



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 16 januari 2019*

”Överklagande – Kontroll av företagskoncentrationer – UPS förvärv av TNT Express – Kommissionens beslut om att förklara företagskoncentrationen oförenlig med den inre marknaden och EES-avtalets funktion – Ekonometrisk modell som kommissionen utarbetat – Ändringar som gjorts i den ekonometriska modellen har inte meddelats – Åsidosättande av rätten till försvar”

I mål C-265/17 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 16 maj 2017

Europeiska kommissionen, företrädd av T. Christoforou, N. Khan, H. Leupold och A. Biolan, samtliga i egenskap av ombud,

sökande,

i vilket de andra parterna är:

United Parcel Service, Inc., Atlanta, Georgia (Förenta staterna), företrädd av A. Ryan, solicitor, F. Hoseinian, advokat, W. Knibbeler, S. A. Pliego och P. van den Berg, advocaten, samt F. Roscam Abbing, advocate,

sökande i första instans

FedEx Corp., Memphis, Tennessee (Förenta staterna), företrädd av F. Carlin, barrister, G. Bushell, solicitor, och N. Niejahr, Rechtsanwältin,

intervenient i första instans

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av domstolens vice ordförande R. Silva de Lapuerta, tillförordnad ordförande på första avdelningen, samt domarna A. Arabadjiev, E. Regan, C. G. Fernlund (referent) och S. Rodin,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: engelska.

och efter att den 25 juli 2018 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 7 mars 2017 i mål T-194/13, United Parcel Service/kommissionen (nedan kallad den överklagade domen EU:T:2017:144). Genom denna dom ogiltigförklarade tribunalen kommissionens beslut C(2013) 431 av den 30 januari 2013 om att en företagskoncentration är oförenlig med den inre marknaden och EES-avtalets funktioner (ärende COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Bakgrund till tvisten

- 2 Det framgår av den överklagade domen att United Parcel Service, Inc. (nedan kallat UPS) och TNT Express NV (nedan kallat TNT) är två bolag på marknaden för internationella tjänster för expresseleverans av mindre paket.
- 3 Den 15 juni 2012 anmälde UPS sitt planerade förvärv av TNT till kommissionen, i enlighet med artikel 4 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1).
- 4 Den 30 januari 2013 antog kommissionen det omtvistade beslutet. Kommissionen förklarade den anmälda företagskoncentrationen oförenlig med den inre marknaden och avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet av den 2 maj 1992 (EGT L 1, 1994, s. 3), efter att ha konstaterat att den skulle utgöra ett väsentligt hinder för effektiv konkurrens på marknaderna för de aktuella tjänsterna i femton medlemsstater, nämligen Bulgarien, Republiken Tjeckien, Danmark, Estland, Lettland, Litauen, Ungern, Malta, Nederländerna, Polen, Rumänien, Slovenien, Slovakien, Finland och Sverige.

Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

- 5 UPS väckte, genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 5 april 2013, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Till stöd för sin talan åberopade UPS bland annat en grund avseende åsidosättande av rätten till försvar, vari det gjorde gällande att kommissionen hade antagit det omtvistade beslutet på grundval av en annan ekonomisk modell än den som hade varit föremål för ett kontradiktoriskt förfarande under det administrativa förfarandet.
- 6 Genom den överklagade domen biföll tribunalen talan på den grunden och ogiltigförklarade det omtvistade beslutet.

Parternas yrkanden

- 7 Kommissionen har yrkat att domstolen ska
 - upphäva den överklagade domen,
 - återförvisa målet till tribunalen, och
 - förordna att beslut om rättegångskostnader ska meddelas senare.

- 8 UPS har yrkat att domstolen ska
- förklara att överklagandet delvis inte kan tas upp till prövning, eller att det ska förklaras verkningslöst, eller
 - ogilla överklagandet i dess helhet, eller,
 - i andra hand, fastställa domslutet i den överklagade domen men ändra domskälen, och
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna såväl i förfarandet om överklagande som i förfarandet vid tribunalen.

Prövning av överklagandet

Upptagande till prövning

- 9 UPS har inledningsvis gjort gällande att överklagandet, på grund av vissa processuella fel, ska avvisas och i vart fall är verkningslöst.
- 10 Först och främst har UPS, utan att göra gällande att den hade missuppfattat omständigheterna, bestritt vissa faktiska omständigheter som tribunalen fastställde i den överklagade domen.
- 11 Enligt artikel 256 FEUF och artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol ska ett överklagande vara begränsat till rättsfrågor. Tribunalen är således ensam behörig att fastställa och bedöma de relevanta faktiska omständigheterna och att bedöma bevisningen. Bedömningen av omständigheterna och bevisningen är således inte, utom då uppgifter har missuppfattats, en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett överklagande (dom av den 26 januari 2017, Masco m.fl./kommissionen, C-614/13 P, EU:C:2017:63, punkt 35 och där angiven rättspraxis).
- 12 I förevarande mål ska konstateras att den felaktiga rättstillämpning som kommissionen har åberopat till stöd för överklagandet avser huruvida tribunalen iakttar förfarandereglerna, såsom motiveringsskyldigheten och att pröva de grunder och argument som framförts vid den. Kommissionen har vidare bestritt skälen till att tribunalen fann att kommissionen borde ha meddelat ändringarna i den ekonometriska modellen under det administrativa förfarandet och de rättsliga följderna för det omtvistade beslutet av att ett sådant meddelande inte gjordes. I motsats till vad UPS har påstått, avser kommissionens kritik av den överklagade domen inte de faktiska slutsatserna, utan flera rättsliga fel som tribunalen gjorde.
- 13 UPS har för det andra gjort gällande att överklagandet ska avvisas, eftersom kommissionen, särskilt i de två första delarna av den första grunden, har begränsat sig till att upprepa de argument som tribunalen underkände särskilt i punkterna 176, 181, 185, 186, 198 och 203–209 i den överklagade domen.
- 14 Det är riktigt att ett överklagande ska avvisas som endast innehåller en upprepning av grunder och argument som har anförts vid tribunalen, inbegripet sådana som grundar sig på omständigheter som tribunalen uttryckligen har underkänt. Ett sådant överklagande utgör nämligen endast en begäran om omprövning av ansökan till tribunalen, vilket faller utanför domstolens behörighet i ett överklagande (dom av den 10 november 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/kommissionen, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punkt 28).
- 15 När en sökande ifrågasätter tribunalens tolkning eller tillämpning av unionsrätten kan däremot de rättsfrågor som prövades av tribunalen i första instans diskuteras på nytt i målet om överklagande. Om en klagande inte på detta sätt kan grunda sitt överklagande på grunder och argument som

åberopats vid tribunalen, skulle nämligen det förfarandet förlora en del av sin betydelse (dom av den 10 november 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/kommissionen, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punkt 29).

- 16 I förevarande mål har kommissionen, i motsats till vad UPS har hävdad, i sitt överklagande inte endast upprepat de argument som anfördes i första instans. Kommissionen har, särskilt i de två första delarna av den första grunden för överklagande, nämligen kritiserat de rättsliga grunder som tribunalen tillämpade i den överklagade domen. I dessa har kommissionen hävdad att tribunalen underlät att pröva vissa argument i kommissionens försvar.
- 17 För det tredje har UPS hävdad att överklagandet i alla händelser är verkningslöst, eftersom det inte kan leda till att målet skulle återförvisas till tribunalen i enlighet med kommissionens begäran. Om överklagandet bifalls, har UPS yrkat att domstolen ska ändra domskälen och låta ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet bestå på grund av bristande motivering och att kommissionen åsidosatt rätten till försvar.
- 18 Det är i detta avseende tillräckligt att konstatera att frågan huruvida ett överklagande är helt eller delvis verkningslöst, inte är en fråga som rör prövningen av huruvida överklagandet kan tas upp till sakprövning, utan huruvida den är välgrundad.
- 19 Med hänsyn till dessa omständigheter ska UPS argument om att överklagandet och vissa av dess grunder inte kan upptas till sakprövning underkännas.

Prövning i sak

- 20 Kommissionen har anfört fyra grunder till stöd för sitt överklagande. Genom dessa grunder, som i flera delar delvis överlappar varandra, har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i tre avseenden. De två första avser åsidosättande av rätten till försvar och de konsekvenser som följer därav, och den tredje avser åsidosättande av tribunalens skyldighet att motivera sina beslut.

Åsidosättande av rätten till försvar

– Parternas argument

- 21 Kommissionen har i den andra och den tredje delen av den första grunden bestritt motiveringen i punkt 209 i den överklagade domen, enligt vilken "[k]ommissionen kan följaktligen inte med framgång hävda att den inte var skyldig att delge sökanden den slutliga modellen av den ekonometriska analysen före antagandet av det [omtvistade] beslutet".
- 22 Kommissionen har bestritt att en sådan skyldighet föreligger.
- 23 I första hand anser kommissionen att den efter meddelandet om invändningar inte är skyldig att lämna ut någon eventuell följande mellanliggande bedömning av de punkter på vilka den har grundat sina invändningar, dessa bedömningar kan ändras under förfarandets gång. I förevarande fall genomfördes bedömningen av förhållandet mellan koncentrationsnivån och priserna på grundval av uppgifter från UPS och TNT. Den metod som användes för utvärdering genom en ekonometrisk modell anpassades med beaktande av UPS argument. Bestridandet av kommissionens bedömning av de uppgifterna omfattas inte av rätten till försvar, utan av bedömningen av huruvida det omtvistade beslutet var välgrundat.

- 24 Kommissionen har för det andra ifrågasatt motiveringen i punkterna 199 och 200 i den överklagade domen som tribunalen lade till grund för att i punkt 209 i den domen finna att kommissionen var skyldig att meddela UPS den slutliga versionen av modellen innan den antog det omtvistade beslutet. Kommissionen har hävdad att hänvisningen till domen av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 61), i punkt 200 i den överklagade domen, inte är relevant. Det framgår av den domen att om kommissionen i sitt slutliga beslut inte kan lägga andra invändningar till grund för sitt beslut än dem som har meddelats företagen, är detta meddelande preliminärt och kan komma att ändras, varvid det enda kravet är att motivera det slutliga beslutet.
- 25 Kommissionen anser att även hänvisningen till domen av den 9 mars 2015, Deutsche Börse/kommissionen (T-175/12, ej publicerad, EU:T:2015:148, punkt 247), i punkt 199 i den överklagade domen är irrelevant. I den domen underkände tribunalen nämligen argumentet om åsidosättande av rätten till försvar på grund av att kommissionen inte är skyldig att vidhålla bedömningar i meddelandet om anmärkningar eller att i det slutliga beslutet förklara eventuella skillnader i förhållande till dess bedömning i det meddelandet.
- 26 Kommissionen har för det tredje gjort gällande att tribunalens synsätt är oförenligt med systematiken och tidsfristerna i förordning nr 139/2004. Tribunalen lät i den överklagade domen förstå att kommissionen ska meddela de anmälade parterna alla sina interna överläggningar innan den fattar beslut. Enligt artikel 17.3 i kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 133, 2004, s. 1), ska rätten till tillgång till handlingar i ärendet inte omfatta kommissionens interna handlingar. Ett sådant synsätt, som tribunalen för övrigt inte begränsade till ekonomiska analyser, kan äventyra förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer, som omfattas av mycket korta tidsfrister.
- 27 UPS har bestritt detta argument.

– *Domstolens bedömning*

- 28 Att rätten till försvar iakttas utgör en allmän princip i unionsrätten som är tillämplig så snart administrationen avser att vidta en åtgärd gentemot en person som går denne emot (dom av den 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, punkt 36).
- 29 Beträffande förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer, fastställs den principen i artikel 18.3 andra meningen i förordning nr 139/2004 och mer precist i artikel 13.2 i förordning nr 802/2004. Enligt de sistnämnda bestämmelserna måste kommissionen bland annat lämna en skriftlig underrättelse om sina invändningar till de anmälade parterna och ange den tidsfrist inom vilken dessa skriftligen kan lämna sina synpunkter (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 62).
- 30 De bestämmelserna kompletteras med bestämmelser om tillgång till handlingarna i ärendet, vilka följer av principen om iakttagande av rätten till försvar (dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 68). Det framgår således av artikel 18.3 i förordning nr 139/2004 och artikel 17 i förordning nr 802/2004 att parter som är direkt berörda har rätt till tillgång till handlingarna efter meddelandet om invändningar, med förbehåll särskilt för företagens berättigade intresse av att skydda sina affärshemligheter. Denna tillgång till handlingarna omfattar inte konfidentiella upplysningar, eller interna handlingar hos kommissionen eller medlemsstaternas behöriga myndigheter.

- 31 Att rätten till försvar iakttas innan beslut fattas om kontroll av företagskoncentrationer fordrar således att de anmälade parterna får tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de omständigheter verkligen föreligger och är relevanta som kommissionen har för avsikt att lägga till grund för sitt beslut (se, analogt, dom av den 22 oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678), punkt 38 och där angiven rättspraxis).
- 32 Beträffande de ekonometriska modeller som används i samband med kontroll av företagskoncentrationer erinrar domstolen om att den nödvändiga analysen av den kommande utvecklingen består i att pröva hur en företagskoncentration kan ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen på de berörda marknaderna. En sådan analys innebär att det är nödvändigt att föreställa sig olika logiska händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkterna 42 och 43).
- 33 För att kunna göra detta, är det med hjälp av ekonometriska modeller möjligt att fullständigt förstå den planerade åtgärden genom att identifiera och i förekommande fall kvantifiera vissa av dess effekter och på så sätt bidra till kvaliteten på kommissionens beslut. Det är därför nödvändigt att de anmälade parterna får tillfälle att yttra sig i detta avseende när kommissionen avser att grunda sitt beslut på sådana modeller.
- 34 Offentliggörande av dessa modeller och metodologiska val som ligger till grund utvecklingen av dem är desto mer nödvändigt, eftersom det, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 43 i sitt förslag till avgörande, bidrar till att förfarandet blir skäligt i enlighet med principen om god förvaltningssed i artikel 41 i stadgan om de grundläggande rättigheterna i Europeiska unionen.
- 35 Kommissionen har emellertid hävdats att den inte är skyldig att offentliggöra alla ändringar av en modell som utvecklats i samarbete med parterna i förfarandet och som meddelandet om invändningar bygger på. Kommissionen har betonat att invändningarna kan förändras i detta skede och att ändringar av modellerna kan likställas med interna handlingar som inte omfattas av rätten till tillgång till handlingar.
- 36 Meddelandet om invändningar är visserligen preliminärt till sin natur och kan ändras vid kommissionens senare bedömning på grundval av synpunkter från parterna och andra faktiska överväganden (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 63). Eftersom meddelandet om invändningar är preliminärt hindrar det inte kommissionen från att ändra sin ståndpunkt till förmån för de aktuella företagen och den är därmed inte skyldig att förklara eventuella skillnader i förhållande till den preliminära bedömningen i meddelandet (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkterna 63–65).
- 37 Dessa överväganden innebär emellertid inte att kommissionen, utan att meddela denna ändring till de berörda företagen och ge dem möjlighet att yttra sig i detta avseende, efter meddelandet om invändningar kan ändra det väsentliga i en ekonometrisk modell som den har för avsikt att lägga till grund för sina invändningar. En sådan tolkning skulle strida mot principen om iakttagande av rätten till försvar och artikel 18.3 i förordning nr 139/2004 enligt vilka det å ena sidan krävs att kommissionen ska fatta beslut endast på grundval av invändningar som parterna har haft möjlighet att yttra sig över och å andra sidan föreskrivs att åtminstone de direkt berörda parterna ska ha rätt till tillgång till handlingarna. Det är också uteslutet att sådana omständigheter klassificeras som interna handlingar i den mening som avses i artikel 17 i förordning nr 802/2004.
- 38 Enligt kravet på skyndsamhet, vilket präglar systematiken i förordning nr 139/2004, åläggs kommissionen att iakttä strikta tidsfrister för att fatta sitt slutliga beslut (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 49). Kommissionen är skyldig att iakttaga kravet på skyndsamhet och rätten till försvar.

- 39 I förevarande mål gjorde tribunalen, efter att i punkterna 199 och 200 i den överklagade domen, ha gjort en sanningsenlig redogörelse för de krav som följer av principen om iakttagande av rätten till försvar, olika faktiska konstateranden som kommissionen inte har bestritt i överklagandet.
- 40 Tribunalen fann således, i punkterna 201 och 211–213 i den överklagade domen, att kommissionen hade stött sig på den slutliga versionen av den ekonometriska modellen för att slå fast det antal medlemsstater inom vilka den föreslagna företagskoncentrationen skulle leda till ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.
- 41 I punkt 202 i den överklagade domen angav tribunalen att den slutliga versionen av den ekonometriska modellen antogs den 21 november 2012, det vill säga mer än två månader innan det angripna beslutet antogs. I punkt 203 angav den att kommissionen inte hade meddelat UPS denna slutliga version. I punkterna 205–208 i den överklagade domen fann tribunalen att det inte var försumbara ändringar som angavs i denna slutliga version i förhållande till de modeller som diskuterats under det administrativa förfarandet.
- 42 Dessutom, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 61 i förslaget till avgörande, har kommissionen inte lämnat någon upplysning om de konkreta skälen till att det skulle ha varit i praktiken omöjligt att vid den tidpunkten ålägga UPS en kort svarsfrist för att höra det om den slutliga versionen.
- 43 Mot bakgrund av dessa omständigheter kunde tribunalen utan att göra sig skyldig till en felaktig rättstillämpning, i punkt 209 i den överklagade domen dra slutsatsen att ”kommissionen kan inte med framgång hävda att den inte var skyldig att delge sökanden den slutliga modellen av den ekonometriska analysen före antagandet av det [omtvistade] beslutet”.
- 44 Den första grundens andra och tredje delar ska därför ogillas.

Konsekvenserna av att rätten till försvar har åsidosatts

– Parternas argument

- 45 Kommissionen har, i den första och andra delen av den andra grunden och den första och andra delen av den fjärde grunden, bestritt tribunalens bedömning i punkt 210 i den överklagade domen, där tribunalen slog fast att ”[s]ökandens rätt till försvar åsidosattes följaktligen, vilket medför att det [omtvistade] beslutet ska ogiltigförklaras, såvida sökanden i tillräcklig utsträckning har visat, inte att det [omtvistade] beslutet skulle ha haft ett annat innehåll utan detta förfarandefel, utan att sökanden skulle ha kunnat ha en chans, om än liten, att försvara sig bättre (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punkt 57)”.
- 46 Kommissionen har för det första gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att i förevarande fall tillämpa ett kriterium som har fastställts i rättspraxis i punkt 57 i dom av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686).
- 47 Det kriteriet avser endast konsekvenserna av underlåtenhet att kommunicera en handling som är till fördel. Den aktuella ekonometriska modellen är inte ett bevis utan ett verktyg som gör det möjligt för kommissionen att bedöma företagskoncentrationens troliga priseffekter. Även om det är fråga om ett bevis, är denna modell enbart potentiellt till fördel. Den enda omständigheten att modellen har lett till att det antal nationella marknader i vilka företagskoncentrationen skulle kunna ge upphov till ett väsentligt hinder för effektiv konkurrens har minskat från 29 till 15 är härvid otillräcklig. Den omständigheten att en av de faktorer som kommissionen använde var mer ofördelaktig i meddelandet om invändningar än i det slutliga beslutet innebär dessutom inte ensam att det är möjligt att dra slutsatsen att den bevisning som var ändamålsenlig för bedömningen av dessa faktorer skulle bli fördelaktig i samband med det beslutet.

- 48 Kommissionen har av detta dragit slutsatsen att tribunalen borde ha tillämpat regeln om åsidosättande av rätten till försvar till följd av att ofördelaktig bevisning inte meddelats, som följer av domen av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkterna 72 och 73), enligt vilken den omständigheten att en handling som inte meddelats inte får användas som bevisning kan leda till ogiltigförklaring av det angripna beslutet endast om det inte finns någon annan skriftlig bevisning som parterna haft kännedom om under det administrativa förfarandet.
- 49 För det andra har kommissionen gjort gällande att även om rätten till försvar åsidosatts för UPS, kan, i motsats till vad tribunalen fann i punkt 222 i den överklagade domen, ett sådant åsidosättande i alla händelser inte leda till ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- 50 Kommissionen har erinrat om att den i sina argument i första instans gjorde gällande att det är tillräckligt att slå fast ett väsentligt hinder för en effektiv konkurrens på en enda marknad för att förklara en företagskoncentration oförenlig med den inre marknaden. I Danmark och Nederländerna har den föreslagna företagskoncentrationen emellertid samtidigt medfört ett väsentligt hinder för effektiv konkurrens och en negativ nettoeffekt på priserna. För åtminstone dessa båda marknader har felaktigheter vad gäller den ekonometriska modellen beträffande priserna således inga konsekvenser, eftersom konkurrenshinder fastställs på grundval av andra faktorer. Mot bakgrund av ovanstående anser kommissionen att tribunalen borde ha lämnat grunden avseende åsidosättande av rätten till försvar utan avseende då den är verkningslös.
- 51 Enligt kommissionen kan UPS inte hävda att om kommissionen hade haft kännedom om den slutliga versionen av den ekonometriska modellen skulle den ha kunnat föreslå korrigerande åtgärder.
- 52 UPS har bestritt kommissionens argument.

– *Domstolens bedömning*

- 53 Såsom angetts ovan i punkterna 32–34 är de ekonometriska modellerna genom sin natur och sin funktion kvantitativa verktyg för analysen av den kommande utvecklingen som kommissionen gör i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer. De metodgrunder som dessa modeller vilar på ska vara så objektiva som möjligt för att inte föregripa resultatet av denna analys i den ena eller andra riktningen. Dessa delar bidrar därför till att kommissionens beslut är opartiska och har hög kvalitet, vilket slutligen ligger till grund för det förtroende som medborgarna och företagen har för legitimiteten i unionens förfarande för kontroll av företagskoncentrationer.
- 54 Med beaktande av dessa egenskaper kan en ekonometrisk modell inte anses vara till fördel eller nackdel beroende på vilken riktning resultaten har och hur den senare används för att läggas till grund för eller undanröja vissa invändningar mot en företagskoncentration. Med avseende på att iaktta rätten till försvar är frågan huruvida det förhållandet att parterna i företagskoncentrationen inte meddelats en ekonometrisk modell motiverar att kommissionens beslut ogiltigförklaras, såsom generaladvokaten i huvudsak angav i punkt 40 i förslaget till avgörande, inte beroende av om den modellen tidigare har ansetts vara bevisning till fördel eller nackdel.
- 55 Med beaktande av att ekonometriska modeller är betydelsefulla för den framåtblickande analysen av verkningarna av en företagskoncentration, skulle det strida mot målet att uppmuntra kommissionen att visa öppenhet när den utvecklar ekonometriska modeller som används i kontroller av företagskoncentrationer och undergräva effektiviteten hos den efterföljande domstolsprövningen av kommissionens beslut, om beviskraven, såsom kommissionen i huvudsak har förordat, höjdes för att ogiltigförklara ett beslut på grund av att rätten till försvar åsidosatts genom, som i förevarande mål, att kommissionen inte meddelat det metodologiska valet, särskilt i fråga om statistiska metoder som är förbundna med dessa modeller.

- 56 Av vad anförts följer att tribunalen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 210 i den överklagade domen slog fast att "[s]ökandens rätt till försvar åsidosattes ..., vilket medför att det [överklagade] beslutet ska ogiltigförklaras, såvida sökanden i tillräcklig utsträckning har visat, inte att det angripna beslutet skulle ha haft ett annat innehåll utan detta förfarandefel, utan att sökanden skulle ha kunnat ha en chans, om än liten, att försvara sig bättre (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punkt 57)".
- 57 I motsats till vad kommissionen har gjort gällande kunde tribunalen således inte förklara verkningslös den grund om åsidosättande av rätten till försvar som UPS åberopat i första instans på grund av att kommissionen beträffande de danska och nederländska marknaderna hade slagit fast att ett påtagligt hinder förelåg för effektiv konkurrens, oberoende av varje beaktande av en ekonometrisk modell.
- 58 Talan kan således inte vinna bifall på den andra grundens första och andra delar och den fjärde grundens första och andra delar.

Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

– Parternas argument

- 59 För det första har kommissionen, i den första grundens första del och den tredje grundens andra del, bestritt punkt 198 i den överklagade domen, vilken har följande lydelse:
- "Den andra grundens första del, vilken avser koncentrationens troliga priseffekter, innebär att tribunalen ska kontrollera huruvida sökandens rätt till försvar påverkades av de förhållanden under vilka den aktuella ekonometriska analysen grundades på en annan ekonometrisk modell än den som hade varit föremål för kontradiktoriska diskussioner under det administrativa förfarandet."
- 60 Tribunalen underlät således att pröva kommissionens argument, som sammanfattas i punkt 181 i den överklagade domen, genom vilket kommissionen gjorde gällande att den, eftersom meddelandet om invändningar endast är preliminärt, hade rätt att ändra eller lägga till delar senare, under förutsättning att beslutet innehåller samma invändningar som meddelats parterna. Att inte samtliga argument som en part har åberopat i första instans beaktas på ett rättsligt korrekt sätt utgör felaktig rättstillämpning (dom av den 2 april 2009, France Télécom/kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 41). Eftersom den inte lämnade någon förklaring till varför den ansåg att det inte var nödvändigt att ta upp kommissionens huvudsakliga argument, åsidosatte tribunalen sin motiveringsskyldighet (dom av den 19 december 2012, Mitteldeutsche Flughafen och Flughafen Leipzig-Halle/kommissionen, C-288/11 P, EU:C:2012:821, punkt 83).
- 61 För det andra har kommissionen, i den tredje grundens första del, klandrat tribunalen för att ha underlåtit att beakta de argument som kommissionen framförde i första instans i sina svar på tribunalens frågor efter förhandlingen den 6 april 2016. Enligt dessa är det inte bara berättigat att använda en kontinuerlig variabel för prognoskedet i den ekonometriska modellen, utan det "följer" dessutom "på ett intuitivt sätt" av UPS metod i fråga om utvärderingsskedet. Det kan inte hävdas att den överklagade domen innehåller en ens underförstådd motivering på denna punkt. Tribunalen anses därför inte ha prövat kommissionens argument.
- 62 För det tredje har kommissionen, i den andra grundens andra del och den fjärde grundens tredje del, gjort gällande att tribunalen, i punkterna 198–222 i den överklagade domen, underlät att besvara kommissionens argument att UPS grund avseende åsidosättande av rätten till försvar var verkningslös, eftersom konstaterandet om ett påtagligt hinder för effektiv konkurrens på de danska och nederländska marknaderna inte uteslutande grundade sig på resultaten av den ekonometriska modellen. Det skulle vara motsägelsefullt att i den överklagade domen ogiltigförklara det omtvistade beslutet på grund av

åsidosättande av rätten till försvar och samtidigt i punkterna 217 och 218 i den överklagade domen slå fast att den slutliga versionen av den ekonometriska modellen, å ena sidan, ”åtminstone i vissa stater, kunde motverka de kvalitativa uppgifter som kommissionen beaktade” och, å andra sidan, gav denna möjlighet att minska antalet medlemsstater där företagskoncentrationen hade gett upphov till ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.

63 UPS har bestritt kommissionens argument.

– *Domstolens bedömning*

64 I fråga om den första invändningen, som anförts i den första grundens första del och den tredje grundens andra del, är det tillräckligt att konstatera att tribunalen, av de skäl som anges i punkterna 198–209 i den överklagade domen, underförstått men nödvändigtvis, besvarade kommissionens argument som sammanfattas i punkt 181 i den överklagade domen. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första invändningen.

65 Vad gäller den andra invändningen, som anförts i den tredje grundens första del, erinrar domstolen om att tribunalen, av de skäl som anges i punkterna 198–208 i den överklagade domen, lagenligt motiverade sin bedömning i punkt 209 i domen, att ”[k]ommissionen kan följaktligen inte med framgång hävda att den inte var skyldig att delge sökanden den slutliga modellen av den ekonometriska analysen före antagandet av det [omtvistade] beslutet”.

66 Tribunalen slog, särskilt i punkt 205 i den överklagade domen, fast att de ändringar som kommissionen gjorde av den ekonometriska modellen inte var försumbara. Tribunalen påpekade vidare i punkt 207 i den överklagade domen att ”[k]ommissionen stödde sig således på en diskret variabel i skattningskedet och på en kontinuerlig variabel i prognoskedet”. I punkt 208 i den domen slog tribunalen fast att ”även om användningen av en diskret variabel diskuterades upprepade gånger hade under det administrativa förfarandet, inte [var] att detta också [var] där användningen av olika variabler i de olika stadierna av den ekonometriska analysen”.

67 På dessa grunder motiverade tribunalen rättsligt sitt beslut och underkände underförstått men med nödvändighet de argument genom vilka kommissionen gjort gällande att UPS ”spontant” kunnat identifiera ändringarna i den ekonometriska modellen. Den andra invändningen kan således inte leda till bifall för överklagandet.

68 I fråga om den tredje invändningen, som anges i den andra grundens andra del och den fjärde grundens tredje del, är det tillräckligt att påpeka att dessa argument vilar på premissen att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 210 i den överklagade domen slog fast att det fastställda åsidosättandet av rätten till försvar medförde ogiltigförklaring ”såvida sökanden i tillräcklig utsträckning har visat, inte att det [omtvistade] beslutet skulle ha haft ett annat innehåll utan detta förfarandefel, utan att sökanden skulle ha kunnat ha en chans, om än liten, att försvara sig bättre”. Av de skäl som angetts ovan i punkterna 53–58 är denna premiss emellertid felaktig. Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser den tredje invändningen.

69 Av det anförda följer att överklagandet ska ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

70 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 184.1 i rättegångsreglerna, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. UPS har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har tappat målet och ska därför ersätta rättegångskostnaderna.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

- 1) **Överklagandet ogillas.**
- 2) **Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter