębiorstwom przekazać na piśmie. Z kolei art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 139/2004 wyjaśnia, że Komisja opiera swoje niekorzystne decyzje jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag.

35. Poniżej zbadam, po pierwsze, wychodząc od zarzutów Komisji, czy prawo do obrony w ogóle znajduje zastosowanie do analiz ekonometrycznych [w tej kwestii patrz dalej część a)], i po drugie – na wypadek odpowiedzi twierdzącej – jakie wymogi wynikają z prawa do obrony dla przeprowadzania takich analiz [w tej kwestii patrz poniżej część b)].

a) W przedmiocie stosowania prawa do obrony w odniesieniu do analiz ekonometrycznych

36. W pierwszej kolejności zauważę, że strony wkładają istotny wysiłek w argumentację dotyczącą pytania, czy prawo do obrony w ogóle znajduje zastosowanie w odniesieniu do modelu ekonometrycznego, takiego jak ten stosowany w niniejszej sprawie model koncentracji cen. Podczas gdy Komisja stoi na stanowisku, że w przypadku takiego modelu chodzi tylko o narzędzie, za pomocą którego organ ochrony konkurencji dokonuje oceny zamierzonej koncentracji z punktu widzenia prawa konkurencji i odnośnie do którego dane przedsiębiorstwo nie musi zostać specjalnie wysłuchane, spółka UPS odpowiada, że modele ekonometryczne należy przyporządkować faktom i dowodom, w odniesieniu do których przedsiębiorstwa oczywiście mogą zająć stanowisko.

37. Sądzę, że spór o przyporządkowanie modeli ekonometrycznych do takiej lub innej kategorii jest drugorzędny i jest bez znaczenia dla rozwiązania niniejszego sporu prawnego.

38. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszanowanie prawa do obrony wymaga bowiem, by adresaci decyzji, które w sposób odczuwalny oddziałują na ich interesy, byli w stanie skutecznie przedstawić w sposób użyteczny swoje stanowisko odnośnie do *elementów*, na których organ administracyjny zamierza oprzeć swoją decyzję²¹.

¹⁸ Zobacz pkt 210 i 221 zaskarżonego wyroku.

¹⁹ Wyroki: z dnia 24 października 1996 r., Komisja/Lisrestal i in. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, pkt 21); z dnia 22 października 2013 r., Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, pkt 38); z dnia 14 czerwca 2016 r., Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, pkt 51); zob. także wyrok z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja (C-109/10 P, EU:C:2011:686, pkt 52).

²⁰ Zobacz w tej kwestii moja opinia w sprawie Solvay/Komisja (C-109/10 P, EU:C:2011:256, pkt 152).

²¹ Wyroki: z dnia 24 października 1996 r., Komisja/Lisrestal i in. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, pkt 21); z dnia 22 października 2013 r., Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, pkt 38); z dnia 14 czerwca 2016 r., Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, pkt 51).

39. Bez wątpienia w przypadku modelu ekonometrycznego, takiego jak ten rozpatrywany w niniejszej sprawie model koncentracji cen, chodzi o *element*, na którym Komisja oparła się w znacznym stopniu w swojej analizie z punktu widzenia prawa konkurencji w perspektywie wydania spornej decyzji. Lub – dla wyrażenia tego słowami art. 18 ust. 1 i 3 rozporządzenia nr 139/2004: rzeczony model był jedną z istotnych podstaw dla zastrzeżeń, które Komisja podnosiła przeciwko planowanej koncentracji przedsiębiorstw. W tych okolicznościach uważam za oczywiste, że Komisja w celu poszanowania prawa do obrony powinna była dać spółce UPS możliwość przedstawienia w sposób użyteczny jej stanowiska dotyczącego tego modelu koncentracji cen. Jest tak tym bardziej, jeżeli weźmie się pod uwagę, że taki model ekonometryczny – jak dobitnie pokazuje to niniejsza sprawa – może prowadzić do zupełnie odmiennych wyników w zależności od tego, jak się konkretnie ukształtuje i zastosuje ów model.

40. Zbędne jest także rozważanie, czy w przypadku stosowanego modelu ekonometrycznego chodzi o element obciążający czy odciążający²². W celu poszanowania prawa do obrony nieodzowne jest umożliwienie zainteresowanym przedsiębiorstwom przedstawienia w sposób użyteczny stanowiska odnośnie do *wszystkich* elementów, na których Komisja zamierza się oprzeć w swojej decyzji w sprawie kontroli koncentracji. Nie Komisja, lecz zainteresowane przedsiębiorstwo samo bada, czy określone elementy z akt sprawy mogą być przydatne do jego obrony²³. Aby przedsiębiorstwo mogło dokonać takiego wyboru, muszą mu zostać podane do wiadomości bez różnicy wszystkie elementy, na których Komisja zamierza się oprzeć. Ponadto muszą mu zostać udostępnione wszystkie *elementy ustalone* przez Komisję w rzeczonem postępowaniu w zakresie kontroli koncentracji, zatem ostatecznie także takie, na których być może Komisja ze swojej strony nie chce się oprzeć.

41. Wreszcie szczególnie mało przekonująca jest próba zakwalifikowania przez Komisję jej analiz ekonometrycznych, w oparciu o art. 17 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia wykonawczego do rozporządzenia nr 139/2004, do czysto wewnętrznych dokumentów, o których nie musi powiadamiać zainteresowanych przedsiębiorstw, a już w ogóle przed wydaniem swojej decyzji w sprawie kontroli koncentracji.

42. Na obszarze takim jak kontrola koncentracji, na którym Komisja dysponuje szerokimi uprawnieniami dyskrecyjnymi, przestrzeganie gwarancji proceduralnych ma szczególne znaczenie²⁴. Prawo do obrony byłoby pozbawione znaczenia, gdyby Komisja pozostawiała zainteresowane przedsiębiorstwa w niepewności co do zasadniczych etapów analizy i co do kalkulacji, na których opiera się jej prognoza znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji na skutek zamiaru koncentracji. Przedsiębiorstwa nie mogłyby wówczas przedstawić w *sposób użyteczny* swojego stanowiska²⁵.

43. Poza tym prawo do dobrej administracji, tak jak jest ono uregulowane w art. 41 Karty praw podstawowych, zobowiązuje Komisję do przeprowadzenia *sprawiedliwego* postępowania. W żaden sposób nie dałoby się pogodzić z tą podstawową zasadą słuszności tego, żeby zainteresowane przedsiębiorstwa musiały ostatecznie zgadywać, przeciwko czemu mają się bronić.

22 Jak pokazuje wymiana między Komisją a spółką UPS przed Trybunałem, model koncentracji cen miał w niniejszej sprawie dla spółki UPS skutek częściowo obciążający, a częściowo odciążający: po pierwsze, Komisja opiera się w spornej decyzji zasadniczo na tym modelu, aby zakazać planowanej koncentracji; po drugie, ostateczna wersja tego modelu wykazała jednak także, że planowana koncentracja doprowadziłaby do powstania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji na mniejszej liczbie rynków niż pierwotnie zakładano.

23 Wyrok z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja (C-109/10 P, EU:C:2011:686, pkt 54).

24 Wyroki: z dnia 21 listopada 1991 r., Technische Universität München (C-269/90, EU:C:1991:438, pkt 14); z dnia 19 lipca 2012 r., Rada/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, EU:C:2012:471, pkt 107); z dnia 4 kwietnia 2017 r., Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, pkt 46).

25 Zobacz podobnie jeszcze raz wyroki: z dnia 24 października 1996 r., Komisja/Lisrestal i in. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, pkt 21); z dnia 22 października 2013 r., Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, pkt 38); z dnia 14 czerwca 2016 r., Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, pkt 51).

44. Komisja odpowiada jeszcze, że zainteresowane przedsiębiorstwa mogą ewentualnie zwrócić się do rzecznika praw stron i zażądać u niego wglądu do określonych dokumentów zawartych w aktach sprawy, które zostały przed nimi zatajone. Także ten argument musi jednak zostać oddalony. Zgodnie z art. 18 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 organ ochrony konkurencji jest bowiem z mocy prawa zobowiązany z własnej inicjatywy umożliwić zainteresowanym przedsiębiorstwom zajęcie stanowiska w sprawie podniesionych przez siebie zastrzeżeń oraz wyjaśnić stojące za tym zasadnicze etapy analizy i kalkulacje, włącznie ze stosowanymi zmiennymi. Przedsiębiorstwa bynajmniej nie muszą odnośnie do tego wykazywać inicjatywy lub wręcz występować w roli petenta.

45. Podsumowując: model koncentracji cen taki jak ten rozpatrywany w niniejszej sprawie objęty jest jednoznacznie zakresem stosowania prawa do obrony. Sąd w żaden sposób nie naruszył w tym względzie prawa.

b) W przedmiocie wymogów wynikających z prawa do obrony

46. W drugiej kolejności – strony intensywnie zajmują się kwestią, jakie dokładnie wymogi wynikają z prawa do obrony, gdy Komisja chce oprzeć się w decyzji w sprawie kontroli koncentracji – jak w spornej decyzji w niniejszej sprawie – na analizie ekonometrycznej. W istocie sporne pytanie brzmi, czy faktycznie w każdym przypadku konieczne jest powiadomienie zainteresowanych przedsiębiorstw o *ostatecznej wersji* modelu ekonometrycznego i umożliwienie im zajęcia odnośnie do tego stanowiska zanim Komisja podejmie decyzję kończącą postępowanie.

– *W przedmiocie argumentu Komisji opartego na tym, że decyzja w sprawie kontroli koncentracji może odbiegać od wcześniejszego wykazu zastrzeżeń*

47. Najpierw Komisja przypomina utrwalone orzecznictwo²⁶, zgodnie z którym decyzja kończąca postępowanie w sprawie z zakresu konkurencji pod względem faktycznym i prawnym nie musi w każdym punkcie odpowiadać wcześniejszemu wykazowi zastrzeżeń, a ewentualne odstępstwa od tego wykazu nie muszą być także bliżej uzasadniane. Komisja, opierając się na tym orzecznictwie, próbuje argumentować, że organ ochrony konkurencji w postępowaniu w zakresie kontroli koncentracji nie jest zobowiązany powiadamiać uprzednio zainteresowanych przedsiębiorstw o ostatecznej wersji stosowanego przez nią modelu ekonometrycznego i wysłuchać ich odnośnie w tej kwestii.

48. Uważam, że argument ten nie może zostać przyjęty. Co prawda słuszne jest, że wykaz zastrzeżeń w postępowaniu z zakresu konkurencji ma jedynie wstępny charakter i decyzja kończąca postępowanie może od niego odbiegać bez bliższego uzasadnienia²⁷, jednak rozumie się samo przez się, że takie odstępstwa są dozwolone wyłącznie w granicach prawa do obrony.

49. Jeżeli Komisja odstępuje od wykazu zastrzeżeń *na korzyść* zainteresowanych przedsiębiorstw w drodze rezygnacji z pojedynczych zastrzeżeń, to wówczas nie musi oczywiście ponownie wysłuchiwać przedsiębiorstw. To samo dotyczy sytuacji, gdy Komisja uściśli lub rozwinie swoje zastrzeżenia w świetle argumentów przeciwnych przedstawionych przez przedsiębiorstwa. Jeżeli natomiast Komisja odstępuje *na niekorzyść* zainteresowanych przedsiębiorstw od wykazu zastrzeżeń poprzez powołanie się na zupełnie nowe elementy, teorie i modele kalkulacji, co do których nie wysłuchiwała jeszcze

²⁶ Komisja odwołuje się do wyroków z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, w szczególności pkt 61, 63, 64) i z dnia 9 marca 2015 r., Deutsche Börse/Komisja (T-175/12, EU:T:2015:148, w szczególności pkt 246, 253–258, 314, 344).

²⁷ Wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 63–65).

przedsiębiorstw, to jest zobowiązana umożliwić przedsiębiorstwom zajęcie odnośnie do tego stanowiska. Komisja może się bowiem opierać w swojej decyzji kończącej postępowanie tylko na takich zastrzeżeniach, co do których zainteresowani mogli zająć stanowisko (art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 139/2004)²⁸.

50. Zgodnie z ustaleniami Sądu²⁹ model ekonometryczny, który Komisja wzięła za podstawę spornej decyzji, różnił się w stopniu niedającym się pominąć – mianowicie w zakresie zmiennych zastosowanych do kalkulacji ekonometrycznych – od tego modelu, który uprzednio dyskutowała ze spółką UPS. Komisja, która w tym zakresie nie podniosła zarzutu wypaczenia oceny okoliczności faktycznych lub dowodów, jest związana tym ustaleniem.

51. Tym samym jest pewne, że Komisja oparła się w spornej decyzji *na zastrzeżeniach innych* niż te, co do których spółka UPS zajęła stanowisko, nawet jeżeli w efekcie trzymała się swojej prognozy znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji ze wzrostami cen w szeregu państw członkowskich i tym samym swojej negatywnej całościowej oceny dotyczącej zamiaru koncentracji.

52. W tym względzie Sąd nie naruszył zatem prawa.

– *W przedmiocie specyfiki kontroli koncentracji i jej wpływu na prawo do obrony*

53. Ponadto Komisja podkreśla specyfikę kontroli koncentracji na poziomie Unii. Zaznacza ona, że postępowanie w zakresie kontroli koncentracji charakteryzuje wymóg szybkiego działania, który w szczególności znajduje wyraz w ścisłych terminach postępowania³⁰. Komisja wywodzi z tego, że w toku postępowania w zakresie kontroli koncentracji nie może dochodzić do niekończących się debat między Komisją a zainteresowanymi przedsiębiorstwami w przedmiocie modeli ekonometrycznych, które należy zastosować.

54. Prawdą jest, że ograniczenia, jakim podlega europejski organ ochrony konkurencji w ramach kontroli koncentracji (w szczególności poważna presja czasu, ale także ograniczone zasoby), nie mogą pozostawać bez skutku dla sposobu korzystania przez zainteresowane przedsiębiorstwa z prawa do obrony.

55. Dlatego zainteresowane przedsiębiorstwa mogą spodziewać się pod względem merytorycznym krótkiego i zwięzłego opisu modelu ekonometrycznego zastosowanego przez Komisję. Ten opis musi być tak ukształtowany, aby mógł bez problemu zostać zrozumiany przez osobę biegłą w zagadnieniach ekonometrycznych.

56. Również pod względem czasowym nie może dojść do pewnego rodzaju „gry w ping-ponga”, w której przedsiębiorstwa stopniowo zgłaszałyby coraz to nowe zastrzeżenia do modelu ekonometrycznego faworyzowanego przez Komisję, a Komisja musiałaby im dawać potem możliwość zajęcia stanowiska odnośnie do coraz to nowszych wersji tego modelu.

28 Podobnie również wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 63 in fine); zgodnie z którym przedstawienie zastrzeżeń nie uniemożliwia Komisji zmiany stanowiska *na korzyść* zainteresowanych przedsiębiorstw.

29 Zobacz pkt 205–208 zaskarżonego wyroku.

30 Wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja (C-202/06 P, EU:C:2007:814, pkt 39); z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 49, 90).

57. Od razu dodaję jednak, że mimo niewątpliwych ograniczeń postępowania w zakresie kontroli koncentracji zainteresowanym przedsiębiorstwom należy zawsze pozostawić dostateczną przestrzeń dla obrony, a ich prawo do obrony w swojej istocie nie może zostać naruszone³¹. Życzenie, aby do oceny spraw z zakresu konkurencji wprowadzić więcej wiedzy gospodarczej, nie może być spełniane kosztem zasadniczych gwarancji proceduralnych.

58. Jeżeli zatem Komisja zdecyduje się na przeprowadzenie w ramach postępowań z zakresu konkurencji kompleksowych analiz gospodarczych, „more economic approach”, to najpierw jej obowiązkiem jest przeprowadzenie owych analiz, po pierwsze, starannie i bezstronnie³², a po drugie, tak terminowo, aby wpisały się bezproblemowo w przewidziany przez prawodawcę unijnego przebieg postępowania.

59. Zasadniczo zainteresowanym przedsiębiorstwom należy ujawnić model ekonometryczny stosowany przez Komisję w wykazie zastrzeżeń zgodnie z art. 18 ust. 1 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 i art. 13 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego do rozporządzenia nr 139/2004 oraz wyjaśnić go w zarysie. Konieczna precyzyjna regulacja owego modelu w świetle dokonanych przez Komisję ustaleń i jej ewentualnych dyskusji z zainteresowanymi przedsiębiorstwami musi być zakończona w chwili powiadomienia o zastrzeżeniach. W ramach swojej odpowiedzi na wykaz zastrzeżeń zainteresowane przedsiębiorstwa mają następnie możliwość zajęcia stanowiska także odnośnie do modelu ekonometrycznego Komisji.

60. Jeżeli Komisja w drodze wyjątku zdecyduje się dopiero później na ostateczną wersję stosowanego przez siebie modelu ekonometrycznego, to owo opóźnienie nie może naruszać prawa zainteresowanych przedsiębiorstw do obrony. W przypadku takiej sytuacji faktycznej Komisja musi raczej jeszcze raz oddzielnie wysłuchać zainteresowanych przedsiębiorstw odnośnie do tego punktu, chyba że ostateczna wersja nie różni się już istotnie od wersji wcześniej rozważanych z przedsiębiorstwami lub stanowi wyłącznie rozwinięcie tych wersji w świetle argumentów przedsiębiorstw³³.

61. W niniejszym przypadku, zgodnie z ustaleniami Sądu, ostateczna wersja rzeczonego modelu koncentracji cen, która w odniesieniu do stosowanych zmiennych w stopniu niedającym się pominąć różniła się³⁴ od wcześniejszych wersji, istniała od dnia 21 listopada 2012 r.³⁵. Komisja nie przedstawiła żadnych informacji, mówiących z powodu jakich konkretnie ograniczeń postępowania w zakresie kontroli koncentracji w owej chwili, jeszcze na dobre dwa miesiące przed zakazaniem koncentracji na podstawie spornej decyzji, miało być dla niej praktycznie niemożliwe wysłuchanie spółki UPS odnośnie do rzeczonego modelu z wyznaczeniem krótkiego terminu na odpowiedź.

62. Z tego względu nie można zarzucać Sądowi, że przypisał zbyt małą wagę specyfice kontroli koncentracji, a w szczególności obowiązującemu w tym zakresie wymogowi szybkiego działania.

– *W przedmiocie rzekomo intuicyjnie zrozumiałych zmian w modelu koncentracji cen stosowanym przez Komisję*

63. Komisja argumentuje wreszcie, że z wysłuchania spółki UPS odnośnie do ostatecznej wersji stosowanego przez nią modelu koncentracji cen można było zrezygnować, ponieważ sposób działania owego modelu był dla spółki UPS intuicyjnie zrozumiały.

31 Podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 66), zgodnie z którym argumenty uczestników zamiaru koncentracji w postępowaniu w zakresie kontroli koncentracji nie mogą zostać uwzględnione w mniejszym stopniu niż argumenty zainteresowanych przedsiębiorstw w postępowaniach Komisji zgodnie z obecnymi art. 101 lub 102 TFUE.

32 Zobacz w tej kwestii jeszcze raz orzecznictwo przytoczone powyżej w przypisie 24.

33 Zobacz w tej kwestii pkt 49 niniejszej opinii.

34 Punkty 205–208 zaskarżonego wyroku.

35 Punkty 202 i 220 zaskarżonego wyroku.

64. Prawdą jest, że Komisja nie jest zobowiązana do wysłuchania zainteresowanych przedsiębiorstw odnośnie do samego dalszego rozwinięcia lub uściślenia branych za podstawę elementów, teorii lub modeli kalkulacji, co do których owe przedsiębiorstwa mogły już zająć stanowisko³⁶. W niniejszej sprawie Sąd ustalił jednak, że ostateczna wersja zastosowanego przez Komisję modelu koncentracji cen w odniesieniu do zastosowanych zmiennych różniła się w znacznym stopniu od tej, która była przedmiotem dyskusji ze spółką UPS³⁷. To ustalenie jest wiążące dla Komisji, która w tym zakresie nie podniosła zarzutu wypaczenia oceny okoliczności faktycznych lub dowodów.

65. W tych okolicznościach nawet przy przychyłnej ocenie nie można argumentować, że sposób działania ostatecznej wersji zastosowanego przez Komisję modelu koncentracji cen był dla spółki UPS intuicyjnie zrozumiały. Sąd zatem także w tym względzie nie naruszył prawa.

2. Skutki stwierdzonego naruszenia prawa do obrony na istnienie spornej decyzji

66. Komisja w drodze odrębnego zarzutu kwestionuje, w ramach drugiego i czwartego zarzutu odwołania, że nawet w przypadku ustalenia naruszenia przysługującego spółce UPS prawa do obrony Sąd nie mógł stwierdzić nieważności spornej decyzji. Komisja argumentuje, że nawet bez uwzględniania wyników modelu koncentracji cen jej prognoza znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji pozostaje w każdym wypadku w mocy odnośnie do dwóch państw członkowskich – Danii i Niderlandów.

67. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem uchybienie proceduralne ^{uzasadnia} stwierdzenie nieważności decyzji Komisji tylko wtedy, gdy istnieje możliwość, że postępowanie administracyjne bez owego uchybienia proceduralnego doprowadziłoby do innego wyniku³⁸. Innymi słowy, nie można wykluczyć, że uchybienie proceduralne miało wpływ na treść decyzji Komisji i że w konsekwencji decyzja ta mogła być odmienna³⁹.

68. Być może w postępowaniach w sprawach kartelowych uchybienie proceduralne w odniesieniu do określonego dowodu jest nieistotne, jeżeli Komisja do wykazania naruszenia art. 101 lub 102 TFUE ma do dyspozycji jeszcze inne wystarczająco przekonujące środki dowodowe, w odniesieniu do których nie zostało popełnione uchybienie proceduralne⁴⁰.

69. Kontrolę koncentracji charakteryzuje jednak pewna cecha szczególna polegająca na tym, że Komisja w swoich decyzjach w sprawie zgody lub zakazu zamiaru koncentracji musi podjąć decyzje oparte na prognozie, które zawsze za podstawę przyjmują ogólną ocenę wielu ilościowych lub jakościowych czynników.

³⁶ Zobacz w tym względzie ponownie pkt 49 niniejszej opinii.

³⁷ Punkty 205–208 zaskarżonego wyroku.

³⁸ Wyroki: z dnia 10 lipca 1980 r., *Distillers Company/Komisja* (30/78, EU:C:1980:186, pkt 26); z dnia 14 lutego 1990 r., *Francja/Komisja* (C-301/87, EU:C:1990:67, pkt 31); podobnie wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., *Aalborg Portland i in./Komisja* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 73); z dnia 29 czerwca 2006 r., *SGL Carbon/Komisja* (C-308/04 P, EU:C:2006:433, pkt 97, 98).

³⁹ Wyroki: z dnia 29 października 1980 r., *van Landewyck i in./Komisja* (od 209/78 do 215/78 i 218/78, EU:C:1980:248, pkt 47); z dnia 23 kwietnia 1986 r., *Bernardi/Parlament* (150/84, EU:C:1986:167, pkt 28); podobnie wyroki: z dnia 25 października 2011 r., *Solvay/Komisja* (C-109/10 P, EU:C:2011:686, pkt 57, 62); z dnia 6 września 2017 r., *Intel/Komisja* (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 96–98).

⁴⁰ Podobnie w szczególności wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., *Aalborg Portland i in./Komisja* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 72, 73), na który powołuje się Komisja.

70. W niniejszym przypadku przebieg zdarzeń pokazuje dobitnie, że od konkretnego ukształtowania modelu koncentracji cen może zależeć, w ilu państwach członkowskich Komisja będzie prognozować znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Podczas gdy w istocie Komisja jeszcze w swoim wykazie zastrzeżeń zakładała tego rodzaju negatywne oddziaływanie zamiaru koncentracji na konkurencję dla 29 rynków krajowych, sporna decyzja w sprawie zakazu tego zamiaru – w szczególności z powodu zmian dokonanych w zastosowanym modelu koncentracji cen – opiera się już tylko na znaczącej przeszkodzie w skutecznej konkurencji w 15 państwach członkowskich.

71. Ponadto spółka UPS bardzo słusznie wskazuje na to, że w przypadku takim jak niniejszy prognoza znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji może wypaść silniej lub słabiej, w zależności od tego, czy Komisja może się oprócz innych elementów oprzeć dodatkowo także na analizie koncentracji cen. Szczególnie podkreślane przez Komisję przed Trybunałem czynniki jakościowe, z których można wywodzić negatywne skutki dla konkurencji, mogą w ocenie całokształtu mieć mniejsze znaczenie, jeżeli nagle zostaną podważone ilościowe kalkulacje ekonometryczne, za pomocą których owe czynniki jakościowe pierwotnie zostały wzmocnione.

72. Dodam, że zainteresowane przedsiębiorstwo zwykle może się łatwiej bronić przeciwko zastrzeżeniu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w tylko dwóch państwach członkowskich (tu: Danii i Niderlandach, gdzie Komisja także niezależnie od swojej analizy ekonometrycznej na podstawie rozważań jakościowych prognozowała znaczące problemy dotyczące zagadnień konkurencji), niż przeciwko zastrzeżeniu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w 15 państwach członkowskich (jak to Komisja w niniejszej sprawie wzięła za podstawę w spornej decyzji) lub nawet w 29 państwach (od czego Komisja wychodziła jeszcze w swoim wykazie zastrzeżeń).

73. Również perspektywa osłabienia zastrzeżeń Komisji poprzez odpowiednie zobowiązania i przygotowanie w ten sposób drogi dla zgody na zamiar koncentracji z zastrzeżeniem warunków i obowiązków poprawia się zwykle, gdy zainteresowane przedsiębiorstwo musi przedłożyć specyficzne zobowiązania odnośnie do dwóch tylko rynków krajowych, a nie 15 bądź nawet dla całego obszaru Unii lub całego EOG.

74. Tym samym Sąd całkowicie słusznie ustalił, że spółka UPS mogłaby bronić się w sposób bardziej użyteczny, gdyby przedsiębiorstwo dysponowało już przed wydaniem spornej decyzji ostateczną wersją wybranej przez Komisję analizy ekonometrycznej⁴¹. Jedynie logiczną konsekwencją było zatem w tych okolicznościach stwierdzenie przez Sąd nieważności spornej decyzji.

3. Wymogi dotyczące uzasadnienia wyroku pierwszej instancji

75. Komisja zarzuca wreszcie Sądowi w różnych częściach swoich czterech zarzutów odwołania, że nie odniósł się do określonych aspektów jej argumentów z pierwszej instancji. Zasadniczo chodzi o następujące punkty:

- „główny argument” Komisji, że nie była zobowiązana powiadomić spółki UPS o zmianach w przyjętym przez siebie za podstawę modelu ekonometrycznym (część pierwsza pierwszego zarzutu odwołania),
- argument Komisji, że nawet ewentualne naruszenie przysługującego spółce UPS prawa do obrony nie może prowadzić do stwierdzenia nieważności spornej decyzji (część druga drugiego zarzutu odwołania),
- argument Komisji, że zmiany dokonane w jej modelu ekonometrycznym były dla spółki UPS intuicyjnie zrozumiałe (część pierwsza trzeciego zarzutu odwołania),

⁴¹ Punkt 215 zaskarżonego wyroku.

- argument Komisji, zgodnie z którym wymiana stanowisk dokonana między służbami Komisji a ekonomistą zatrudnionym przez spółkę UPS wyklucza wszelkie naruszenie prawa do obrony (część druga trzeciego zarzutu odwołania), oraz
- argument Komisji, zgodnie z którym zarzuty spółki UPS wobec spornej decyzji są w każdym wypadku bezskuteczne w odniesieniu do Danii i Niemiec (część druga czwartego zarzutu odwołania).

76. W ramach postępowania odwoławczego kontrola Trybunału ma na celu w szczególności zbadanie, czy Sąd odpowiedział w sposób wystarczający pod względem prawnym na wszystkie argumenty przedstawione przez strony⁴². Jeżeli Sąd w ogóle nie odpowiada na główny punkt argumentacji strony w postępowaniu w pierwszej instancji, to narusza ciążący na nim obowiązek uzasadnienia⁴³ (art. 36 w zw. z art. 53 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości).

77. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sąd nie musi jednak wyczerpująco omawiać po kolei każdego podniesionego przez strony argumentu, zwłaszcza jeśli dany argument nie jest wystarczająco jasny i dokładny⁴⁴; natomiast uzasadnienie wyroku może być także odnośnie do pojedynczych punktów dorozumiane⁴⁵. Rozstrzygające jest, czy Sąd wystarczająco rozważył argumenty stron⁴⁶.

78. Moim zdaniem z zaskarżonego wyroku z wymaganą jasnością wynika, że Sąd uważał Komisję za zobowiązaną do powiadomienia spółki UPS o ostatecznej wersji jej modelu ekonometrycznego, jak i do wysłuchania przedsiębiorstwa odnośnie do tej kwestii, ponieważ Komisja w owym modelu dokonała niemożliwych do pominięcia zmian, które nie wynikały z wcześniejszych dyskusji ze spółką UPS⁴⁷. Wbrew twierdzeniom Komisji w postępowaniu przed Trybunałem jej argumentacja w pierwszej instancji odnośnie do tej tematyki została zbyt zwięźle przedstawiona i w żadnym wypadku nie została w sposób jasny podzielona na argument główny i pozostałe argumenty⁴⁸. W tych okolicznościach Sądowi nie można zarzucić, że powinien był intensywniej rozważyć argumentację Komisji.

79. Z zaskarżonego wyroku dostatecznie wyraźnie wynika także, że zmiany dokonane przez Komisję w jej modelu koncentracji cen nie były intuicyjnie zrozumiałe dla spółki UPS i nie wynikały w szczególności z wcześniej dokonanej wymiany stanowisk z doradcami przedsiębiorstwa⁴⁹.

80. Wreszcie rozważania Sądu dotyczące ilościowych lub jakościowych informacji, na których opierają się wnioski spornej decyzji, stanowią co najmniej domyślną odpowiedź na argumentację Komisji dotyczącą Danii i Niemiec⁵⁰.

42 Wyroki: z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 244); z dnia 2 kwietnia 2009 r., France Télécom/Komisja (C-202/07 P, EU:C:2009:214, pkt 41).

43 Podobnie wyroki: z dnia 1 października 1991 r., Vidrányi/Komisja (C-283/90 P, EU:C:1991:361, pkt 29); z dnia 17 grudnia 1992 r., Moritz/Komisja (C-68/91 P, EU:C:1992:531, pkt 37–39); z dnia 20 maja 2010 r., Gogos/Komisja (C-583/08 P, EU:C:2010:287, pkt 29).

44 Wyroki: z dnia 6 marca 2001 r., Connolly/Komisja (C-274/99 P, EU:C:2001:127, pkt 121); z dnia 9 września 2008 r., FIAMM i in./Rada i Komisja (C-120/06 P i C-121/06 P, EU:C:2008:476, pkt 91); z dnia 19 marca 2015 r., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja (C-286/13 P, EU:C:2015:184, pkt 83).

45 Wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 372); z dnia 26 listopada 2013 r., Gascogne Sack Deutschland/Komisja (C-40/12 P, EU:C:2013:768, pkt 35); z dnia 7 czerwca 2018 r., Ori Martin/Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (C-463/17 P, EU:C:2018:411, pkt 26).

46 Wyrok z dnia 11 kwietnia 2013 r., Mindo/Komisja (C-652/11 P, EU:C:2013:229, pkt 41); podobnie wyrok z dnia 25 października 2007 r., Komninou i in./Komisja (C-167/06 P, EU:C:2007:633, pkt 22).

47 Punkt 209 w zw. z pkt 205–208 zaskarżonego wyroku.

48 W rzeczywistości chodzi tylko o jedną stronę (pkt 27–29) odpowiedzi na pozew Komisji przed Sądem. Owe rozważania zaczynają się odniesieniem do wymiany poglądów, która nastąpiła w postępowaniu administracyjnym między Komisją a spółką UPS odnośnie do modelu koncentracji cen oraz do rzekomego opóźnienia stanowiska spółki UPS odnośnie do owego modelu. Dopiero później Komisja zajmuje się orzecznictwem dotyczącym stosunku między wykazem zastrzeżeń a orzeczeniem kończącym postępowanie.

49 Punkt 208 zaskarżonego wyroku.

50 Punkty 216–218 zaskarżonego wyroku.

81. Tym samym Sąd w pełni wykonał swój obowiązek uzasadnienia zgodnie z art. 36 w związku z art. 53 akapit pierwszy statutu Trybunału. W odróżnieniu od Komisji nie dostrzegam także żadnych sprzeczności w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

82. W rzeczywistości uważam, że Komisja poprzez kwestionowane uchybienia zamierza w mniejszym stopniu poruszyć formalne wymogi uzasadnienia, a bardziej merytoryczną zasadność podstaw, na których Sąd oparł zaskarżony wyrok. Sama tylko okoliczność, że Sąd jest co do istoty innego zdania niż wnoszący odwołanie, nie stanowi jednak odpowiedniej podstawy dla zarzutu dotyczącego braku uzasadnienia⁵¹.

83. Podsumowując: należy oddalić zarzut, iż Sąd w zaskarżonym wyroku nie udzielił wystarczającej odpowiedzi na argumenty podniesione przez Komisję.

C. Podsumowanie

84. Jako że żaden z zarzutów podniesionych przez Komisję wobec zaskarżonego wyroku nie jest zasadny, należy oddalić odwołanie w całości.

VI. Koszty

85. Zgodnie z art. 184 § 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem jeżeli odwołanie jest bezzasadne, Trybunał rozstrzyga o kosztach.

86. Zgodnie z art. 138 § 1 i 2 w związku z art. 184 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ spółka UPS wniosła o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a ta ostatnia przegrała sprawę, należy obciążyć Komisję kosztami postępowania.

87. Spółka FedEx, interwenient popierający żądania Komisji w pierwszej instancji, nie brała udziału w postępowaniu odwoławczym i wobec tego nie może zostać obciążona kosztami postępowania odwoławczego zgodnie z art. 184 ust. 4 regulaminu postępowania.

VII. Wnioski

88. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł w następujący sposób:

- 1) Odwołanie zostaje oddalone.
- 2) Komisja Europejska zostaje obciążona kosztami postępowania.

⁵¹ Wyroki: z dnia 7 czerwca 2007 r., Wunenburger/Komisja (C-362/05 P, EU:C:2007:322, pkt 80); z dnia 20 maja 2010 r., Gogos/Komisja (C-583/08 P, EU:C:2010:287, pkt 35).