



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

den 23 februari 2022 *

”Utombliogatoriskt skadeståndsansvar – Konkurrens – Marknader för internationella tjänster för expressleverans av mindre paket inom EES – Koncentration – Beslut om att en koncentration är oförenlig med den inre marknaden – Ogiltigförklaring av beslutet genom en dom av tribunalen – Rätten till försvar – Tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som ger enskilda rättigheter – Orsakssamband”

I mål T-834/17,

United Parcel Service, Inc., Atlanta, Georgia (Förenta staterna), företrätt av A. Ryan, solicitor, samt advokaterna F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie och F. Roscam Abbing,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företräd av N. Khan, P. Berghe, M. Farley och R. Leupold Henning, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan enligt artikel 268 FEUF om ersättning för skada som sökanden ska ha lidit till följd av rättsstridigheten av kommissionens beslut C(2013) 431 av den 30 januari 2013 om att en koncentration är oförenlig med den inre marknaden och EES-avtalets funktioner (ärende COMP/M.6570 – UPS/TNT Express),

meddelar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden S. Papasavvas samt domarna R. da Silva Passos, I. Reine, L. Truchot och M. Sampedro Pucurull (referent),

justitiesekreterare: handläggaren E. Artemiou,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 28 oktober 2020,

följande

* Rättegångsspråk: engelska.

Dom

I. Bakgrund till tvisten

- 1 Sökanden United Parcel Service, Inc. (nedan kallad UPS eller sökandebolaget) och TNT Express NV (nedan kallat TNT) är två bolag inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) som verkar på marknaderna för internationella tjänster för expressleverans av mindre paket.
- 2 Europeiska kommissionen offentliggjorde, den 26 juni 2012, ett meddelande om förhandsanmälan av en koncentration (ärende COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (EUT C 186, 2012, s. 9), enligt artikel 4 i rådets förordning nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1), såsom denna har tillämpats genom kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 21 april 2004 (EUT L 133, 2004, s. 1).
- 3 Den 11 januari 2013 informerade kommissionen UPS om att den avsåg att förbjuda den planerade koncentrationen mellan detta bolag och TNT.
- 4 Den 14 januari 2013 offentliggjorde UPS i ett pressmeddelande denna information.
- 5 Den 18 januari 2013 avgav den rådgivande kommitté som avses i artikel 19 i förordning nr 139/2004 ett positivt yttrande avseende utkastet till kommissionens beslut att förklara koncentrationen mellan UPS och TNT oförenlig med den inre marknaden.
- 6 Den 30 januari 2013 antog kommissionen beslut C(2013) 431 om att en koncentration är oförenlig med den inre marknaden och EES-avtalets funktioner (ärende COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (nedan kallat det omtvistade beslutet). Kommissionen ansåg att koncentrationen mellan UPS och TNT skulle medföra ett betydande hinder för effektiv konkurrens på marknaderna för de aktuella tjänsterna i femton medlemsstater, nämligen Bulgarien, Tjeckien, Danmark, Estland, Lettland, Litauen, Ungern, Malta, Nederländerna, Polen, Rumänien, Slovenien, Slovakien, Finland och Sverige.
- 7 I ett pressmeddelande samma dag meddelade UPS att den avstod från den planerade koncentrationen.
- 8 Den 5 april 2013 väckte UPS talan vid tribunalen om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, vilken registrerades under målnummer T-194/13. UPS lämnade även in en begäran om skyndsam handläggning, vilken avlogs av tribunalen.
- 9 Den 7 april 2015 meddelade FedEx Corp. att det lagt ett bud på TNT.
- 10 Den 4 juli 2015 offentliggjorde kommissionen en förhandsanmälan av en koncentration (mål M.7630 – FedEx/TNT Express) (EUT C 220, 2015, s. 15), genom vilken FedEx avsåg förvärva TNT.
- 11 Den 8 januari 2016 antog kommissionen ett beslut om att förklara en koncentration förenlig med den inre marknaden och EES-avtalets funktion (ärende M.7630 – FedEx/TNT Express), av vilket en sammanfattning offentliggjordes i *Europeiska unionens offentliga tidning* (EUT C 450, 2016, s. 12), avseende transaktionen mellan FedEx och TNT.

- 12 Genom dom av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), ogiltigförklarade tribunalen det omtvistade beslutet.
- 13 Den 16 maj 2017 överklagade kommissionen domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144). Domstolen ogillade överklagandet genom dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).

II. Förfarandet och parternas yrkanden

- 14 Genom en ansökan som inkom till tribunalens kansli den 29 december 2017 har UPS väckt förevarande talan.
- 15 Genom handling som inkom till tribunalens kansli den 29 januari 2018 har kommissionen begärt att tribunalen ska, i första hand, förklara målet vilande till dess att överklagandet i mål C-265/17 P har prövats eller, i andra hand, vidta en åtgärd för processledning för att fastställa, för det första, huruvida villkoren för att Europeiska unionen ska ådra sig ansvar enligt artikel 340 FEUF var uppfyllda, utom förekomsten av skada, och följaktligen, för det andra, huruvida det krävdes synpunkter från parterna på det skadebelopp som tills vidare gjorts gällande.
- 16 Genom beslut av den 6 februari 2018 beslutade avdelningens ordförande att vilandeförklara målet till dess att domstolen meddelat sitt avgörande i mål C-265/17 P. Tribunalen biföll däremot inte kommissionens begäran om åtgärder för processledning.
- 17 Kommissionen begärde, i en inlägga som ingavs till tribunalens kansli den 25 januari 2019, på nytt att tribunalen som en åtgärd för processledning inledningsvis skulle fastställa huruvida villkoren för att unionen ska ådra sig ansvar enligt artikel 340 FEUF var uppfyllda, utan att ta ställning till huruvida en sådan skada som UPS gjort gällande förelåg och, följaktligen, att slå fast att parterna tills vidare inte behöver behandla frågorna om den påstådda skadans belopp.
- 18 UPS bestred denna begäran, i en inlägga som ingavs till tribunalens kansli den 14 februari 2019, och tribunalen beviljade inte kommissionens begäran om processledande åtgärder.
- 19 I samband med att tribunalens sammansättning ändrades genom beslut av den 17 oktober 2019 beslutade tribunalens ordförande, med tillämpning av artikel 27.3 i tribunalens rättegångsregler, att målet skulle tilldelas en ny referent, som tjänstgör på sjunde avdelningen.
- 20 På förslag av sjunde avdelningen beslutade tribunalen, med tillämpning av artikel 28 i rättegångsreglerna, att hänskjuta målet till en avdelning i utökad sammansättning.
- 21 På förslag av referenten beslutade tribunalen (sjunde avdelningen i utökad sammansättning) att inleda den muntliga delen av förfarandet och ställde, som en åtgärd för processledning enligt artikel 89 i rättegångsreglerna, skriftliga frågor till parterna, vilka besvarade dessa inom den utsatta fristen. Tribunalen ställde även skriftligen en fråga till parterna att besvara vid förhandlingen.
- 22 UPS har yrkat att tribunalen ska
 - bevilja detta bolag en ersättning på 1,742 miljarder euro, jämte tillämplig ränta,

- bevilja bolaget ersättning för de skatter som kommer att tas ut på den beviljade ersättningen, med beaktande av den skattesats som är tillämplig vid datumet för tribunalens avgörande, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

23 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

- ogilla talan, och
- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

III. Rättslig bedömning

A. Huruvida vissa grunder och argument kan tas upp till prövning och viss bevisning kan tillåtas

24 Kommissionen har gjort gällande att de inlagor som UPS har gett in är osammanhängande och inte är förenliga med föreskrifterna i vare sig artikel 76 d i rättegångsreglerna eller artikel 85 i dessa rättegångsregler och att vissa argument och viss bevisning som har lagts fram till stöd för dessa inlagor följaktligen ska avvisas.

1. Huruvida UPS:s argument är osammanhängande

25 Kommissionen har kritiserat UPS för att ha framfört sina argument på ett splittrat sätt, utan att iaktta angivandet av grunderna för talan. UPS har anfört tre grunder för talan, vilka motsvarar vart och ett av villkoren för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt ansvar. UPS har emellertid anfört flera argument utanför de grunder som de materiellt hör till. UPS har såtillvida i samband med ansökan anfört argument som rör rättsstridighet i de delar som avser orsakssamband. I samband med repliken har UPS behandlat båda dessa villkor tillsammans, samtidigt som bolaget i den del som avser skada har åberopat argument som rör de båda andra villkoren för unionens utomobligatoriska ansvar. Kommissionen anser att tribunalen inte bör omgruppera dessa argument, eftersom de formellt inte motsvarar angivelsen av den grund inom ramen för vilken de har gjorts gällande.

26 Visserligen har UPS, i förevarande mål, i sin ansökan utvecklat en del av sina argument avseende de rättsstridiga handlanden som gjorts gällande inom ramen för grunderna avseende de övriga villkoren för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt ansvar, särskilt den grund som avser orsakssamband. Även om en sådan inkonsekvens kan bidra till att göra talan osammanhängande, kan den inte medföra att talan, ens delvis, ska avvisas, om de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på ett kortfattat, klart och precist sätt har angetts i enlighet med artikel 21 i stadgan för Europeiska unionens domstol och artikel 76 d i tribunalens rättegångsregler, för att säkerställa svarandens rättigheter och för att tribunalen ska kunna pröva talan. För att en ansökan om ersättning för skada som, såsom i förevarande fall, påstås ha vållats av unionens institutioner ska uppfylla dessa krav måste den innehålla uppgifter som gör det möjligt att fastställa vilket agerande sökanden lägger institutionerna till last, och skälen till att sökanden anser att det finns ett orsakssamband mellan detta agerande och den skada som vederbörande påstår sig ha lidit (se dom av den 14 december 2005, FIAMM och FIAMM Technologies/rådet och kommissionen, T-69/00, EU:T:2005:449, punkt 68 och där angiven rättspraxis).

- 27 Även om organisationen av vissa av de av sökanden anförda argumenten avseende de rättsliga och faktiska omständigheterna är bristfällig, kan tribunalen dock, liksom kommissionen, urskilja de faktiska och rättsliga omständigheter som utgör grund för sökandebolagets yrkanden. Kommissionen har för övrigt inte åberopat någon specifik bestämmelse till stöd för sitt påstående att tribunalen inte utifrån innehållet får omgruppera argument som framställts på ett splittrat sätt. Under alla omständigheter är ett sådant påstående knappast förenligt med det förhållandet att tribunalen, vid sin prövning av grunderna för en talan, inte på något sätt är skyldig att följa den ordning i vilken grunderna angetts (dom av den 25 mars 2010, *Sviluppo Italia Basilicata/kommissionen*, C-414/08 P, EU:C:2010:165, punkt 57). Tribunalen får, mot bakgrund av argumentens innehåll, företa en ny kvalificering (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 november 1998, *Europaparlamentet/Gaspari*, C-316/97 P, EU:C:1998:558, punkt 21, och av den 28 juli 2011, *Mediaset/kommissionen*, C-403/10 P, ej publicerad, EU:C:2011:533, punkterna 92 och 93). Tribunalen får också, mot bakgrund av argumentens innehåll, pröva dem i en annan ordning än den i vilken de framställts.
- 28 Mot denna bakgrund skulle ett avvisande av sökandebolagets argument enbart på grund av att dess innehåll inte exakt motsvarar rubriken på det avsnitt i inlagan i vilket detta argument har framställts vara överdrivet formalistiskt och kunna utgöra hinder för utövandet av det rättsmedel som garanteras i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).
- 29 Kommissionens invändning om rättegångshinder avseende att talan är osammanhängande och ogrundad kan inte godtas.

2. Åsidosättande av artikel 76 d i rättegångsreglerna

- 30 Kommissionen har gjort gällande att UPS:s inlagor inte är förenliga med artikel 76 d i rättegångsreglerna, vilket medför att vissa argument och bevis ska avvisas.
- 31 Det ska i detta hänseende erinras om att enligt artikel 21 i stadgan för Europeiska unionens domstol, vilken enligt artikel 53 första stycket i nämnda stadga är tillämplig på tribunalen, och artikel 76 d i rättegångsreglerna ska en ansökan innehålla uppgift om saken och en kortfattad framställning av de grunder som åberopas.
- 32 För att säkerställa rättssäkerhet och en god rättskipning måste den kortfattade framställningen av sökandens grunder vara så klar och precis att svaranden kan förbereda sitt försvar och att den behöriga domstolen kan pröva talan (dom av den 11 september 2014, *MasterCard m.fl./kommissionen*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 41).
- 33 För att en talan ska kunna tas upp till prövning vid tribunalen krävs det således bland annat att de väsentliga, faktiska och rättsliga, omständigheter som talan grundas på, åtminstone kort men på ett konsekvent och begripligt sätt, framgår av innehållet i själva ansökan. Innehållet i en ansökan kan visserligen understödjas och kompletteras på särskilda punkter genom hänvisning till specifika avsnitt i bifogade handlingar, men en generell hänvisning till andra handlingar kan, även om dessa handlingar bifogas ansökan, inte kompensera att sådana väsentliga delar av den rättsliga argumenteringen som enligt ovan återgivna bestämmelser ska återfinnas i själva ansökan saknas (dom av den 11 september 2014, *MasterCard m.fl./kommissionen*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 40).

34 Det ankommer inte på tribunalen att i bilagorna söka efter och identifiera de grunder som talan skulle kunna anses vila på, eftersom bilagorna enbart ska tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning (dom av den 17 september 2007, Microsoft/kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, punkt 94, och dom av den 9 mars 2015, Deutsche Börse/kommissionen, T-175/12, ej publicerad, EU:T:2015:148, punkt 354). Det ställs liknande krav när ett argument anförs till stöd för en grund som har åberopats vid tribunalen (dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 41, och dom av den 16 september 2020, BP/FRA, C-669/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:713, punkt 54).

a) Huruvida UPS argument avseende åsidosättande av processuella rättigheter kan tas upp till prövning

35 Kommissionen har gjort gällande att UPS:s argument att dess processuella rättigheter har åsidosatts på grund av att kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinsterna inte meddelades bolaget före antagandet av det omtvistade beslutet inte kan tas upp till prövning. UPS begränsade sig, i punkt 42 i ansökan, till att föra fram allmän och abstrakt kritik mot det omtvistade beslutet och mot vissa tidigare rättsakter. Då bolaget inte har angett exakt vilka delar som bestridandet avser, är detta argument oförenligt med kraven i artikel 76 d i rättegångsreglerna.

36 Det ska emellertid påpekas att det av punkt 42 i ansökan framgår att UPS i huvudsak har kritiserat kommissionen för att inte seriöst ha analyserat huruvida de påstådda effektivitetsvinsterna är kontrollerbara, eller i förväg ha angett vilka kriterier som skulle ligga till grund för bedömningen av dessa vinster. UPS har således påtalat en brist i kommissionens analys och en bristfällig information avseende saken och beviskravet. UPS kan således inte kritiseras för att i ansökan ha underlåtit att ange exakt vilka uppgifter som enligt UPS saknas bland de rättsakter som antagits av kommissionen.

37 Det kan vidare konstateras att denna punkt 42 i ansökan hänför sig till vissa delar av meddelandet om invändningar och av det omtvistade beslutet. UPS har således angett exakt vilka uppgifter bolaget anser vara relevanta för att kunna jämföra dem sinsemellan och visa att det var först vid tidpunkten för det omtvistade beslutet som kommissionen redogjorde för sin bedömning av effektivitetsvinsterna.

38 Av detta följer att kommissionens invändningar om rättegångshinder är ogrundade och följaktligen ska ogillas.

b) Huruvida UPS argument avseende en felaktig bedömning av koncentrationens effekter på priserna kan tas upp till prövning

1) Punkterna 34–37 i ansökan

39 Kommissionen har gjort gällande att UPS:s argument avseende analysen av koncentrationens effekter på priserna, som framförs i punkterna 34–37 i ansökan, är så lakoniskt att det inte uppfyller kraven i artikel 76 d i rättegångsreglerna. I ansökan anges inte skälen till att UPS anser att den ekonometriska modell som kommissionen använde var felaktig.

40 Det ska emellertid påpekas att UPS, i punkterna 34–37 i ansökan, har gjort gällande att analysen av koncentrationen beträffande priserna är behäftad med allvarliga fel. Det framgår tydligt av dessa punkter och av ansökan i dess helhet att UPS har gjort gällande att kommissionen avsevärt har

frångått den sedvanliga ekonometriska metoden, genom att vid uppskattningen använda en annan typ av variabel för koncentrationer än den som användes i prognoskedet och har, som bevis, åberopat de båda expertrapporterna (bilagorna A.8 och A.9 i ansökan). Även om punkterna 34–37 i ansökan är avfattade på ett kortfattat sätt, sammanfattar de klart och tydligt innehållet i den tekniska kritik som framförts mot kommissionens val av metoder. Denna korta sammanfattning stöds av en hänvisning till dessa experters rapporter (bilagorna A.8 och A.9 i ansökan), vilka innehåller fördjupade förklaringar av de tekniska fel som gjorts gällande.

- 41 Det framgår av dessa omständigheter att punkterna 34–37 i ansökan motsvarar kraven i artikel 76 d i rättegångsreglerna. Således ska kommissionens invändning om rättegångshinder ogillas.

2) Hänvisningen till bilaga A.12 till ansökan

- 42 Kommissionen har gjort gällande att UPS, i punkt 34 i ansökan, hänvisade till bilaga A.12 till denna ansökan, vilken består av en inlägga som gavs in i det mål som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), utan att ange vilka delar av denna som bolaget specifikt avsåg att åberopa. Följaktligen medför detta åsidosättande av artikel 76 d i rättegångsreglerna att denna handling inte kan tillåtas som bevisning.
- 43 UPS har emellertid, genom att i punkt 34 i ansökan hänvisa till en handling (bilaga A.12 till ansökan) som getts in i det mål som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), inte försökt avhjälpa någon brist i det resonemang som förs i punkterna 34–37 i ansökan genom en allmän hänvisning till innehållet i nämnda handling. Tvärtom har UPS understrukit att dess kritik mot den ekonometriska modell som använts redan hade framförts inom ramen för det målet. Denna bilaga A.12 utgörs nämligen av UPS:s synpunkter, daterade den 8 juni 2016, på kommissionens svar av den 26 april 2016 på tribunalens frågor i nämnda mål. UPS hade nämligen, i sina synpunkter, kritiserat användningen i prognoskedet av en annan modell än den som användes i utvärderingsskedet. UPS gjorde gällande att kommissionen således hade agerat på ett icke-konventionellt och godtyckligt sätt. Detta argument vilket, såsom framgår av de handlingar som getts in i förevarande mål, även hade utvecklats av UPS inom ramen för överklagandeförfarandet i det mål som ledde fram till domen av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), är i huvudsak identiskt med det som angavs i punkterna 34–37 i ansökan.
- 44 Av dessa faktiska uppgifter följer att UPS således har upprepat de invändningar som gjordes i målet som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), avseende giltigheten av den ekonometriska modell som använts till stöd för det omtvistade beslutet och att dessa faktiska uppgifter innehåller en tillräckligt klar och tydlig framställning av argumenten. Kommissionen kan således inte hävda att den inte kunde förstå dess innebörd, eller förbereda sitt försvar. Den av kommissionen anförda invändningen om rättegångshinder ska ogillas.

3) Hänvisningen till bilagorna A.8 och A.9 till ansökan och till bilagorna C.1 och C.2 till repliken

- 45 Kommissionen har gjort gällande att UPS har nöjt sig med att allmänt hänvisa till innehållet i vissa bilagor i stället för att utveckla sina argument på ett klart och tydligt sätt i sina skrivelser. Kommissionen har, till svar på tribunalens skriftliga frågor, för det första gjort gällande att den i punkt 22 i svaromålet bestridde att bilagorna A.8 och A.9 till ansökan kunde tas upp till

prövning. Skälen till att UPS anser att den ekonometriska modell som använts är felaktig borde anges i själva ansökan, i enlighet med artikel 76 d i rättegångsreglerna. De förklaringar som getts i punkt 36 i ansökan är otillräckliga i detta avseende. Kommissionen anser att en allmän hänvisning till bilagorna A.8 och A.9 till ansökan inte kan avhjälpa denna brist genom att överlåta på kommissionen att gissa vilka argument UPS önskar göra gällande. Kommissionen har angett att den påpekade detta i dupliken. I andra hand har kommissionen gjort gällande att UPS inte, i samband med repliken, kunde avhjälpa dessa brister genom att närmare precisera vilka delar av bilagorna A.8 och A.9 till ansökan samt bilagorna C.1 och C.2 till repliken som var relevanta.

- 46 Det kan emellertid konstateras att kommissionen, i punkterna 24–29 i svaromålet, tillbakavisade innehållet i dessa expertrapporter på ett utförligt sätt. Detta visar att kommissionen var i stånd att säkerställa försvaret av sina intressen och att den för övrigt inte, i samband med svaromålet, fann det nödvändigt att i sin tur lägga fram en eller flera expertrapporter i syfte att motsäga UPS:s rapporter och således upplysa tribunalen om de tekniska aspekterna av den ekonometriska modell som använts.
- 47 Kommissionen svarade, i punkterna 25–41 i dupliken, utförligt på de argument som UPS angett i punkterna 45–49 i repliken och som hade stöd i två rapporter från dessa experter (bilagorna A.8 och A.9 till ansökan) och deras kompletterande yttranden (bilagorna C.1 och C.2 till repliken). Beträffande kommissionens påstående att hänvisningarna till bilagorna C.1 och C.2 till repliken inte var tillräckligt precisa, motsägs detta direkt av den omständigheten att kommissionen, i fotnot 32 i dupliken, har angett de delar av dessa bilagor som UPS specifikt har åberopat i repliken. Kommissionen har, för att vederlägga argumenten beträffande giltigheten av sin modell, i bilaga till dupliken framställt två rapporter av en expert (bilagorna D.5 och D.6 till dupliken), beträffande vilka frågan om upptagande till prövning prövas nedan mot bakgrund av artikel 85.1 i rättegångsreglerna.
- 48 Kommissionen kan under dessa omständigheter inte påstå att den inte var i stånd att förbereda sitt försvar. UPS åsidosatte således inte artikel 76 d i rättegångsreglerna när det, i sina inlagor, hänvisade till bilagorna A.8 och A.9 till ansökan och till bilagorna C.1 och C.2 till repliken för att stödja de tekniska aspekterna av sin kritik riktad mot den ekonometriska modell som kommissionen valt. Eftersom kommissionens invändning om rättegångshinder på denna punkt är ogrundad, ska den ogillas.

4) Punkt 84 i ansökan

- 49 Kommissionen har gjort gällande att det argument genom vilket UPS, i punkt 84 i ansökan, har kritiserat användningen av uppgifterna om FedEx marknadsandelar från år 2012 i stället för dem som avser år 2015 inte kan godtas mot bakgrund av artikel 76 d i rättegångsreglerna. Kommissionen har angett att detta argument inte har framförts i ansökan, utan i de inlagor som gavs in i det mål som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), utan att det har preciserats exakt vilka delar av dessa inlagor UPS avser att grunda sitt argument på.
- 50 Det kan emellertid konstateras att UPS, i punkt 84 i ansökan, klart och tydligt har kritiserat kommissionen för att, vid sin bedömning av koncentrationens effekter på priserna, ha använt uppgifter som rörde FedEx situation år 2012, trots att den förfogade över FedEx prognoser för år 2015.

51 Under dessa omständigheter kan det inte anses att UPS har försökt att kompensera en otydlighet i ansökan genom att göra en övergripande hänvisning till de inlagor som gavs in i det mål som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144). UPS:s argument har inte bara framförts på ett begripligt sätt, utan var även känt för kommissionen sedan förfarandet i nämnda mål. Det ska för övrigt påpekas att kommissionen själv, till svar på UPS:s argument, har hänvisat till innehållet i sina inlagor i nämnda mål. Kommissionen kan således inte med framgång göra gällande att den inte har varit i stånd att förbereda sitt försvar. Mot bakgrund att det är samma parter och samma rättsförhållande, det vill säga kommissionens rättsstridiga handlande, som är föremål för talan om ogiltigförklaring och förevarande skadeståndstalan, ska hänvisningarna genom redogörelserna – vilka i sig kan prövas – i ansökan till de grunder som angetts till stöd för talan om ogiltigförklaring, vilka har bilagts ansökan i förevarande mål, tillåtas (se, analogt, dom av den 11 juli 2007, Schneider Electric/kommissionen, T-351/03, EU:T:2007:212, punkt 96). Kommissionens invändning om rättegångshinder ska följaktligen ogillas.

c) Huruvida UPS:s argument om en felaktig bedömning av effektivitetsvinsterna kan tas upp till prövning

1) Punkt 46 i ansökan

52 Kommissionen har gjort gällande att UPS:s argument, i punkt 46 i ansökan, att de bevis som lades fram i det administrativa förfarandet för det första uteslöt ett beslut om att koncentrationen inte var förenlig med den inre marknaden, att kommissionen för det andra principiellt godtog synergierna och att kommissionen för det tredje, även om den på effektivitetsvinsterna hade tillämpat det synsätt som senare antogs vid kontrollen av koncentrationen mellan FedEx och TNT, borde ha godtagit en mycket större andel av de påstådda synergierna, inte kan tas upp till sakprövning, då det strider mot artikel 76 d i rättegångsreglerna. Kommissionen anser att dessa påståenden inte är tillräckligt styrkta och har understrukit att den avfärdade dem redan i det mål som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144).

53 Det ska emellertid påpekas att kommissionens kritik snarare avser frågan om huruvida UPS:s påståenden, i punkt 46 i ansökan och som avser bedömningen av effektivitetsvinsterna, är tillräckligt styrkta för att övertyga tribunalen om att ansökan innehåller en sådan kortfattad framställning av grunderna som krävs enligt artikel 76 d i rättegångsreglerna.

54 Det kan under alla omständigheter konstateras att punkt 46 i ansökan har avfattats på ett tillräckligt klart och tydligt sätt för att svaranden ska kunna förbereda sitt försvar och för att tribunalen ska kunna pröva talan. Kommissionen har således på ett uttömmande sätt i punkterna 55–97 i svaromålet bemött på UPS:s argument. Kommissionens argument är således ogrundat.

2) Hänvisningen till bilaga C.6 till repliken

55 Kommissionen har gjort gällande att UPS, i punkt 82 i repliken, har hänvisat till de utdrag ur anmälan om koncentrationen som åtföljde bilaga C.6 till repliken, utan att tydligt ange vilka delar av denna åberopade bilaga som är relevanta. En sådan hänvisning strider mot artikel 76 d i rättegångsreglerna.

- 56 Det kan emellertid konstateras att UPS, i punkterna 41–46 i ansökan, på ett förvisso kortfattat men klart och tydligt sätt, har angett sina argument för varför den kritiserat kommissionen för att inte under det administrativa förfarandet ha angett vilka kriterier den avsåg tillämpa vid bedömningen av de påstådda effektivitetsvinsterna. UPS har i synnerhet, i punkt 44 i ansökan, för det första gjort gällande att kommissionen, före sitt beslut hade en skyldighet att ange sina invändningar mot att de påstådda effektivitetsvinsterna var kontrollerbara och att ge de parter som hade anmält en koncentration en verklig möjlighet att framställa sina synpunkter i detta hänseende. UPS har vidare gjort gällande att handlingarna i ärendet visade att det hade lämnat konkreta bevis avseende effektivitetsvinsterna redan i anmälan genom CO-formuläret. Dessutom hänvisade UPS, i punkt 82 i repliken, uttryckligen till den relevanta delen av CO-formuläret och i synnerhet till punkt 96 i detta.
- 57 Denna framställning av UPS:s anmärkningar uppfyller kraven på klarhet och tydlighet enligt artikel 76 d i rättegångsreglerna. Under dessa omständigheter kan kommissionen inte rimligen hävda att den inte har kunnat förbereda sitt försvar, med förbehåll för frågan om huruvida framställandet av bilaga C.6 till repliken vid inlämnandet av repliken gjordes för sent och följaktligen ska avvisas, vilken nedan ska prövas mot bakgrund av artikel 85 i rättegångsreglerna.
- 58 Kommissionens invändning om rättegångshinder ska följaktligen ogillas.

3) Hänvisningen till bilagorna C.7 och C.37 till repliken

- 59 Kommissionen har gjort gällande att UPS, i strid med artikel 76 d i rättegångsreglerna, har gjort en allmän hänvisning till sin förklaring av den 4 juli 2019 om synergier (bilaga C.7 till repliken), i punkterna 90, 92 och 107 i repliken, utan att precisera vilka relevanta delar bolaget åberopade. Kommissionen har framfört samma argument avseende hänvisningen i punkterna 106 och 108–110 i repliken – som enligt kommissionen gjorts på ett sätt som inte är tillräckligt tydligt – till den andra expertrapport som FTI Consulting lämnat för att bedöma tre expertrapporter som kommissionen gett in som bilaga till sitt svaromål (nedan kallad den andra FTI-rapporten) (bilaga C.37 till repliken).
- 60 Det kan emellertid konstateras att punkterna 90–98 i repliken innehåller en detaljerad och utförlig framställning av UPS:s argument för vederläggandet av den expertrapport som lämnats av Oxera för att bedöma de synergier som UPS hoppades uppnå genom förvärvet av TNT (nedan kallad den första Oxera-rapporten) (bilaga B.7 till svaromålet) som kommissionen fogade till handlingarna i samband med sitt svaromål. Detta av UPS framförda argument bekräftades och kompletterades i dess olika tekniska dimensioner genom bilaga C.7 till repliken i vilken de metoder som UPS använt för att bedöma effektivitetsvinsterna angavs. I motsats till vad kommissionen har gjort gällande, har UPS inte kringgått sin skyldighet att kortfattat, men klart och tydligt, ange sina argument, genom en allmän och otydlig hänvisning till bilaga C.7 till repliken eller genom att tillskriva denna handling en annan funktion än som rent bevismaterial och medel för målets utredning. Kommissionen kan således inte med framgång hävda att UPS har åsidosatt bestämmelserna i artikel 76 d i rättegångsreglerna.
- 61 Vad gäller hänvisningen till den andra FTI-rapporten (bilaga C.37 till repliken), kan det även konstateras att punkterna 108–110 i repliken innehåller en kortfattad, klar och tydlig framställning av UPS argument för att vederlägga de båda expertrapporter som kommissionen har lagt fram (den första Oxera-rapporten, i bilaga C.7 till svaromålet, och den första

Schoutens-rapporten, i bilaga B.39 till svaromålet). Av skäl som är analoga med dem som anförs ovan beträffande hänvisningen till bilaga C.7 till repliken, är kommissionens påstående om ett åsidosättande av artikel 76 d i rättegångsreglerna ogrundat.

- 62 Mot bakgrund av ovannämnda överväganden är kommissionens invändningar om ett åsidosättande av artikel 76 d i rättegångsreglerna ogrundade och kan således inte godtas.

3. Åsidosättande av artikel 85 i rättegångsreglerna

- 63 Kommissionen har gjort gällande att UPS i flera fall ingivit bevisning i ett sent skede och att den därför ska avvisas. UPS har bestritt detta och har i sin tur invänt att vissa av kommissionen sent framförda bevis ska avvisas.

- 64 Vid prövningen av dessa invändningar ska det erinras om att en ansökan, enligt artikel 76 f i rättegångsreglerna, ska innehålla bevis och bevisuppgift, i förekommande fall. Enligt artikel 81.1 i rättegångsreglerna ska svaromålet innehålla åberopade grunder och argument samt bevis och bevisuppgift, i förekommande fall.

- 65 I artikel 85.1 i rättegångsreglerna anges att den som vill ge in bevis eller inkomma med bevisuppgift ska göra detta i samband med den första skriftväxlingen. I artikel 85.2 i dessa rättegångsregler tilläggs att parterna även i samband med repliken och dupliken får ge in bevis eller inkomma med bevisuppgift, under förutsättning att de anger godtagbara skäl till att detta inte har gjorts tidigare.

- 66 Även om parterna, enligt den preklusionsbestämmelse som föreskrivs i artikel 85.1 i rättegångsreglerna, ska motivera förseningen med inlämnandet av deras nya bevis eller nya bevisuppgift, har unionsdomstolen behörighet att kontrollera huruvida skälet för förseningen med inlämnandet av dessa bevis eller bevisuppgifter är välgrundat och, i vissa fall, innehållet i dessa och har även, om denna försening med inlämnandet inte har motiverats tillräckligt, behörighet att bortse från dem. En parts försening med inlämnandet av bevis eller bevisuppgifter kan, bland annat, vara motiverad av att denna part inte kunde förfoga över de aktuella bevisen tidigare eller om en försening med inlämnandet från motpartens sida berättigar att handlingarna kompletteras, så att iakttagandet av den kontradiktoriska principen garanteras (dom av den 16 september 2020, BP/FRA, C-669/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:713, punkt 41).

a) Huruvida bilagorna C.6, C.7 och C.37 till repliken ska tillåtas

- 67 Kommissionen har gjort gällande att UPS har lämnat in bilagorna C.6, C.7 och C.37 till repliken enbart i syfte att avhjälpa bristerna i ansökan. Ett sådant försenat och omotiverat inlämnande borde medföra att dessa bilagor avvisas enligt artikel 85 i rättegångsreglerna.

- 68 Som tribunalen redan har konstaterat, framgår det emellertid av punkt 82 i repliken att bilaga C.6 till repliken har lämnats in i syfte att vederlägga kommissionens argument i punkt 47 i svaromålet, enligt vilket att UPS inte hade tagit upp frågan om effektivitetsvinster i CO-formuläret. Bilaga C.7 till repliken har till syfte att vederlägga den första Oxera-rapporten (bilaga B.7 till svaromålet) som kommissionen lämnat in. Den andra FTI-rapporten (bilaga C.37 till repliken) avser att motbevisa två andra expertrapporter som kommissionen gett in (den första Oxera-rapporten, i bilaga B.7 till svaromålet, och den första Schoutens-rapporten, i bilaga B.39 till svaromålet).

- 69 Motbevisning och utvidgning av tidigare åberopad bevisning till följd av motpartens motbevisning i sitt svaromål åsyftas emellertid inte med regeln om utgången frist i artikel 85.1 i rättegångsreglerna (dom av den 17 december 1998, Baustahlgewebe/kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punkt 72, och beslut av den 21 maj 2019, Le Pen/Europaparlamentet, C-525/18 P, ej publicerat, EU:C:2019:435, punkt 48).
- 70 Följaktligen kan det inte anses att bilagorna C.6, C.7 och C.37 inte får tillåtas enligt artikel 85.1 i rättegångsreglerna.

b) Huruvida de rapporter från ekonometriexperten som kommissionen har gett in ska tillåtas

- 71 UPS har, till svar på tribunalens skriftliga frågor, gjort gällande att de båda rapporter från en ekonometriexpert som kommissionen gav in som bilaga till dupliken (bilagorna D.5 och D.6 till dupliken) inte ska tillåtas. UPS har i huvudsak anfört att kommissionen har gett in dessa rapporter för sent och utan motivering.
- 72 Kommissionen har gjort gällande att dessa båda rapporter ska tillåtas.
- 73 Det ska emellertid erinras om att enligt artiklarna 81.1 samt 85.1 och 85.2 i rättegångsreglerna ska de grunder och argument samt de bevis och bevisuppgifter som åberopas i princip anges i svaromålet. Svaranden ska motivera sin försening med att ge in nya bevis eller nya bevisuppgifter, vid äventyr att dessa avvisas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 november 2007, Ungern/kommissionen, T-310/06, EU:T:2007:343, punkt 164 och där angiven rättspraxis).
- 74 Kommissionen har, i förevarande fall, i samband med dupliken gett in två rapporter från en ekonom, daterade den 16 oktober 2019, det vill säga efter det att svaromålet lämnats in. Kommissionen har gett in dessa rapporter till stöd för sitt svar på de grunder och argument som utvecklats, inte i repliken utan i ansökan.
- 75 Kommissionen har nämligen, i punkterna 26 och 27 i dupliken, angett att den avsåg svara på de argument som UPS hade framfört i punkterna 35 och 36 i ansökan, i vilken detta bolag i huvudsak tog upp frågan om huruvida skillnaden i karaktär mellan den koncentrationsvariabel som användes i uppskattningsskedet och den som användes i prognosskedet var godtagbar, mot bakgrund av de specifika omständigheterna kring den planerade transaktionen. Kommissionen har, i detta syfte, i huvudsak anfört två argument. Det första, vilket angavs i punkterna 28–50 i dupliken, har till syfte att göra gällande att ingen av de efter varandra följande ekonometriska modeller som UPS föreslog i det administrativa förfarandet var godtagbar. Till stöd för detta argument gav kommissionen in denna experts första rapport (bilaga D.5 till dupliken). Genom ett andra argument, som framfördes i punkterna 39–41 i dupliken, gjorde kommissionen gällande att den modell som den till sist hade antagit var motiverad och rimlig mot bakgrund av de särskilda omständigheter som präglade den planerade transaktionen. Kommissionen har till stöd för detta argument åberopat denna experts andra rapport (bilaga D.6 till dupliken).
- 76 Det kan emellertid konstateras att detta av kommissionen framförda argument inte skiljer sig i någon större utsträckning från det som framfördes i punkterna 21–31 i svaromålet.

- 77 Det ska, under dessa omständigheter noteras att dessa båda rapporter från den expert som kommissionen anlitat (bilagorna D.5 och D.6 till dupliken) lämnades in för sent, utan att kommissionen har angett någon motivering till detta i dupliken. Det ska således fastställas att dessa rapporter inte kan tillåtas.
- 78 Kommissionen angav vid förhandlingen att även om dessa båda rapporter helst skulle ha lämnats in i samband med svaromålet, hade dessa endast vederlagt rapporterna från UPS experter (bilagorna A.8 och A.9 till ansökan) och deras kompletterande yttrande (bilagorna C.1 och C.2 till repliken). Kommissionen tillade att då UPS, till följd av en åtgärd för processledning som tribunalen vidtagit, skriftligen hade kunnat ta ställning i frågan om tillåtandet av och om innehållet i dess experts rapporter, var frågan om huruvida dessa rapporter kunde tillåtas inte längre aktuell.
- 79 I motsats till vad kommissionen har hävdat, hade emellertid de rapporter som den lämnade in inte till syfte att specifikt svara på de båda kompletterande yttranden som UPS lämnat in i samband med repliken (bilagorna C.1 och C.2 till repliken). Den omständigheten att tribunalen, i förevarande fall, har bett UPS att skriftligen ta ställning till huruvida kommissionens experts första rapport kan tillåtas och till innehållet i denna innebär inte heller att denna rapport ska tillåtas. I enlighet med artikel 85.4 i rättegångsreglerna ska den omständigheten att de andra rättegångsdeltagarna har tillåtits att yttra sig över bevisen nämligen inte föregripa tribunalens beslut om huruvida bevis som getts in eller som åberopats i bevisuppgift för sent ska tillåtas.
- 80 Eftersom UPS:s argument är välgrundat, ska de rapporter som kommissionen gett in (bilagorna D.5 och D.6 till dupliken) avvisas, på grund av att de lämnats in för sent och utan motivering.

B. Prövning i sak

1. Villkoren för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt ansvar

- 81 Enligt artikel 340 andra stycket FEUF ska unionen vad beträffar utomobligatoriskt ansvar ersätta skada, som orsakats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning, i enlighet med de allmänna principer som är gemensamma för medlemstaternas rättsordningar.
- 82 Enligt fast rättspraxis förutsätter unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar att tre kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen att den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar och, slutligen, att det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av aktörens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit (dom av den 13 december 2018, Europeiska unionen/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punkt 117. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2000, Bergaderm och Goupil/kommissionen, C-352/98 P, EU:C:2000:361, punkterna 39–42). Dessa villkors kumulativa karaktär medför att unionen inte kan ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar om ett av villkoren inte är uppfyllt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 september 1999, Lucaccioni/kommissionen, C-257/98 P, EU:C:1999:402, punkterna 63 och 64, samt av den 15 juni 2000, Dorsch Consult/rådet och kommissionen, C-237/98 P, EU:C:2000:321, punkt 54).

- 83 En tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter föreligger när överträdelsen innebär att den berörda institutionen uppenbart och allvarligt har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning. Bland de omständigheter som det härvidlag ska tas hänsyn till återfinns bland annat komplexiteten i den situation som ska regleras, graden av klarhet och precision hos den regel som överträtts, liksom omfattningen av det utrymme för skönsmässig bedömning som unionsinstitutionen ges genom den regel som överträtts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 april 2007, *Holcim (Tyskland)/kommissionen*, C-282/05 P, EU:C:2007:226, punkt 50, och dom av den 30 maj 2017, *Safa Nicu Sepahan/rådet*, C-45/15 P, EU:C:2017:402, punkt 30).
- 84 Kravet på en tillräckligt klar överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse följer av behovet av en avvägning mellan, å ena sidan, skyddet av enskilda gentemot institutionernas rättsstridiga handlande och, å andra sidan, det handlingsutrymme som de sistnämnda ska tillerkännas för att deras åtgärder inte ska lamslås (dom av den 10 september 2019, *HTTS/rådet*, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 34).
- 85 Denna avvägning är än mer nödvändig eftersom kommissionen ska definiera och genomföra gemenskapens konkurrenspolitik och för detta syfte förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning (dom av den 23 april 2009, *AEPI/kommissionen*, C-425/07 P, EU:C:2009:253, punkt 31).
- 86 Att göra det lättare för unionen att ådra sig ansvar genom att utvidga begreppet klar överträdelse av unionsrätten till att omfatta en bristande uppfyllelse av varje rättslig förpliktelse som, oavsett hur beklagansvärd den är, kan förklaras genom de objektiva begränsningar som kommissionen omfattas av, skulle visserligen äventyra, eller hämma, denna institutions agerande på området koncentrationer. Personer som lidit skada till följd av att kommissionen har handlat på ett sätt som uppenbart strider mot en rättsregel och allvarligt skadar dessa personers intressen, utan att det finns en objektiv motivering eller förklaring för detta, ska däremot ha rätt till skadestånd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2007, *Schneider Electric/kommissionen*, T-351/03, EU:T:2007:212, punkterna 123 och 124, och dom av den 9 september 2008, *MyTravel/kommissionen*, T-212/03, EU:T:2008:315, punkterna 42 och 43).
- 87 En sådan definition av vad som minst krävs för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar säkerställer det handlingsutrymme och den bedömningsfrihet som kommissionen ska ha, såväl i sitt beslutsfattande som i sin tolkning och tillämpning av relevanta bestämmelser i unionens konkurrensrätt, utan att tredje man därigenom får lida konsekvenserna av uppenbara och ousäktliga åsidosättanden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2007, *Schneider Electric/kommissionen*, T-351/03, EU:T:2007:212, punkt 125).
- 88 Det är således endast när det konstaterats föreligga en oegentlighet, som under liknande omständigheter inte skulle ha begåtts av en normalt försiktig och aktsam administration, som unionen kan ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar (dom av den 10 september 2019, *HTTS/rådet*, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 43).

2. Det påstådda rättsstridiga handlandet

- 89 UPS har gjort gällande att det omtvistade beslutet samt det förfarande som ledde fram till antagandet av detta är behäftade med flera rättsstridigheter som utgör tillräckligt klara överträdelser av unionsrätten. Kommissionen har överträtt UPS:s processuella rättigheter, åsidosatt sin motiveringsskyldighet och gjort sig skyldig till fel i den materiella bedömningen av

koncentrationen. För det första har den frångått de konventionella ekonometriska metoderna för en bedömning av koncentrationens effekter på priserna. För det andra har den prövat det konkurrenstryck som FedEx utövar på ett statistiskt sätt. För det tredje har kommissionen bedömt effektivitetsvinsterna på ett felaktigt sätt.

- 90 Påståendena om överträdelsen av UPS:s processuella rättigheter, åsidosättandet av motiveringsskyldigheten respektive giltigheten av bedömningarna i det omtvistade beslutet ska prövas i turordning.

a) Åsidosättandet av UPS:s processuella rättigheter

- 91 UPS har till stöd för sitt påstående avseende ett åsidosättande av sina processuella rättigheter för det första kritiserat kommissionen för att inte ha meddelat vilken ekonometrisk modell som använts, för det andra att inte ha meddelat kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinsterna och för det tredje att inte ha delgett vissa av FedEx konfidentiella handlingar.

1) Avsaknad av meddelande om vilken ekonometrisk modell som använts

- 92 UPS har gjort gällande att tribunalen och därefter domstolen redan har slagit fast att kommissionen hade åsidosatt bolagets rätt till försvar genom att inte meddela den slutgiltiga versionen av den ekonometriska modell som använts för att bedöma koncentrationens effekter på priserna. Det rör sig om en uppenbar och allvarlig överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter, vilken inte kan rättfärdigas vare sig av tidsmässiga begränsningar eller av målets komplexitet.
- 93 Kommissionen har gjort gällande att åsidosättandet av UPS:s rätt till försvar inte kan anses vara en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten, dels på grund av unionsrättens bristande tydlighet vid datumet för antagandet av det omtvistade beslutet i förhållande till den skyldighet som den har att delge den slutliga versionen av den ekonometriska modellen, dels på grund av tidsmässiga begränsningar vid bedömningen av den planerade koncentrationen.
- 94 Det ska erinras om att de rättsstridiga handlanden som UPS har gjort gällande redan har fastställts slutgiltigt. Tribunalen har nämligen ogiltigförklarat det omtvistade beslutet i dess helhet, på grund av att kommissionen hade åsidosatt UPS:s rätt till försvar genom att inte delge detta bolag den slutliga versionen av sin ekonometriska modell (dom av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen, T-194/13, EU:T:2017:144, punkterna 221 och 222). Denna dom vann laga kraft genom att kommissionens överklagande ogillades i domen av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23).
- 95 Det har inte ifrågasatts att principen om iakttagande av rätten till försvar, inom ramen för förfaranden för kontroll av koncentrationer, omfattas av den kategori rättsregler som har till syfte att ge enskilda rättigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, kommissionen/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 162).
- 96 Däremot är parterna oeniga om huruvida åsidosättandet av UPS:s rättigheter är tillräckligt klart för att medföra ett utomobligatoriskt ansvar för unionen.

- 97 Det ska i detta hänseende erinras om att iakttagande av rätten till försvar utgör en allmän princip i unionsrätten som är tillämplig så snart administrationen avser att vidta en åtgärd gentemot en person som går denna emot (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 28).
- 98 Beträffande förfaranden för kontroll av koncentrationer, fastställs den principen i artikel 18.3 i förordning nr 139/2004 och mer precist i artikel 13.2 i förordning nr 802/2004. Enligt de sistnämnda bestämmelserna ska 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 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 29).
- 99 De bestämmelserna kompletteras med bestämmelser om tillgång till handlingarna i ärendet, vilka följer av principen om iakttagande av rätten till försvar. 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 (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 30).
- 100 För att på ett framåtblickande sätt analysera en koncentrations verkningar på faktorer som är avgörande för konkurrensen på de relevanta marknaderna, 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 (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 33).
- 101 Offentliggörande av dessa modeller och metodologiska val som ligger till grund för utvecklingen av dem är desto mer nödvändigt, eftersom det bidrar till att förfarandet blir skäligt i enlighet med principen om god förvaltningssed i artikel 41 i stadgan (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 34).
- 102 Att rätten till försvar iakttas innan beslut fattas om kontroll av koncentrationer 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 (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 31).
- 103 Kommissionen kan inte, utan att meddela denna ändring till de berörda företagen och ge dem möjlighet att yttra sig i detta avseende, efter meddelandet om invändningar ändra det väsentliga i en ekonometrisk modell som den har för avsikt att lägga till grund för sina invändningar. En sådan tolkning skulle nämligen strida mot principen om iakttagande av rätten till försvar och artikel 18.3 i förordning nr 139/2004 enligt vilka det, för det första, krävs att kommissionen ska fatta beslut endast på grundval av invändningar som parterna har haft möjlighet att yttra sig över och, för det andra, 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 (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 37).

- 104 Av detta följer att kommissionen, innan den antog det omtvistade beslutet, hade en skyldighet att delge UPS de ändringar som gjorts beträffande den ekonometriska modell som tillämpats för att bedöma koncentrationens effekter på priserna. Denna skyldighet följer av en tillämpning av artikel 18.3 i förordning nr 139/2004, som innebär att kommissionen på ett tillräckligt klart och precist sätt ska formulera sina invändningar för att den part som har anmält en koncentration ska få tillfälle att yttra sig före antagandet av det omtvistade beslutet. Kommissionens utrymme för skönsässig bedömning var i detta hänseende mycket begränsat, eller rentav obefintligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, kommissionen/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 166). Dessa överväganden syftar till att visa att kommissionen, genom att underlåta att delge UPS sin ekonometriska modell, på ett uppenbart och allvarligt sätt har överträtt gränserna för sitt utrymme för skönsässig bedömning.
- 105 Kommissionen anser emellertid att detta inte är fallet i förevarande mål och har i detta hänseende framfört två argument.
- 106 Det första argumentet är att rättspraxis, när det omtvistade beslutet antogs, inte ännu var klart fastställd beträffande skyldigheten att delge de ekonometriska modellerna.
- 107 Det ska erinras om att svårigheterna att tillämpa eller tolka de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna vid antagandet av en rättsakt som senare har ifrågasatts för att göra gällande unionens utomobligatoriska ansvar, ska beaktas för att bedöma den berörda institutionens agerande i syfte att fastställa huruvida den har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse. Samtliga dessa parametrar hänför sig till tidpunkten då den berörda institutionen antog beslutet eller uppträdde på ett visst sätt. Bedömningen av i vilken mån den berörda institutionens överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse är tillräckligt klar ska således nödvändigtvis bedömas mot bakgrund av de omständigheter under vilka institutionen har agerat på detta exakta datum (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 september 2019, HTTS/rådet, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkterna 44 och 46).
- 108 Visserligen var domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), den första att ha prövat frågan om huruvida kommissionen kunde grunda sig på en ekonometrisk modell utan att först ha gett det företag som anmält en koncentration en möjlighet att yttra sig beträffande de ändringar som gjorts av denna modell. Rättspraxis beträffande principen om rätt till försvar och rätten att yttra sig var emellertid redan omfattande innan denna dom meddelades. Domstolen och tribunalen hade således, i ett annat rättsligt och faktiskt sammanhang, i huvudsak redan slagit fast att kommissionen, på grundval av en rapport som den på eget initiativ hade ändrat, utan att tänka på att fråga det berörda bolaget om den troliga inverkan av dess ensidiga ingripande på trovärdigheten av de uppgifter som bolaget hade tillhandahållit, hade gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2003, kommissionen/Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, punkt 30, och dom av den 24 oktober 2000, Fresh Marine/kommissionen, T-178/98, EU:T:2000:240, punkterna 80–82).
- 109 Det ska vidare påpekas på vilket sätt domstolen avfärdade kommissionens argument riktade mot motiveringen till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), vilken hade lett till en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet på grund av åsidosättandet av UPS:s rätt till försvar. Domstolen ansåg, med avseende på att iakttä rätten till försvar, att frågan huruvida det förhållandet att parterna i koncentrationen inte meddelats en ekonometrisk modell motiverade att kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras inte var beroende av om den modellen tidigare hade ansetts vara bevisning till fördel eller nackdel. Med

beaktande av att ekonometriska modeller är betydelsefulla för den framåtblickande analysen av verkningarna av en koncentration, skulle det strida mot målet att uppmuntra kommissionen att visa öppenhet när den utvecklar ekonometriska modeller som används i kontroller av koncentrationer 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 att, som i förevarande mål, kommissionen inte meddelat det metodologiska valet, särskilt i fråga om statistiska metoder som är förbundna med dessa modeller (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkterna 54 och 55).

- 110 Domen av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), gör det således inte berättigat att anse att det, vid tidpunkten för antagandet av det omtvistade beslutet, förelåg någon osäkerhet beträffande tolkningen av vare sig principen om iakttagande av rätten till försvar, som bland annat föreskrivs i artikel 18.3 i förordning nr 139/2004, eller konsekvenserna av ett åsidosättande av rätten till försvar till följd av att en sådan ekonometrisk modell som den som är aktuell i förevarande mål inte har meddelats.
- 111 Under dessa omständigheter kan kommissionens påstående att åsidosättandet av UPS:s rätt till försvar ska betraktas som ursäktligt på grund av unionsrättens bristande tydlighet vid tidpunkten för antagandet av det omtvistade beslutet inte godtas.
- 112 Kommissionens andra argument är att åsidosättandet av rätten till försvar inte kan betraktas som en tillräckligt klar överträdelse, mot bakgrund av den begränsade tid som kommissionen hade för att bedöma fusionen mellan UPS och TNT i hela dess komplexitet. Enligt kommissionen ska denna tidsbegränsning inte förringas. Det var först två månader före antagandet av det omtvistade beslutet som kommissionen gjorde ytterligare ändringar i den ekonometriska modellen. Under dessa två månader var den tvungen att analysera svaret på meddelandet om invändningar (346 sidor), organisera avstämningsmöten, delge UPS sina preliminära slutsatser och bedöma dess förslag till åtaganden, samråda med medlemsstaterna och upprätta det omtvistade beslutet (450 sidor), detta trots att UPS hade framställt sin bedömning av koncentrationens inverkan på priserna i ett sent skede i förfarandet.
- 113 Kommissionen är visserligen skyldig att samtidigt iaktta kravet på skyndsamhet, vilket präglar systematiken i förordning nr 139/2004, och rätten till försvar (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 38).
- 114 Vad gäller omständigheterna i förevarande mål, är det emellertid redan fastställt 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. Trots att dessa ändringar inte var försumbara, meddelades de inte UPS. Kommissionen har 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 yttra sig över den slutliga versionen (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkterna 41 och 42), trots att ett meddelande av den ändring av den ekonometriska modellen som gjorts inte innebär någon teknisk eller administrativ svårighet och att kommissionen då hade tillräckligt med tid för att anta det omtvistade beslutet efter att ha hört UPS.
- 115 Mot denna bakgrund är kommissionens motivering avseende att tiden var begränsad ogrundad.

- 116 Kommissionen har emellertid invänt att det, mot bakgrund av det sammanhang i vilket det omtvistade beslutet antogs, inte kan anses att den omständigheten att de sista ändringarna som gjordes av den ekonometriska modellen inte meddelades innebar en tillräckligt klar överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse. Den har gjort gällande att bedömningen av koncentrationens verkningar på priserna i det omtvistade beslutet var resultatet av en kontinuerlig dialog med UPS, vilket är en förmildrande omständighet beträffande det fel som begåtts. Efter att ha beaktat UPS:s förslag, beslutade kommissionen slutligen, av de skäl som anges i skälen 727–740 i det omtvistade beslutet, att välja den lämpligaste modellen.
- 117 För att bedöma huruvida det rättsstridiga beteende som kommissionen har gjort sig skyldig till kan medföra ansvar för unionen ska det, utöver den särskilda betydelsen av de grundläggande garantierna i unionens rättsordning, understrykas att metodgrunderna för de ekonometriska modellerna som används för analysen av den kommande utvecklingen ska vara så objektiva som möjligt för att inte föregripa resultatet av denna analys i den ena eller andra riktningen. Dessa faktorer 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 koncentrationer (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 53).
- 118 Kommissionen har således, genom att befria sig själv från en processuell skyldighet, trots att denna är avsedd att garantera legitimiteten i unionens förfarande för kontroll av koncentrationer och opartiskheten i detta förfarande, även försatt UPS i en situation som inte gjort det möjligt för detta bolag att förstå en del av motiveringen till det omtvistade beslutet.
- 119 Vad gäller kommissionens argument att överträdelsen av rätten till försvar inte är tillräckligt klar, på grund av att UPS var i stånd att förstå de ändringar som gjorts i den slutgiltiga versionen av den ekonometriska modellen till följd av de diskussioner som föregick dess slutliga utformning, ska det erinras om att tribunalen redan slutgiltigt har slagit fast att även om det fanns många likheter mellan den slutliga ekonometriska modellen och de modeller som hade diskuterats tidigare, var de ändringar som hade gjorts inte obetydliga och att användningen av olika koncentrationsvariabler i de olika skedena av analysen inte hade diskuterats upprepade gånger (dom av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen, T-194/13, EU:T:2017:144, punkterna 204–209).
- 120 Det var nämligen först i samband med förfarandet i målet som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), som UPS, till följd av en åtgärd för processledning som tribunalen vidtog den 11 april 2016, fick kännedom om de ändringar som gjorts av den ekonometriska modellen i dess slutliga version.
- 121 Kommissionens argument att åsidosättandet av rätten till försvar mildras av den omständigheten att den slutliga utformningen av den ekonometriska modellen hade föregåtts av flera meningsutbyten med UPS är således ogrundat.
- 122 Då UPS det inte delgavs den slutliga versionen av den ekonometriska modellen, berövades det således information som, om den hade översänts till sökanden i tid, skulle ha kunnat möjliggöra för sökanden att åberopa andra resultat av transaktionens priseffekter, vilka skulle ha kunnat medföra en omprövning av betydelsen av de kvalitativa uppgifter som kommissionen beaktade och följaktligen en minskning av antalet stater med betydande hinder för en effektiv konkurrens

(dom av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen, T-194/13, EU:T:2017:144, punkterna 218). Det kan således fastställas att överträdelsen av UPS:s rätt till försvar var uppenbar och allvarlig.

123 Kommissionens åsidosättande av UPS:s rätt till försvar utgör således en tillräckligt klar överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse som har till syfte att ge enskilda rättigheter.

2) Den omständigheten att kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinster inte har meddelats

124 UPS har medgett att bevisbördan för effektivitetsvinsterna åligger den part som har anmält koncentrationen, men anser att kommissionen har en skyldighet att, före antagandet av det slutliga beslutet, fastställa den bevisröskel som den kräver för att de påstådda vinsterna ska kunna anses vara kontrollerbara i den mening som avses i riktlinjerna för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 31, 2004, s. 5) (nedan kallade riktlinjerna). Om dessa kriterier inte angavs i förväg, skulle kommissionen förfoga över ett utrymme för skönsmässig bedömning som skulle tillåta den att godta eller avfärda de påstådda effektivitetsvinsterna, utan att den part som anmält en koncentration eller unionsdomstolen skulle kunna utöva någon som helst kontroll. Kommissionen hade i samband med meddelandet om invändningar eller faktaskrivelsen, som hade kompletterat detta meddelande, i enlighet med punkt 111 i kommissionens tillkännagivande om bästa praxis för förfaranden som rör artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget (EUT C 308, 2011, s. 6) kunnat förklara skälen till att den avsåg att godta vissa effektivitetsvinster och avfärda andra. Enligt UPS gjorde kommissionen emellertid inte detta.

125 I likhet med vad som redan har fastställts avseende att kommissionen inte meddelat den ekonometriska modellen, har UPS gjort gällande att den inte heller meddelade kriterierna för bedömningen av de effektivitetsvinster, vilket medförde ett åsidosättande av bolagets rätt till försvar. Kommissionen har en skyldighet att framföra sina invändningar mot att de påstådda effektivitetsvinsterna kan kontrolleras och att ge de parter som anmält en koncentration en möjlighet att framföra synpunkter i detta hänseende. Kommissionen har åsidosatt denna skyldighet och därmed gjort det omöjligt för UPS att bevisa förekomsten av effektivitetsvinster.

126 Vidare har kommissionen, trots att UPS redan vid inlämningen av anmälningsformuläret lade fram flera bevis för effektivitetsvinster, nöjt sig med att avvisa dessa som otillräckliga utan att framställa någon begäran om upplysningar. Det var först i slutet av det administrativa förfarandet som kommissionen försökte inleda en begränsad dialog med UPS beträffande effektivitetsvinster. Det är emellertid föga sannolikt att kommissionen har haft tid att beakta de senaste uppgifterna som UPS lämnade, den 20 november 2012, mot bakgrund av den ställning som den hade intagit vid avstämningsmötet samma dag.

127 Slutligen var det först i samband med domstolsförfarandet i målet som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), som UPS anser sig ha kunnat inleda en diskussion i sak på denna punkt med kommissionen.

128 Kommissionen har bestritt detta argument.

- 129 Det ska erinras om att kommissionen, för att förklara en koncentration oförenlig med den inre marknaden enligt artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, ska visa att genomförande av den anmälda koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks (dom av den 6 juli 2010, Ryanair/kommission, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 26).
- 130 Av domstolens praxis framgår att kommissionens beslut om koncentrationers förenlighet med den inre marknaden ska stödjas av tillräckligt betydelsefulla och samstämmiga uppgifter. Kommissionen har således en tung bevisbörda i fall där den anser att en koncentration ska förbjudas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 50, och dom av den 6 juni 2002, Airtours/kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 63).
- 131 I detta sammanhang är kvalitén på de bevis som kommissionen framställer för att visa att det krävs ett beslut om att den aktuella koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden särskilt viktig. Av detta kan man emellertid inte dra slutsatsen att kommissionen måste uppfylla högre beviskrav vid beslut om förbud mot en koncentration än vid beslut om godkännande av en koncentration. Den rättspraxis som det erinras om i punkt 129 ovan speglar nämligen enbart bevisningens grundläggande uppgift, som är att visa att ett antagande är riktigt eller, som när det gäller kontroll av koncentrationer, att styrka den bedömning som ligger till grund för kommissionens beslut. Den inneboende komplexiteten i ett antagande om att en anmäld koncentration kan hämma konkurrensen utgör förvisso en faktor som ska beaktas vid bedömningen av koncentrationens konsekvenser, i syfte att identifiera de konsekvenser som är troligast, men denna komplexitet påverkar inte i sig de krav som ställs på bevisningen (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkterna 50 och 51).
- 132 Förordning nr 139/2004 innehåller ingen bestämmelse om effektivitetsvinster. I dess skäl 29 anges emellertid följande:
- ”För att fastställa en koncentrations påverkan på konkurrensen inom den gemensamma marknaden är det lämpligt att beakta alla välgrundade och sannolika effektivitetsvinster som de berörda företagen framför. Det är möjligt att de effektivitetsvinster som följer av en koncentration motverkar dess inverkan på konkurrensen och särskilt den skada för konsumenterna som den annars skulle ha kunnat medföra och att koncentrationen därför inte medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, särskilt till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Kommissionen bör offentliggöra en vägledning om under vilka förutsättningar den kan ta hänsyn till effektivitetsvinster vid bedömningen av en koncentration.”
- 133 Kommissionens vägledning som nämns i skäl 29 i förordning nr 139/2004 anges i punkterna 76–88 i riktlinjerna.
- 134 Av punkterna 76 och 77 i riktlinjerna framgår att det är möjligt att de effektivitetsvinster en koncentration ger upphov till motverkar dess negativa påverkan på konkurrensen. Kommissionen kan således besluta att det inte finns någon grund för att förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden, när denna institution på grundval av tillräckliga bevis med tillräcklig säkerhet kan fastställa att de effektivitetsvinster koncentrationen ger upphov till sannolikt ökar möjligheterna och incitamenten för den fusionerade enheten att agera på ett konkurrensfrämjande sätt till nytta för konsumenterna.

- 135 För att detta ska vara möjligt ska enligt punkt 78 i riktlinjerna följande tre kumulativa villkor vara uppfyllda: dessa effektivitetsvinster ska för det första vara till nytta för konsumenterna, för det andra vara specifika för en viss koncentration och för det tredje gå att kontrollera.
- 136 Villkoret beträffande effektivitetsvinsternas kontrollerbarhet utvecklades i punkterna 86–88 i riktlinjerna. Enligt punkt 86 i dessa riktlinjer är målet med detta villkor att kommissionen ska kunna "vara rimligen säker på att de troligtvis kommer att förverkligas och att de är tillräckligt betydande för att motverka de eventuella skadliga verkningarna av en koncentration för konsumenterna". I denna punkt anges att ju exaktare och mer övertygande effektivitetsvinsterna är, desto bättre kan kommissionen bedöma påståendena. I detta hänseende preciseras att effektivitetsvinster och de åtföljande fördelarna för konsumenterna bör "kvantifieras" där detta rimligen är möjligt och att "[n]är uppgifter som är nödvändiga för en exakt kvantitativ analys inte finns tillgängliga, måste det vara möjligt att förutse en klart identifierbar effekt på konsumenterna, inte en marginell effekt".
- 137 Slutligen behandlas frågan om bevisbördan och beskrivningen av bevis som är relevanta för bedömningen av effektivitetsvinster i punkterna 87 och 88 i riktlinjerna, vilka har följande lydelse:
- "87. Största delen av den information som ger kommissionen möjlighet att bedöma om koncentrationen kommer att medföra sådana effektivitetsvinster som skulle göra det möjligt att godkänna en koncentration, har endast de samgående parterna tillgång till. Därför åligger det de anmälade parterna att i lämplig tid lämna all relevant information som är nödvändig för att visa att de påstådda effektivitetsvinsterna är specifika för koncentrationen i fråga och troligen kommer att förverkligas. På motsvarande sätt åligger det de anmälade parterna att visa i vilken utsträckning effektivitetsvinsterna sannolikt kommer att motverka eventuella negativa verkningar på konkurrensen som koncentrationen annars skulle ge upphov till, och därmed direkt gynna konsumenterna.
88. Bevis som är relevanta för bedömningen av effektivitetsvinster omfattar särskilt interna dokument som ledningen använt för att fatta beslut om koncentrationen, ledningens uttalanden till ägarna och finansmarknaderna om de väntade effektivitetsvinsterna, tidigare exempel på effektivitetsvinster och fördelar för konsumenterna samt studier som externa sakkunniga genomfört före koncentrationen om effektivitetsvinsternas art och omfattning och om i vilken utsträckning det är troligt att dessa kommer att gagna konsumenterna."
- 138 Således framgår det tydligt av riktlinjerna att det ankommer på den part som har anmält en koncentration att ge in precisa och övertygande bevisuppgifter som, i största möjliga mån, gör det möjligt att kvantifiera de beräknade effektivitetsvinsterna. Denna situation är skild från bevisbördan avseende de förutsebara effekterna av koncentrationen, vilken åligger kommissionen och av vilken det följer att de ekonometriska modeller som används i detta syfte ska delges de parter som har anmält en koncentration, eftersom de utgör ett verktyg för beslutsfattandet (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 33).
- 139 De indikationer som ges i riktlinjerna visar visserligen, i allmänna termer, att endast de effektivitetsvinster som bekräftas av bevisuppgifter objektivt sett gör det möjligt att bedöma deras omfattning och sannolikhet. Dessa riktlinjer ger vägledande exempel på relevanta uppgifter i detta hänseende, bland annat de interna dokument som är avsedda för de berörda företagen. Den generella karaktären av formuleringarna i riktlinjerna är emellertid förståelig och kanske till och med oundviklig, på grund av mångfalden av företagens individuella situationer, planerade

effektivitetsvinster och karaktärsdrag för de marknader på vilka kommissionen kan komma att utföra sin kontroll när en koncentration anmäls till den. Det kan således inte rimligen förväntas att kommissionen, genom ett sådant instrument som riktlinjerna, i förhand på ett fördjupat och detaljerat sätt ska fastställa alla de kriterier på grundval av vilka dessa effektivitetsvinster kan betraktas som kontrollerbara.

- 140 På samma sätt finns det ingen bestämmelse i förordning nr 139/2004 och riktlinjerna som, när parter som har anmält en koncentration gör gällande argument avseende effektivitetsvinster, medför en skyldighet för kommissionen att på förhand abstrakt fastställa specifika kriterier på grundval av vilka den avser godta att en effektivitetsvinst kan anses vara kontrollerbar.
- 141 Det ska i detta hänseende påpekas att det, avseende antidumpningsbestämmelser, tidigare har slagit fast att det faktum att en institution använder sig av det handlingsutrymme som dessa bestämmelser föreskriver, utan att i förväg närmare förklara vilka kriterier den avser att tillämpa i varje konkret situation, inte utgör ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 1988, Brother Industries/rådet, 250/85, EU:C:1988:464, punkt 29, och dom av den 7 maj 1991, Nakajima/rådet, C-69/89, EU:C:1991:186, punkt 118). Denna situation kan jämföras med situationen i förevarande mål, i vilken förordning nr 139/2004 ger kommissionen ett utrymme för skönsmässig bedömning för att bedöma de effektivitetsvinster som de parter som har anmält en koncentration har gjort gällande utan att den är tvungen att på förhand och på ett abstrakt sätt fastställa de relevanta kriterierna i detta syfte.
- 142 UPS:s argument i syfte att visa att kommissionen hade en skyldighet att delge bolaget de specifika kriterier och den bevisröskel som den avsåg tillämpa för att fastställa huruvida var och en av de åberopade effektivitetsvinsterna var kontrollerbar saknar under dessa omständigheter rättslig grund.
- 143 Mot denna bakgrund anser tribunalen att argumentet att kommissionen skulle ha inskränkt UPS:s processuella rättigheter vid analysen av effektivitetsvinsterna på grund av att den inte hade meddelat bedömningskriterierna för dessa vinster saknar grund och således inte kan godtas.

3) Den omständigheten att vissa konfidentiella handlingar från FedEx inte har delgetts

- 144 UPS har klandrat kommissionen för att inte ha gett bolaget tillgång till alla de upplysningar som FedEx lämnat under det administrativa förfarandet, eller åtminstone att inte ha gett bolagets advokater tillgång till dessa, i syfte att göra det möjligt för dem att på ett oberoende sätt kontrollera deras innehåll. UPS anser att det fråntagits möjligheten att bedöma bevisvärdet av de uppgifter som FedEx lämnat, trots att dessa påverkade kommissionens beslut att, avseende 14 nationella marknader, överge invändningarna avseende förekomsten av ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens, samtidigt som den behöll dem för 15 andra nationella marknader.
- 145 UPS anser att dessa uppgifter knutna till FedEx också kunde ha varit relevanta avseende de 15 andra marknader för vilka kommissionen felaktigt upprätthållit sina invändningar om ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens. UPS har anfört att dess misstankar växt genom den föränderliga karaktären av de motiveringar som kommissionen åberopat i tur och ordning under förfarandets gång i syfte att bestrida relevansen av FedEx interna handlingar.
- 146 Varken UPS eller tribunalen var enligt bolaget i stånd att kontrollera huruvida de uppgifter som FedEx lämnat var exakta. UPS anser att om det hade fått kännedom om dessa, hade det kunnat styrka att de 15 nationella marknader för vilka kommissionen hade konstaterat ett påtagligt

hämmande av en effektiv konkurrens inte kunde skilja sig från de övriga 14. UPS misstänker FedEx för att ha försökt övertala kommissionen att förbjuda dess planer på en koncentration mellan UPS och TNT genom att förminska dess planer på expansion i Europa. UPS har åberopat vissa motstridigheter mellan FedEx yttranden under det administrativa förfarandet och dess offentliga förklaringar till investerarna.

- 147 UPS har preciserat att dess argument inte avser tillgång till FedEx konfidentiella handlingar som använts som bevisning till nackdel, utan frågan om huruvida det kunde vägras tillgång till andra konfidentiella handlingar från FedEx, som var till nytta för att bedöma bevisvärdet av de handlingar som använts som bevisning till nackdel. UPS anser att det inte ankommer på kommissionen att besluta vilka handlingar som är till nytta för försvaret för ett företag som har anmält en koncentration.
- 148 Det var först till följd av de åtgärder som tribunalen vidtog inom ramen för det mål som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), som UPS hade kunnat få kännedom om vissa uppgifter som FedEx översänt till kommissionen. Det fåtal handlingar som bolaget således konsulterat motsäger den skillnad som kommissionen fastställt mellan de nationella marknaderna beroende på huruvida de visar ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens eller inte.
- 149 UPS har anfört att kommissionen inte med framgång kan göra gällande att det åligger bolaget att bevisa att de handlingar som det aldrig har haft tillgång till har haft en inverkan på det omtvistade beslutet, såsom följer av punkt 63 i domen av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686), eller göra gällande domen av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen (T-210/01, EU:T:2005:456), eftersom denna inte rörde tillgång till handlingar som motsade bevisvärdet av en tredje mans förklaringar.
- 150 Enligt UPS hade kommissionen fått tillgång till FedEx handlingar fem månader innan det omtvistade beslutet antogs. Under dessa omständigheter kan kommissionen inte åberopa någon tidsmässig begränsning för att ursäktas åsidosättandet av UPS:s rätt till försvar.
- 151 Det är först från den tidpunkt då UPS kommer att ha fått tillgång till dessa handlingar som det anser att det kommer att vara i stånd att med precision beskriva det kontrafaktiska scenariot. UPS har begärt att tribunalen, genom en åtgärd för processledning eller bevisupptagning, ska förplikta kommissionen att ge in alla interna dokument från FedEx som den förfogar över.
- 152 Kommissionen har tillbakavisat påståendet om ett åsidosättande av UPS:s processuella rättigheter.
- 153 Det ska understrykas att UPS inte har påstått att kommissionen har underlåtit att delge de interna handlingar från FedEx som ligger till grund för beslutet att transaktionen mellan UPS och TNT är oförenlig med den inre marknaden. UPS har inte heller bestritt den konfidentiella karaktären av de interna handlingar från FedEx som det begärde tillgång till i det administrativa förfarandet, eller som delgavs det i redigerade versioner eller genom sammanfattningar. Däremot har UPS gjort gällande att dess rätt till försvar har överträtts i den mån kommissionen inte gav bolaget tillstånd att konsultera alla de interna handlingar från FedEx som lagts till akten i ärendet, i deras konfidentiella oredigerade versioner. Då UPS ansåg att alla dessa handlingar potentiellt var handlingar som talade till dess fördel, har bolaget gjort gällande att kommissionen åtminstone borde ha beviljat det en så kallad "begränsad" tillgång, i syfte att låta dess externa juridiska ombud undersöka deras bevisvärde på ett oberoende sätt och samtidigt iaktta deras sekretess.

- 154 När det gäller kontroll av koncentrationer har kommissionen en skyldighet att delge de parter som har anmält en koncentration alla de uppgifter som den har för avsikt att lägga till grund för sitt beslut för att ge dessa möjlighet att yttra sig (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 31). Innan kommissionen antar ett sådant beslut som det omtvistade beslutet ska den nämligen, enligt artikel 18.1 i förordning nr 139/2004, lämna ”de berörda personerna, företagen och företagssammanslutningarna tillfälle att i varje skede av förfarandet fram till samrådet med den rådgivande kommittén yttra sig över de invändningar som framförs mot dem”. I artikel 18.3 i denna förordning anges att ”[k]ommissionen skall grunda sitt beslut endast på invändningar som parterna har fått tillfälle att yttra sig över” och ”[p]arternas rätt att gå i svaromål skall iakttas fullt ut under förfarandet”.
- 155 När det gäller andra handlingar än dem som har gjorts gällande till stöd för de av kommissionen meddelade invändningarna, är tillgång till handlingarna i ärendet inte automatisk, utan måste begäras. I artikel 17.1 i förordning nr 802/2004 föreskrivs nämligen att ”[p]å begäran skall kommissionen bevilja de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillgång till handlingar i ärendet så att de kan utöva sin rätt till försvar” och att tillgång ”skall beviljas efter delgivningen av meddelandet om invändningar”. Dessa bestämmelser återspeglas i punkt 7 i kommissionens tillkännagivande om reglerna för tillgång till kommissionens handlingar i ärenden enligt artiklarna [101] och [102 FEUF], enligt artiklarna 53, 54 och 57 i EES-avtalet och enligt rådets förordning nr 139/2004 (EUT C 325, 2005, s. 7, nedan kallat kommissionens tillkännagivande om tillgång till handlingar), enligt vilken ”tillgång till handlingar [beviljas] på begäran till de i tillämpliga fall personer, företag eller företagssammanslutningar till vilka kommissionen har riktat sina invändningar”.
- 156 Denna begäran om tillgång till handlingarna ska lämnas in till kommissionens generaldirektorat för konkurrens innan den, i förekommande fall, riktas till förhørsombudet. I artikel 3.7 i beslut 2011/695/EU av Europeiska kommissionens ordförande av den 13 oktober 2011 om förhørsombudets funktion och kompetensområde i vissa konkurrensförfaranden (EUT L 275, 2011, s. 29) föreskrivs nämligen att alla problem som rör det effektiva utövandet av de processuella rättigheter som tillkommer berörda parter först ska påtalas hos generaldirektoratet för konkurrens. Om problemet inte får någon lösning, kan det hänskjutas till förhørsombudet. I artikel 7.1 i beslut 2011/695 föreskrivs i detta hänseende att om en part som har utövat sin rätt att få tillgång till ärendeakten har skäl att anta att kommissionen besitter handlingar som inte har utlämnats till den och att handlingarna är nödvändiga för att denne korrekt ska kunna utöva sin rätt att bli hörd, kan denna part till förhørsombudet lämna in en motiverad begäran om tillgång till dessa handlingar. Dessa bestämmelser omfattas i huvudsak av punkt 47 i kommissionens tillkännagivande om tillgång till handlingar. För att underlätta tillgången till handlingar i ärendet, föreskrivs i punkt 45 i kommissionens tillkännagivande om tillgång till handlingar att denna ska ge parterna ”en förteckning över handlingarna i kommissionens akt”.
- 157 För att garantera effektiviteten av rätten till tillgång till handlingarna i förfaranden för kontroll av koncentrationer, ska en begäran om tillgång till akten lämnas in i god tid. I punkt 28 i kommissionens tillkännagivande om tillgång till handlingar erinras om att det av en jämförande tolkning av artiklarna 18.1 och 18.3 i förordning nr 139/2004 och artikel 17.1 i förordning nr 802/2004 följer att de anmälande parterna ska ges tillgång till handlingarna i ärendet på begäran i varje skede av förfarandet efter delgivningen av kommissionens meddelande om invändningar fram till samrådet med den rådgivande kommittén. I artikel 3.7 i beslut 2011/695 föreskrivs det vidare att en begäran som rör en åtgärd för vilken en tidsfrist gäller, ska göras i vederbörlig tid, inom den ursprungliga tidsfristen. Av detta följer att en begäran om tillgång till

handlingarna som lämnats i till generaldirektoratet för konkurrens eller till förhørsombudet efter det att den rådgivande kommittén har lämnat sitt yttrande om utkastet till kommissionens beslut ska anses ha lämnats in för sent.

- 158 Således är UPS argument i förevarande mål alltför allmänt hållet för att det ska kunna fastställas att de handlingar som inte meddelats var åtminstone potentiellt nödvändiga för utövandet av dess rätt till försvar. UPS har nämligen gjort gällande att alla konfidentiella interna handlingar från FedEx borde ha delgetts UPS, eftersom de skulle ha gjort det möjligt för bolaget att förstå på vilka uppgifter kommissionen grundat sitt fastställande att det förelåg ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens på 15 nationella marknader och att det inte var fallet på 14 andra marknader, utan att lämna några närmare precisioner.
- 159 UPS har emellertid mer specifikt åberopat två grupper av konfidentiella interna handlingar som FedEx hade sänt till kommissionen, den ena före meddelandet om invändningar av den 19 oktober 2012 och den andra efter detta meddelande. Enligt UPS skulle dessa handlingar göra det möjligt att förstå varför kommissionen lämnade därhän de problem som den ursprungligen påtalat i meddelandet om invändningar beträffande 14 nationella marknader.
- 160 Den första gruppen består enligt UPS av 484 interna handlingar från FedEx som kommissionen förfogade över sedan den 10 augusti 2012. Den andra gruppen avser vissa handlingar som FedEx lämnade till kommissionen den 9 och den 15 november 2012, avseende sina expansionsplaner, till vilka UPS:s advokater anger sig ha haft partiell tillgång, till följd av en åtgärd för processledning som tribunalen vidtog den 11 april 2016 i målet som ledde till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144).

i) Tillgång till de interna konfidentiella handlingar från FedEx som fogades till akten den 10 augusti 2012

- 161 UPS har i punkt 52 i ansökan gjort gällande att kommissionen, som förfogade över merparten av de interna handlingarna från FedEx sedan den 10 augusti 2012, hade kunnat ge bolaget tillgång till friande bevis senast vid tidpunkten för faktaskrivelsen. Kommissionen gjorde emellertid inte detta och åsidosatte således på ett uppenbart och allvarligt sätt rätten till försvar. UPS begärde i samband med repliken att tribunalen skulle förplikta kommissionen att lämna in alla de interna handlingarna från FedEx som den förfogade över. UPS har, efter att ha fått en skriftlig fråga på denna punkt, åberopat 484 av FedEx interna handlingar avseende detta företags expansionsplaner.
- 162 Kommissionen har i huvudsak svarat att det omtvistade beslutet inte grundar sig på någon av de handlingar från FedEx som UPS inte hade tillgång till och att UPS för övrigt inte under det administrativa förfarande begärde tillgång till de 484 aktuella handlingarna.
- 163 Det kan konstateras att parterna är eniga om att FedEx lämnade in de 484 aktuella handlingarna den 10 augusti 2012, till svar på en begäran om upplysningar från kommissionen av den 2 augusti 2012. UPS har inte påstått att dessa handlingar inte finns i den förteckning över handlingar som akten utgörs av. UPS har, i fotnot 49 i bilaga A.14 till ansökan, angett att det har lyckats fastställa existensen av dessa handlingar genom att konsultera den, icke-konfidentiella, skrivelse från FedEx rådgivare av den 10 augusti 2012 som åtföljde inlämnandet av de aktuella handlingarna (handlingens med referensnummer ID 6459). Trots att UPS vid förhandlingen inte hade preciserat vid vilket datum det hade kunnat få kännedom om att dessa handlingar existerade, har bolaget angett att det hade begärt att få tillgång till dessa under det administrativa förfarandet och att det hade vänt sig till förhørsombudet i detta syfte den 30 oktober 2012.

- 164 Det kan emellertid konstateras att den begäran om tillgång till handlingarna som UPS den 25 oktober 2012 riktade till generaldirektoratet för konkurrens inte innehåller någon hänvisning till dessa handlingar. UPS begärde i sin ansökan tillgång till de 1 122 handlingar som härrörde från tredjeparter och som inte hade lämnats ut, utan att kommissionen angett någon motivering till detta, av de 7 299 handlingar som angavs i innehållsförteckningen till den administrativa akten.
- 165 Kommissionen svarade, i skrivelse av den 25 oktober 2012, UPS att bland alla de handlingar som fanns i akten och som bolaget hade fått tillgång till sedan meddelandet om invändningar, var endast 323 handlingar otillgängliga på grund av affärshemligheter och 1 177 andra handlingar var tillgängliga i en icke-konfidentiell version.
- 166 Det kan konstateras att UPS, i sin begäran som lämnades in till förhørsombudet den 30 oktober 2012, utöver de begäranden om tillgång till vissa specifika handlingar, vilka var identifierade med referensnummer eller, åtminstone, identifierbara, begränsade sig till att i allmänna termer åberopa sin rätt att ”direkt eller genom sina rådgivare [få kännedom] om alla potentiellt friande bevisuppgifter som finns i kommissionens akt, särskilt interna uppgifter avseende FedEx strategi”.
- 167 UPS saknar emellertid inte bara helt en sådan rätt till obegränsad och total tillgång till den konfidentiella information som finns i akten, utan bolagen kunde inte rimligen förvänta sig att förhørsombudet skulle tolka denna vaga och abstrakta begäran så, att den specifikt avsåg de 484 handlingar som FedEx hade bilagt sitt svar av den 10 augusti 2012 på kommissionens frågor.
- 168 UPS har inte bevisat att det, under fortsättningen av det administrativa förfarandet, hade begärt tillgång till de 484 aktuella handlingarna, vare sig i den begäran om tillgång till handlingar som bolaget riktade till kommissionen den 26 november 2012 eller i begäran av den 4 januari 2013, till svar på faktaskrivelsen.
- 169 Av dessa omständigheter följer att UPS, då det inte kunde visa att det hade lämnat in en sådan begäran, inte har utövat sin rätt till tillgång till de 484 handlingar som FedEx lämnade till kommissionen den 10 augusti 2012 och som fogades till akten, enligt de villkor som föreskrivs i artikel 3.7 i beslut 2011/695.
- 170 Tribunalen har emellertid redan, i samband med förfarandena för tillämpning av artikel 101 FEUF, underkänt en grund för ogiltigförklaring som avsåg åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet, med motiveringen den part som hade begärt sådan tillgång inte hade utövat denna rätt under det administrativa förfarandet (dom av den 9 december 2014, SP/kommissionen, T-472/09 och T-55/10, EU:T:2014:1040, punkt 294). Tribunalen har även slagit fast att en part, som under det administrativa förfarandet får kännedom om att kommissionen innehar handlingar som kan vara till nytta för dess försvar, måste tillstå institutionen en uttrycklig begäran om att få tillgång till dessa handlingar. Om parten underlåter att göra detta under det administrativa förfarandet, har den förverkat sin rätt på denna punkt vad avser den talan om ogiltigförklaring som eventuellt kan väckas mot det slutliga beslutet (dom av den 15 mars 2000, Cimenteries CBR m.fl./kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, EU:T:2000:77, punkt 383, och dom av den 26 april 2007, Bolloré m.fl./kommissionen, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, EU:T:2007:115, punkterna 49 och 59).

- 171 Dessa lösningar är överförbara på en talan om skadestånd till följd av ett påstått åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingar i ett förfarande avseende kontroll av koncentrationer. En part som har anmält en koncentration och som underlåter att lämna in en begäran till generaldirektoratet för konkurrens och därefter, i händelse av avslag på begäran, till förhørsombudet om tillgång till handlingarna i ärendet kan inte senare göra gällande att den uppfyller villkoren för att beviljas ersättning för en skada som anges följa av åsidosättandet av rätten att få tillgång till handlingarna, om denna part inte har utövat denna rätt inom den utsatta tiden och i föreskrivna former.
- 172 UPS:s argument avseende ett åsidosättande av rätten att få tillgång till de 484 konfidentiella interna handlingar från FedEx som lämnades till kommissionen den 10 augusti 2012 kan således inte godtas.

ii) Tillgång till de handlingar som FedEx lämnade in den 9 och 15 november 2012

- 173 Det ska erinras om att kommissionen, i meddelandet om invändningar av den 19 oktober 2012, angav (se bland annat avsnitten 7.1.3.2 och 7.1.3.7 i detta meddelande) att ett av skälen till att FedEx inte var en tillräckligt stark konkurrent för att uppväga verkningarna av en transaktion mellan UPS och TNT var att det hade ett svagt nätverk i förhållande till sina konkurrenter. Kommissionen påpekade även, i avsnitt 7.1.3.8 i detta meddelande, att FedEx nyligen genomförda förvärv och expansionsplaner inte skulle tillåta detta bolag att fylla gapet mellan detta bolag och dess huvudkonkurrenter inom en snar framtid. Kommissionen drog, mot bakgrund av dessa omständigheter, i avsnitt 7.1.3.9 i detta meddelande slutsatsen att FedEx ställning var för svag för att medföra ett betydande konkurrenstryck som skulle göra det möjligt att uppväga den planerade transaktionens negativa effekter på konkurrensen.
- 174 Av dessa handlingar i ärendet följer att kommissionen, genom e-postmeddelande av den 26 oktober 2012, till FedEx riktade en begäran om kompletterande upplysningar avseende detta företags infrastruktur. Denna begäran, vilken bland annat var avsedd att upplysa kommissionen om FedEx expansionsplaner, hade närmare bestämt till syfte att för varje EES-medlemsstat erhålla följande:
- En karta över lokaliseringen av de infrastrukturer som FedEx använde för leverans av mindre paket, liksom dem vars användning var planerad till före utgången av år 2015.
 - En förteckning över underleverantörerna för hämtning och leverans av mindre paket (*pick up and delivery*) (nedan kallad PUD) samt dem som FedEx avsåg anlita före utgången av år 2015, var och en med angivelse av deras lokalisering och deras upptagningsområde. Dessa uppgifter skulle lämnas i form av en tabell, organiseras under rubriker i syfte att kunna identifiera och lokalisera varje företag och lämna uppgifter avseende dess ställning och dess betydelse inom FedEx nätverk (inom luftfartstransport, marktransport och lokal transport), och bland annat ange sin behandlingskapacitet år 2011, sitt upptagningsområde, antalet trafikerade linjer, de dagliga lastbilsrörelserna och storleken på vagnsparkens verksamhet. Kommissionen bad även FedEx att ange det planerade datumet för början med de planerade operationerna från de anläggningar som inte ännu var operationella.
- 175 Denna begäran hade till syfte att komplettera de uppgifter som låg till grund för den preliminära bedömning som kommissionen angav i meddelandet om invändningar beträffande FedEx konkurrensställning på marknaden för snabblieferanser inom EES.

- 176 Som svar översände FedEx, den 9 november 2012, till kommissionen de kartor och tabeller som begärts. Den 15 november 2012 gav FedEx in en reviderad version av dessa handlingar.
- 177 Det är ostridigt att kommissionen inte översände dessa handlingar till UPS under det administrativa förfarandet. Det var först i samband med förfarandet i målet som ledde fram till domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), som UPS slutligen fick ta del av dessa handlingar, i icke-konfidentiell version, till följd av en åtgärd för processledning som tribunalen vidtog den 11 april 2016.
- 178 Vid förhandlingen hävdade kommissionen emellertid att varje åsidosättande av UPS:s rätt till försvar i detta hänseende kunde uteslutas, på grund av att detta bolag inte hade vänt sig till förhørsombudet för att bestrida vägran av generaldirektoratet för konkurrens. Kommissionen har påpekat att eftersom denna vägran gjordes den 11 januari 2013 kunde UPS fortfarande rikta sig till förhørsombudet fram till den 18 januari 2013, det vill säga dagen för den rådgivande kommitténs sammanträde, vilket UPS underlät att göra.
- 179 UPS har visserligen utövat sin rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet, eftersom bolaget den 4 januari 2013 till generaldirektoratet för konkurrens riktade en begäran om begränsad tillgång till handlingarna i ett datarum, vilken bland annat avsåg svaren på begäran om upplysningar med referensnummer Q30 och Q31.
- 180 Det framgår emellertid av handlingarna i målet att UPS inte vände sig till förhørsombudet avseende generaldirektoratet för konkurrens vägran av den 11 januari 2013, trots att UPS förfogade över en tidsfrist som fastställts, i enlighet med artikel 18.1 och 18.3 i förordning nr 139/2004 samt artikel 17.1 i förordning nr 802/2004, till dagen för den rådgivande kommitténs sammanträde, det vill säga i förevarande fall den 18 januari 2013. Dessutom har UPS inte gjort gällande att dessa bestämmelser skulle vara behäftade med någon rättsstridighet.
- 181 Det kan mot denna bakgrund konstateras att UPS, då det inte vänt sig till förhørsombudet med en begäran om tillgång till handlingarna i ärendet, inte senare kan påstå att det uppfyller villkoren för att erhålla ersättning för en skada som anses följa av åsidosättandet av denna rätt som den inte har utövat inom den utsatta tiden och i föreskrivna former.
- 182 Av detta följer att UPS:s argument avseende ett åsidosättande av dess rätt till tillgång till FedEx svar av den 9 och den 15 november 2012 saknar grund.
- 183 Eftersom UPS inte på förhand vände sig till generaldirektoratet för konkurrens eller, i händelse av avslag, till förhørsombudet med en begäran om tillgång till de 484 interna konfidentiella handlingar från FedEx som översänts till kommissionen den 10 augusti 2012 och en begäran om tillgång till FedEx svar av den 9 och 15 november 2012, är det vidare inte nödvändigt att bifalla UPS:s begäran om åtgärder för processledning beträffande ett företeende av dessa handlingar.

b) Huruvida motiveringsskyldigheten har åsidosatts

- 184 UPS har gjort gällande att kommissionen inte har motiverat det omtvistade beslutet tillräckligt vad gäller vilken bevisnivå som krävs för att, på grundval av en bedömning av koncentrationens effekter på priserna, effektivitetsvinsterna och FedEx konkurrenskraft, särskilja de 15 nationella marknader som visar ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens från de 14 övriga nationella marknaderna. Följaktligen var varken UPS eller tribunalen i stånd att kontrollera på vilket sätt kommissionen, med stöd av dessa tre uppgifter, hade gjort en åtskillnad mellan dessa

marknader och bedöma huruvida slutsatserna avseende konkurrensens närhet var välgrundade. UPS har anfört att även om en otillräcklig motivering inte i sig medför skador, betonar en sådan otillräcklighet i förevarande mål kommissionens allvarliga åsidosättande av principen om rättens företräde.

- 185 Kommissionen har invänt att en otillräcklig motivering inte kan medföra ett utomobligatoriskt ansvar för unionen.
- 186 Det ska erinras om att tribunalen, för att fastställa huruvida den påstådda rättsstridigheten kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen, måste kunna förstå omfattningen av den påstådda överträdelsen. Det ankommer nämligen på sökanden att fastställa det agerande som avses, för att talan ska kunna tas upp till prövning. UPS i punkt 73 i ansökan anförda argument gör det emellertid inte möjligt att fastställa på vilket sätt det åsidosättande av motiveringsskyldigheten som kommissionen har kritiserats för skulle utgöra en tillräckligt klar överträdelse. Under dessa omständigheter kan denna invändning inte tas upp till prövning.
- 187 Det ska under alla omständigheter påpekas att UPS:s argument om en bristande motivering som framförts i punkt 73 i ansökan i själva verket har blandats ihop med det argument som har utvecklats i syfte att visa rättsstridigheten i att kommissionen inte har meddelat kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinsterna, bedömningen av koncentrationens inverkan på priserna och den konkurrenskraftiga motvikt som FedEx skulle kunna utgöra. UPS har gjort gällande att bedömningen av transaktionen mellan detta bolag och TNT är behäftad med en felaktig bedömning av koncentrationens effekter på priserna och effektivitetsvinsterna, en olikhet i behandlingen jämfört med transaktionen mellan FedEx och TNT samt en felaktig bedömning av FedEx ställning. UPS har således gjort gällande att det föreligger en eller flera tillräckligt klara överträdelser då kommissionen, i det omtvistade beslutet, drog slutsatsen att det förelåg ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens på marknaderna för de aktuella tjänsterna i 15 medlemsstater.
- 188 Det ska i detta sammanhang erinras om att den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 296 FEUF utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är välgrundad, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende. Motiveringen av ett beslut består nämligen i att man formellt anger vilka skäl beslutet grundar sig på. Om dessa skäl inte är styrkta eller innehåller felaktigheter, inverkar detta på beslutets lagenlighet i materiellt hänseende, men inte på motiveringen av beslutet (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 181).
- 189 Ett åsidosättande av den väsentliga formföreskrift som avser att unionens rättsakter ska vara motiverade kan inte medföra en materiell skada som är särskild från den som följer av att den aktuella rättsakten saknar grund. En eventuellt bristfällig motivering av en rättsakt kan i princip inte i sig medföra att unionen ådrar sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Eurocoton m.fl./rådet, C-76/01 P, EU:C:2003:511, punkt 98 och där angiven rättspraxis, och dom av den 10 september 2019, HTTS/rådet, C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 103).
- 190 Mot denna bakgrund kan UPS:s argument avseende ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten inte godtas. Tribunalen ska nu pröva UPS:s argument avseende en felaktig bedömning av den planerade transaktionen.

c) Huruvida det föreligger en felaktig bedömning av den planerade transaktionen

191 UPS har gjort gällande att transaktionen mellan detta bolag och TNT är behäftad med fel i bedömningen av koncentrationens effekter på priserna och av effektivitetsvinsterna, att behandlingen skiljer sig åt från behandlingen av transaktionen mellan FedEx och TNT samt att kommissionen har gjort en felaktig bedömning av FedEx ställning. Dessa felaktiga bedömningar kan enligt UPS, var för sig eller sammantaget, medföra att unionen ådrar sig utomobligatoriskt ansvar.

1) Bedömningen av koncentrationens effekter på priserna

192 UPS har gjort gällande två typer av fel som påverkar den modell som kommissionen har fastställt. Det rör sig, för det första, om att vissa uppgifter från FedEx inte har beaktats och, för det andra, om felaktigheter i kommissionens ekonometriska modell.

i) Huruvida vissa uppgifter från FedEx inte har beaktats

193 Enligt UPS har kommissionen uteslutit vissa av FedEx lämnade uppgifter som dock var användbara för utformningen av modellerna avseende koncentrationens effekter på priserna. Trots att syftet med bedömningen av koncentrationens effekter på priserna var att förutse en inverkan på priserna för år 2015, beaktade kommissionen FedEx uppgifter för år 2012. Kommissionen förfogade emellertid över uppgifter avseende FedEx planer för år 2015, men beaktade inte dessa. Utan detta uppenbara fel, skulle modellen nästan inte ha visat någon prisökning i 13 av de 15 medlemsstater i vilka kommissionen fastställde att det förelåg ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens. Om kommissionen hade använt de uppgifter som den förfogade över, hade den kunnat konstatera att det var omöjligt att på ett säkert sätt förutse prisökningar och att det saknades grund för ett negativt beslut.

194 Det kan konstateras att kommissionen, för att uppskatta förhållandet mellan koncentrationens nivå och de observerade priserna, grundade sin bedömning på de uppgifter som var tillgängliga vid tidpunkten för modellens slutliga utformning, det vill säga år 2012. Vad närmare gäller koncentrationsvariabeln, beaktade kommissionen täckningsgraden av konkurrenternas respektive nätverk såsom den kunde observeras vid den aktuella tidpunkten i syfte att ge en rättvisande bild. Att bland dessa uppgifter inkludera framåtblickande inslag, som till sin karaktär är rent hypotetiska, såsom de framåtblickanden som FedEx gjort avseende expansionen av dess nätverk efter mer än tre år, skulle ha medfört en högre grad av osäkerhet som svårigen kan vara förenlig med syftet att uppnå en tillförlitlig modell. Detta innebär inte för den sakens skull att dessa uppgifter inte var relevanta för analysen av den planerade transaktionen, eftersom kommissionen, inom ramen för sin allmänna eller ”kvalitativa” analys undersökte FedEx förmåga att utgöra en konkurrenskraftig motvikt till den enhet som skulle bli resultatet av den planerade transaktionen. Under dessa omständigheter kan UPS:s argument att FedEx framtidsplaner beträffande sitt nätverk för 2015 inte har beaktats enligt den ekonometriska modellen inte godtas.

ii) Huruvida det skett en felaktig utformning av kommissionens ekonometriska modell

- 195 UPS har gjort gällande att kommissionen har överträtt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att använda en modell som skiljer sig väsentligt från sedvanan inom ekonometri, vilken består i att använda samma modell i båda skedena av analysen. Kommissionen använde under prognoskedet en annan modell än den som den använde i utvärderingsskedet.
- 196 UPS har i huvudsak gjort gällande att kommissionen, genom att använda en diskretiserad koncentrationsvariabel – det vill säga som är representerad i form av ett heltal – i utvärderingsskedet, men kontinuerlig – representerad i form av ett decimaltal – i prognoskedet, har gjort sig skyldig till en uppenbart och allvarligt felaktig bedömning som påverkat tillförlitligheten till modellen i dess helhet. Kommissionen har, för att förebygga koncentrationens effekter, grundat sig på en modell som strider mot praxis på området och saknar empiriska grunder. Ingen normalt försiktig och aktsam administration skulle, under motsvarande omständigheter, ha förutsett koncentrationens effekter på priserna med stöd av en sådan modell.
- 197 UPS har till stöd för sina påståenden gjort gällande två rapporter av ekonometriexperter, som är professorer i ekonomi i Förenta staterna, vid Chicagos universitet respektive Massachusetts Institute of Technology. Dessa rapporter, vilka är daterade den 30 november 2017 respektive den 1 december 2017, upprättades först, på UPS:s begäran, i syfte att bistå detta bolag inom ramen för målet som ledde fram till domen av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), och bifogades sedan ansökan i förevarande mål (bilagorna A.8 och A.9 till ansökan). UPS gav, i samband med repliken, in två kompletterande yttranden från dessa experter (bilagorna C.1 och C.2 till repliken).
- 198 Enligt dessa experter är den modell som kommissionen använder konstraintuitiv, okonventionell och godtycklig. Av de båda rapporterna följer att den metodologi som normalt följs för modeller för kvantifiering av en koncentrations förutsebara effekter på prisnivån består i att använda samma modell i båda skedena och inte olika modeller i vart och ett av dessa skeden.
- 199 I båda rapporterna kritiserar även den omständigheten att den prognosmodell som kommissionen har använt inte testades, vilket utgör en avvikelse från de metoder som normalt används för utveckling av ekonometriska modeller.
- 200 För att vederlägga dessa uppgifter har kommissionen inte gett in tillåtna expertrapporter. Den har emellertid meddelat att frågan om huruvida modellen är förenlig med allmän ekonometrisk praxis inte är relevant för förevarande talan. Den enda relevanta frågan är huruvida en kombination av en diskretiserad koncentrationsvariabel i utvärderingsskedet och en kontinuerlig koncentrationsvariabel i prognoskedet, mot bakgrund av omständigheterna i målet, utgör en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten. För att besvara denna fråga ska det fastställas huruvida denna kombination är godtagbar, inte i förhållande till allmän praxis för ekonometriska modeller, utan mot bakgrund av de specifika omständigheterna kring den koncentration som undersöks. Samtidigt som kommissionen har medgett att den har gjort sig skyldig till ett förfarandefel, har den gjort gällande att dess bedömning av koncentrationens effekter på priserna inte är behäftad med något allvarligt materiellt fel och att användningen av olika typer av variabler i de båda skedena av bedömningen inte är tillräckligt klar för att medföra ansvar för unionen.

- 201 För det första ska det, när det gäller omfattningen av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, erinras om att kommissionen, avseende kontrollen över koncentrationer, har en viss handlingsfrihet vid valet av de ekonomiska instrument som den förfogar över liksom vid valet av lämplig utgångspunkt för bedömningen av ett visst fenomen, så länge kommissionens val inte uppenbart står i strid med de regler som har erkänts inom ekonomisk vetenskap och så länge de tillämpas på ett konsekvent sätt (dom av den 9 september 2008, MyTravel/kommissionen, T-212/03, EU:T:2008:315, punkt 83).
- 202 Vidare kan det konstateras att fastställandet av den ekonometriska modell som är avsedd att förutse koncentrationens effekter på prisnivåerna och kontrollen av de uppgifter som används i denna samt de olika etapper och tester som är nödvändiga för dess slutliga utformning grundar sig på val avseende såväl tekniska som komplexa delar, vilket är val som omfattas av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.
- 203 Av detta följer att UPS:s argument om modellens förenlighet med allmän praxis på området är en relevant omständighet för att kontrollera huruvida det föreligger en klar överträdelse av unionsrätten. Som kommissionen med fog har understrukit är en avvikelse från erkända bestämmelser om ekonomisk disciplin emellertid inte i sig tillräcklig för att fastställa att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse som kan medföra att unionen ådrar sig utomobligatoriskt ansvar.
- 204 Vidare är parterna eniga om att erkänna att den ekonometriska modell som kommissionen har använt i förevarande mål, med utgångspunkt i uppgifter som observerats på den relevanta marknaden avseende koncentrationen och beträffande priserna, har till syfte att i ett första så kallat utvärderingsskede fastställa en funktion som förklarar förhållandet mellan de båda variablerna. Det är då, i ett andra så kallat prognosskede, möjligt att fastställa effekten av en viss variation av koncentrationsnivån på prisnivån, även om denna effekt inte är konstant utan kan variera utifrån den ursprungliga koncentrationsnivån.
- 205 Kommissionen har gjort gällande att det synsätt som användes inom ramen för dess ekonometriska modell var motiverat mot bakgrund av omständigheterna och karaktärsdragen i transaktionen mellan UPS och TNT. Vad gäller utvärderingsskedet, har kommissionen förklarat att den ansåg att användningen av en kontinuerlig koncentrationsvariabel medförde ekonometriska svårigheter. För att lösa dessa svårigheter inom den begränsade tid som kommissionen förfogade över, ansåg den att en diskretiserad koncentrationsvariabel skulle tillämpas i utvärderingsskedet, för att undvika uppkomsten av ett materiellt fel.
- 206 Det ska emellertid påpekas att UPS inte har ifrågasatt tillämpningen av den diskretiserade koncentrationsvariabel som kommissionen använde i utvärderingsskedet.
- 207 Beträffande prognosskedet har kommissionen anfört att den inte kunde använda den diskretiserade variabel som använts i utvärderingsskedet. Med tre koncentrationsintervaller skulle en sådan diskretiserad variabel ha medfört att ingen effekt på priserna förutsågs när variationen av koncentrationsnivån förblev inom ett visst intervall. Ett sådant resultat skulle vara orealistiskt och strida mot observationerna i utvärderingsskedet. Under dessa omständigheter har kommissionen förklarat att den, för att undvika ett materiellt fel, inte ansåg sig ha något annat val än att återgå till en kontinuerlig variabel i prognosskedet, trots att den hade använt en diskretiserad koncentrationsvariabel i utvärderingsskedet. Enligt kommissionen var denna lösning lämplig och rimlig. Det förelåg således inte något väsentligt eller, än mindre, klart fel och detta oberoende av huruvida denna metod var förenlig med ekonometrisk praxis.

- 208 Kommissionen har således gjort gällande att påståendet från en av UPS:s experter att den hade ändrat modellens koefficient mellan utvärderingen och prognosen är felaktigt. Kommissionen har gjort gällande att den har använt koefficienter från utvärderingen och, i prognosskedet, bestämt dessa genom interpolation. Det rör sig om en hypotes som lagts till i prognosskedet. Denna hypotes om en linjär fraktionerad interpolation hade till syfte att komplettera utvärderingsmodellen för att uppnå en prognosmodell. Den segmenterade linjära modell som användes i prognosskedet var en icke-linjär funktionsform.
- 209 Det ska påpekas att kommissionen, genom dessa argument, har förklarat skälen till att den kommit att ändra utvärderingsmodellen i syfte att förutse koncentrationens effekter på priserna. Kommissionen har medgett att den i den modell som används för utvärderingen har lagt till flera karaktärsdrag i syfte att kunna göra prognoser genom att använda en kontinuerlig koncentrationsvariabel. Det kan således, i enlighet med vad UPS:s experter har angett, konstateras att utvärderingen och prognosen grundar sig på modeller som inte är identiska.
- 210 Kommissionen har inte heller bestritt UPS:s experters påstående att den inte har följt allmän ekonometrisk praxis, vilken dock är grunden för de bestämmelser om bästa praxis som kommissionen själv har fastställt.
- 211 Det kan i detta hänseende konstateras att kommissionen har fastställt de riktlinjer som den avsåg följa för framställande av bevis och inhämtande av ekonomiska uppgifter genom att offentliggöra ett dokument SEC(2011) 1216 final, av den 17 oktober 2011, kallat "Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases" (Bästa praxis för framställande av ekonomiska bevis och inhämtande av uppgifter i ärenden avseende tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF) (nedan kallat bästa praxis), som åtföljde kommissionens tillkännagivande om bästa praxis för förfaranden som rör artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget (EUT C 308, 2011, s. 6). Det har redan slagits fast att kommissionen, genom sådana tillkännagivanden, själv begränsar utrymmet för sin skönmässiga bedömning och inte kan avvika från tillkännagivandets innehåll utan att, i förekommande fall, riskera att sanktionsåtgärder vidtas mot institutionen i fråga på grund av att den åsidosatt allmänna rättsprinciper såsom likabehandlingsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 211, och dom av den 13 december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 28).
- 212 Bästa praxis har till syfte att ange ramen den ekonomiska analysen i syfte att göra det möjligt för kommissionen och unionsdomstolarna att bedöma dess relevans och betydelse. Den är bland annat tillämplig på kontroll av koncentrationer, i förhållande till såväl parterna i förfarandet som kommissionen (punkterna 2 och 6 i bästa praxis). Enligt punkt 15 i bästa praxis, ska en ekonomisk eller ekonometrisk analys som inte strikt motsvarar de i bästa praxis angivna normerna normalt sett tillmätas ett lägre bevisvärde och kan lämnas utan avseende.
- 213 Bland de medel som föreskrivs i bästa praxis för att garantera en effektiv användning av tillförlitliga och relevanta bevis, anges i huvudsak iakttagande av de standardtekniker som gäller på området ekonomisk och ekonometrisk analys (punkterna 2 och 3 i bästa praxis). Utöver uppgifternas kvalitet (punkterna 20 och 33 i bästa praxis), hänför sig bästa praxis även till behovet av att endast välja testade hypoteser som stämmer överens med karaktärsdragen hos den marknad som undersöks, att kontrollera uppgifternas och de empiriska metodernas kvalitet samt undersöka möjliga ersättningslösningar och stabiliteten i de resultat som uppnåtts

(punkterna 3, 10, 13, 15, 24 och 26 i bästa praxis). Det stora antal hänvisningar till resultatens stabilitet och känsligheten för ändringar i uppgifterna samt valet av en empirisk metod och precisa modellantaganden (punkterna 15, 32, 40 och 41 samt avsnitten C och E i bilaga 1 till bästa praxis), visar den betydelse som kommissionen tillmäter detta begrepp. I synnerhet föreskrivs i avsnitt E i bilaga 1 i bästa praxis att varje empirisk studie ska åtföljas av en fördjupad stabilitetsanalys och att en ekonomisk modell, i allmänhet, ska åtföljas av en känslighetsanalys som avser nyckelvariabler, eftersom endast det sannolika värdet och inte det exakta värdet av varje variabel kan fastställas.

- 214 Bästa praxis fäster även särskild vikt vid insyn (se punkterna 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 och 43 samt avsnitten C och D i bilaga 1 i bästa praxis), som anses vara en ansvars- och trovärdighetsfaktor (punkterna 6 och 43 i bästa praxis). Bästa praxis preciserar således att valen av metodik ska förklaras och motiveras för att uttryckligen visa deras fördelar och nackdelar (punkterna 24, 26, 28 i bästa praxis), men även deras begränsningar (punkterna 43 i bästa praxis). Användningen av statistiktekniker som avviker från de allmänt godtagna metoderna ska motiveras utförligt (punkt 29 i bästa praxis).
- 215 Kommissionen har, i förevarande fall, inte iakttagit sina egna bestämmelser om bästa praxis, eftersom den grundat sin bedömning på en okonventionell metod, vilken grundar sig på hypoteser som inte har testats eller kontrollerats, utan att undersöka stabiliteten i dess resultat och modellens känslighet, eller delge parterna dessa val och de skäl som kunde motivera dessa. Det ska understrykas att det finns en kontrast mellan, å ena sidan, den betydelse som bästa praxis fäster vid insyn och, å andra sidan, det sätt på vilket kommissionen ensidigt ändrade modellen inför prognoskedet, utan att för parterna avslöja vad dessa ändringar bestod i. Denna avvikelse från de principer som härrör från bästa praxis har för övrigt bekräftats av kommissionens argument i förevarande förfarande, då den har medgett att om UPS hade kunnat få kännedom om den ändrade modellen skulle de därefter följande diskussionerna sannolikt ha rört problemen i samband med dessa ändringar.
- 216 Trots dessa omständigheter är det förhållandet att det omtvistade beslutet delvis grundar sig på den ekonometriska modellen inte tillräckligt för att dra slutsatsen att det föreligger en rättsstridighet som kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen. Kommissionen har med fog understrukt att den ekonometriska modellen endast är en av de omständigheter som beaktats vid bedömningen av den planerade transaktionen. Även om en kvantitativ analys är till nytta för att förbättra förståelsen av funktionen hos de marknader som påverkas av den planerade transaktionen, kan en kvantitativ analys som bygger på en ekonometrisk modell till sin karaktär i allmänhet inte utgöra det enda beviset till stöd för ett beslut om att en koncentration inte är förenlig med den inre marknaden. Varje modell grundar sig, såsom kommissionen med fog har påpekat i punkt 12 i bästa praxis, på förenklingar av verkligheten. Denna inneboende begränsning av modelleringstekniken ger de ekonometriska studierna ett bevisvärde som inte kan likställas med ett materiellt bevis för en faktisk omständighet.
- 217 För att i förevarande fall konstatera att det förelåg ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens på 15 nationella marknader genom icke-samordnade effekter, grundade kommissionen, i det omtvistade beslutet, sin bedömning dels på en allmän analys av den relevanta marknadens karaktärsdrag, dels på en kvantitativ analys, som gjorde det möjligt att se omfattningen av koncentrationens förutsebara effekter på prisnivån, efter att i denna analys ha integrerat de påstådda effektivitetsvinsterna.

- 218 Enligt punkt 24 i riktlinjerna krävs vid en kontroll av huruvida det föreligger icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad en verifikation av dels koncentrationens direkta effekter på de samgående parternas incitament att höja deras priser, dels de effekter som koncentrationen kan få på andra av oligopolets medlemmars incitament att reagera på koncentrationen genom att höja sina priser.
- 219 Kommissionen har påtalat den oligopolistiska strukturen på den relevanta marknaden, på vilken DHL, UPS, TNT och FedEx sammantaget innehar 90 procent respektive 95 procent av andelarna (skäl 509 i det omtvistade beslutet). DHL var den mest betydande konkurrenten räknat i marknadsandelar, geografisk täckning och på grund av utvecklingen och densiteten i dess nätverk inom EES. TNT och UPS var nära konkurrenter till DHL (skälen 626–630 i det omtvistade beslutet). På grund av mycket mer begränsade nätverk var däremot FedEx alltför avlägset för att fullt ut kunna rivalisera med DHL eller med UPS och TNT (skälen 511–625, 631–635 och 702–711 i det omtvistade beslutet).
- 220 Kommissionen ansåg att koncentrationen skulle minska antalet leverantörer från fyra till tre (skälen 712–714 i det omtvistade beslutet) och, på vissa nationella marknader, från tre till två, mot bakgrund av FedEx svaga ställning (skälen 715–720 i det omtvistade beslutet). Detta är, bland de 15 nationella marknader som visar ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens, fallet med följande medlemsstater: Tjeckien (skäl 1061 i det omtvistade beslutet), Danmark (skäl 1135 i det omtvistade beslutet), Estland (skäl 1186 i det omtvistade beslutet), Lettland (skäl 1359 i det omtvistade beslutet), Litauen (skäl 1411 i det omtvistade beslutet), Malta (skäl 1430 i det omtvistade beslutet), Polen (skäl 1627 i det omtvistade beslutet), Slovenien (skäl 1788 i det omtvistade beslutet), Slovakien (skäl 1734 i det omtvistade beslutet), Finland (skäl 1226 i det omtvistade beslutet) och Sverige (skäl 1839 i det omtvistade beslutet).
- 221 På fyra nationella marknader som visar ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens (Tjeckien, Danmark, Litauen och Nederländerna), skulle den enhet som bildats av UPS och TNT bli marknadsledande med en marknadsandel på mer än 50 procent (skälen 1048–1049, 1121, 1393–1394 och 1502–1503 i det omtvistade beslutet).
- 222 Vidare konstaterade kommissionen att den relevanta marknaden präglades av att det fanns höga hinder för inträde och expansion. Med anledning av behovet av att bygga en infrastruktur för hela EES och förfoga över sorteringsanläggningar och datornät, upphämtning och leverans samt luft- och marktransport, har marknaden, då dessa hinder är kumulativa, inte fått någon ny betydande aktör de senaste 20 åren. Mot denna bakgrund ansåg kommissionen att varken FedEx expansionsplaner eller de övriga aktörernas expansionsplaner skulle göra det möjligt att motverka alla konkurrensbegränsande strategier som parterna i koncentrationen hade inrättat (skälen 741–788 i det omtvistade beslutet).
- 223 Kommissionen har vidare konstaterat att kunderna inte hade en tillräcklig kompenserande köpkraft för att hindra en prishöjning på marknaden efter koncentrationen (skälen 791–799 i det omtvistade beslutet).
- 224 Dessa delar av den allmänna bedömningen av koncentrationen är i huvudsak knutna till marknadsstrukturen och har inte bestritts av UPS. De medger att betydelsen av de resonemang, i skälen 721–740 i det omtvistade beslutet, som rör kvantifieringen av koncentrationens förutsebara effekter på prisnivån relativiseras.

- 225 Det ska även understrykas att vissa begränsningar av analysen av koncentrationens effekter på priserna uppkom mot bakgrund av vissa nationella marknadens särdrag. Kommissionen påpekade exempelvis att modellen inte tillät att fånga upp särdragen hos den nederländska marknaden, eller dem hos den svenska marknaden (skälen 1545 och 1844–1845 i det omtvistade beslutet).
- 226 UPS:s påstående att ingen konkurrensmyndighet, utan felen i analysen av koncentrationens effekter på priserna, hade motsatt sig den planerade transaktionen grundar sig, under dessa omständigheter, på en felaktig tolkning av det omtvistade beslutet. I motsats till vad UPS har påstått, räcker inte enbart den omständigheten att kommissionen har använt en modell som är behäftad med fel för att dra slutsatsen att dessa fel är tillräckligt klara för att kunna medföra ett utomobligatoriskt ansvar för unionen.
- 227 Det ska även erinras om att ekonometriska modeller är till nytta, särskilt i samband med kontroll av en koncentration som kan ge upphov till icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad. Kommissionen ska förfoga över ett utrymme för skönsässig bedömning för att inte lamslå dess handlande eller hindra dess användning av sådana kvantitativa instrument som, genom deras precision och objektivitet, bidrar till den ekonomiska analysens kvalitet.
- 228 Mot bakgrund av alla dessa omständigheter och efter en avvägning av de berörda intressena, kan det fastställas att de fel som UPS har gjort gällande beträffande kommissionens ekonometriska modell inte är tillräckligt klara för att kunna medföra ett utomobligatoriskt ansvar för unionen. Således kan UPS:s argument inte godtas.

2) Effektivitetsvinster

i) Inledande anmärkningar

- 229 UPS har gjort gällande att analysen av effektivitetsvinsterna i det omtvistade beslutet är behäftad med en rättsstridighet som utgör en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten. Ingen normalt försiktig och aktsam konkurrensmyndighet skulle ha fastställt att karaktären och mängden av de bevis som lades fram under det administrativa förfarandet inte gjorde det möjligt att rimligen anse att dessa vinster rationellt sett skulle komma att förverkligas, i den mening som avses i artikel 86 i riktlinjerna.
- 230 UPS har anfört att om kommissionen hade godtagit ens en bråkdel av de påstådda effektivitetsvinsterna utöver de 65 miljonerna euro i synergier avseende lufttransporter och marktjänster i Europa, hade den inte längre kunnat förbjuda transaktionen, trots dess felaktiga och icke-konventionella analys av koncentrationens effekter på priserna. Om kommissionen hade bedömt transaktionen mellan UPS och TNT med samma metod som den som användes i ärendet avseende transaktionen mellan FedEx och TNT, hade den varit tvungen att godta en större andel av de påstådda synergier.
- 231 UPS har bestritt att bevisbördan avseende effektivitetsvinster helt åligger den part som anmält en koncentration. Bolaget anser att en sådan tolkning skulle göra det möjligt för kommissionen att avfärda alla påstådda synergier utan att lämna någon förklaring.

232 Som har angetts ovan i prövningen av invändningarna om att kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinsterna inte har meddelats, ankommer det på den part som har anmält en koncentration att lägga fram precisa och övertygande bevis som, i den mån det är möjligt, gör det möjligt att kvantifiera de förväntade effektivitetsvinsterna, utan hinder för kommissionens skyldighet att omsorgsfullt och opartiskt utreda alla relevanta omständigheter och att tillräckligt motivera sin bedömning. Således saknas det grund för UPS:s argument avseende ett åsidosättande av bestämmelserna om bevisbördan.

ii) Bedömningen av de av UPS påstådda effektivitetsvinsterna

233 UPS har gjort gällande att om bolaget hade kunnat få kännedom om de kriterier som låg till grund för att merparten av de synergier som det avsåg vinna genom transaktionen mellan detta bolag och TNT avfärdades av kommissionen som icke-kontrollerbara, hade det varit i stånd att övertyga kommission om att dessa vinster existerade.

234 Detta argument har emellertid redan avfärdats efter prövningen av invändningen avseende att kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinsterna inte hade meddelats.

235 UPS har tillagt att dessa synergier utgjorde syftet med dess plan att förvärva TNT. Med anledning av komplementariteten mellan dessa företags nätverk, har UPS angett att det skulle ha varit i stånd att reducera sina kostnader och lättare konkurrera med DHL, dess huvudrival på den europeiska marknaden. Vid förhandlingarna förutsåg dess styrelse och styrelsen för TNT, mot bakgrund av expertanalyser, försiktigt och i enlighet med de tillämpliga nederländska bestämmelserna, synergier på mellan 400 och 550 miljoner euro per år (medianvärdet var 503 euro per år), en uppskattning som återspeglades i priset på det offentliga budet på 9,50 euro per aktie.

236 UPS har angett att det lämnade dessa prognoser till kommissionen, för att den skulle kunna beakta dem vid sin bedömning av den planerade transaktionen, i enlighet med artikel 2.1 b i förordning nr 139/2004 och i punkt 76 och följande punkter i riktlinjerna. Kommissionen godtog emellertid att inte endast beakta de synergier som var knutna till det europeiska luftfartsnätverket och till marktjänster under de tre första åren från transaktionens ingående, för ett belopp på 65 miljoner euro per år.

237 UPS har gjort gällande att kommissionen, genom att på detta sätt avfärda det återstående beloppet på 438 miljoner euro av årliga synergier med motiveringen att de var icke-kontrollerbara, har gjort sig skyldig till en allvarlig felaktig bedömning.

238 UPS har klandrat kommissionen för att inte ha beaktat följande synergier, vilka undersöks närmare nedan:

- Luftfartsnätverk och marktjänster i Europa (fjärde året): 43 miljoner euro,
- administrativa kostnader: 210 miljoner euro,
- transatlantisk lufttransport: 25 miljoner euro,
- lufttransport för tredjeparts räkning: 33 miljoner euro,
- vägtransporter med direktanslutna nät mellan navflygplatser och förbindelser: 22 miljoner euro,

- installationer: 17 miljoner euro,
- nätverk för PUD (nedan kallat PUD-nätverk): 40 miljoner euro,
- tillhandahållande av externa tjänster: 48 miljoner euro.

239 UPS anser att även om endast en liten del av de avfärdade effektivitetsvinsterna skulle ha godtagits som kontrollerbara, är det uppenbart att det inte skulle ha funnits någon som helst grund för att anta ett beslut om förbud.

– *Luftfartsnätverket och marktjänsterna i Europa (fjärde året)*

240 UPS har kritiserat kommissionen för att, i skäl 905 i det omtvistade beslutet, ha kritiserat de synergier som var knutna till luftfartsnätverket och marktjänsterna mer än tre år efter transaktionen mellan UPS och TNT, med motiveringen att en sådan tidshorisont innebar en större osäkerhet och mindre snabba fördelar för konsumenterna. Denna bedömning är enligt UPS uppenbart felaktig och motsägelsefull, eftersom kommissionen, i skäl 902 i detta beslut, erkände att synergier skulle vara desamma under det fjärde året och återspegla det graduella genomförandet av integrationen.

241 För att svara på detta argument, ska det erinras om att beaktandet av de påstådda synergier per definition består i att bedöma nuvärdet av framtida flöden, i form av vinster eller besparingar. Denna bedömning beror nödvändigtvis på tidshorisonten och på sannolikheten för att dessa vinster eller besparingar realiserar. Således påpekas i punkterna 83 och 87 i riktlinjerna att allmänt gäller att ju senare effektivitetsvinsterna väntas förverkligas i framtiden, desto mindre vikt kan kommissionen fästa vid dem och desto mindre troligt kan den anse det vara att de faktiskt förverkligas. I skälen 905 och 906 i det omtvistade beslutet valde kommissionen att begränsa beaktandet av de förväntade effektivitetsvinsterna, till i princip de första tre åren. Däremot förklarade kommissionen, beträffande sin allmänna bedömning, att den beaktade prognoserna för det fjärde året, samtidigt som de minskade den betydelse som skulle tillmätas dem mot bakgrund av komplexiteten i integrationen av luftfartsnätverken och marktjänsterna.

242 UPS:s argument består i huvudsak i att trovärdigheten i dess prognoser beträffande de framtida effektivitetsvinsterna är större än den som kommissionen faktiskt har erkänt. Mot bakgrund av osäkerheten i dessa vinster och den tidshorisont som UPS har angett, gör inget av bolagets argument det möjligt att fastställa att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter och som kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen.

– *De administrativa kostnaderna*

243 Enligt UPS följer de administrativa synergier av sammanslagningen, vad gäller detta bolag och TNT, av säten och allmänna centrala funktioner i Europa. Den förväntade effektivitetsvinsterna borde ha uppgått till 210 miljoner euro på fyra år genom en minskning av den samlade personalstyrkan med 11 procent för förvaltningsfunktioner och 12 procent för administrativa funktioner och dessa mål var lägre än vad bolaget tidigare hade kunnat erfaras.

244 I skäl 891 i det omtvistade beslutet, avfärdade kommissionen dessa besparingar, med motiveringen att de avsåg fasta kostnader som inte kunde övervältras på konsumenterna. UPS anser att detta resonemang är felaktigt och motsägelsefullt. Kommissionen har tillämpat en

övervältringsgrad avseende effektivitetsvinsterna på 67 procent av de genomsnittliga totala kostnaderna (rörliga kostnader och fasta kostnader), men borde ha tillämpat denna övervältringsgrad på de administrativa kostnaderna och konstaterat att 67 procent av de besparingar som gjorts avseende dessa skulle övervältras på konsumenterna, medan resten skulle absorberas av bolaget. Omvänt skulle kommissionen om den, i enlighet med skäl 891 i det omtvistade beslutet, avsåg vägra att tillämpa denna övervältringsgrad på de fasta kostnaderna, logiskt sett tillämpa en högre övervältringsgrad på de rörliga kostnaderna. Detta skulle då ha medfört större effektivitetsvinster för kommissionen och en reduktion av det antal marknader som potentiellt påverkades av ett påtagligt hämmande av den effektiva konkurrensen.

- 245 Det ska emellertid erinras om att kommissionen, i skäl 891 i det omtvistade beslutet, i huvudsak erkände att de administrativa kostnaderna, ur redovisningssynpunkt, kunde delas upp mellan de olika tjänsterna och nationella marknaderna utifrån antalet behandlade paket. Ur en ekonomisk synpunkt tillät emellertid inte detta uppdelningssätt att fastställa på vilket sätt de fasta kostnaderna bidrog till att fastställa priset på varje ytterligare avtal. Då kommissionen ansåg att svaret på frågan om i vilken mån besparingarna av administrativa kostnader kunde påverka priserna på de relevanta produkterna var osäkert, angav den, som motivering för att de skulle beaktas, i skäl 892 i det omtvistade beslutet, att dessa besparingar, såsom UPS hade framställt dem, inte var kontrollerbara och följaktligen inte kunde beaktas. Det framgår även av detta skäl i det omtvistade beslutet att övervägandena avseende övervältrandet på konsumenterna av de besparingar som var knutna till de administrativa kostnaderna endast framfördes i andra hand, för det fall dessa besparingar hade varit kontrollerbara.
- 246 Synergierna i samband med reduktionen av de administrativa kostnaderna till följd av fusionen konkretiseras genom en reduktion av företagets fasta kostnader. Som understryks i punkt 80 i riktlinjerna, har de förbättringar av lönsamheten som leder till reduktioner av de rörliga kostnaderna eller marginalkostnaderna emellertid större förutsättningar att vara relevanta för bedömningen av effektivitetsvinsterna än reduktionerna av de fasta kostnaderna, eftersom det i princip är mer sannolikt att de medför en sänkning av konsumtionspriserna. Kommissionen gjorde således ingen felaktig bedömning när den avfärdade synergier i samband med de administrativa kostnaderna med motiveringen att de inte var relevanta för bedömningen av effektivitetsvinsterna. Då UPS:s kritik avseende övervältrandet av dessa besparingar på konsumenterna är riktad mot andrahandsbedömningar, är den irrelevant och kan därför inte godtas.
- 247 Av detta följer att ingen av de av UPS åberopade omständigheterna, beträffande effektivitetsvinster knutna till de administrativa kostnaderna, gör det möjligt att anse att kommissionen har gjort en tillräckligt klar överträdelse av en rättslig bestämmelse som har till syfte att ge enskilda rättigheter, vilken kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen.

– *Den transatlantiska luftfarten*

- 248 UPS har kritiserat den bedömning genom vilken kommissionen, i skälen 882 och 883 i det omtvistade beslutet, avfärdade de besparingar som uppskattats till 25 miljoner euro beträffande den transatlantiska lufttransporten, med motiveringen att denna uppskattning inte hade kontrollerats. UPS har erinrat om att bolaget avsåg upphöra med TNT:s enda transatlantiska förbindelse mellan Liège (Belgien) och New York (Förenta staterna), eftersom det hade en tillräcklig kapacitet för att absorbera 75 procent av volymen för denna linje. Kommissionen hade, enligt UPS, avfärdat de beräkningar som hade lett till en uppskattning på 25 miljoner euro, med motiveringen att de grundade sig på den hypotetiska situationen att TNT använde ett Boeing

767, medan bolaget i realiteten använde ett Boeing 777. Kostnaderna för det sistnämnda planet var emellertid högre än för det förstnämnda, varför de realiserade besparingarna nödvändigtvis skulle ha varit större.

- 249 Det ska emellertid erinras om att kommissionen, i skälen 881–883 i det omtvistade beslutet, inte avfärdade existensen av de påstådda effektivitetsvinster. Den ansåg att dessa vinster inte var kontrollerbara, eftersom UPS hade grundat sina beräkningar på situationen för TNT:s nätverk år 2007, utan att beakta den omständigheten att TNT senare hade använt flygplan med större kapacitet.
- 250 UPS har, för att visa att denna bedömning var felaktig, till stöd för ansökan angett flera beräkningar i syfte att styrka omfattningen av de vinster som det förväntade sig från synergier från de transatlantiska luftfartstransporterna. Det kan emellertid konstateras att dessa uppgifter inte lämnades till kommissionen under det administrativa förfarandet, trots att meddelandet om invändningar, i dess punkt 725 påkallade UPS:s uppmärksamhet på att dessa uppskattningar av effektivitetsvinster var svårigen kontrollerbara. UPS har således framställt flera kalkylblad avseende användningen av kapacitet avseende transatlantisk luftfartstransport år 2012 (bilaga A.35 till ansökan), vilken, enligt UPS:s eget erkännande, inte framställts under det administrativa förfarandet. Det ankom emellertid på UPS att, under det administrativa förfarandet, lägga fram bevis inte bara för förekomsten av de effektivitetsvinster som den påstod existerade, utan även för de kontrollerbara omständigheter som låg till grund för kvantifieringen av dessa vinster. UPS:s argument avseende de transatlantiska luftfartstjänsterna är ogrundade och kan inte godtas.

– *Transporten för tredjeparts räkning*

- 251 UPS avsåg göra besparingar genom att med sina egna flygplan transportera de paket som TNT forslade på kommersiella flygningar som utfördes av tredjeparter. Kommissionen avfärdade, i punkt 889 i det omtvistade beslutet, dessa besparingar, med motiveringen att UPS inte hade visat att det kunde absorbera TNT:s volym på sina egna flygplan. UPS har kritiserat kommissionen för att inte ha tagit upp denna fråga under det administrativa förfarandet trots att bolaget förfogade över alla uppgifter för att besvara den på ett övertygande sätt.
- 252 I motsats till vad UPS har gjort gällande ankom det inte på kommissionen att anmoda bolaget att lämna bevisuppgifter för att styrka de påstådda effektivitetsvinster. Det ankom på UPS att lägga fram bevis, inte bara på existensen av de effektivitetsvinster som den påstod existerade, utan även kontrollerbara uppgifter på vilka det grundade sig för att kvantifiera vinsterna. UPS:s argument saknar grund och kan således inte godtas.

– *Vägtransporter med direktanslutna nät*

- 253 Enligt UPS skulle det planerade förvärvet ha gjort det möjligt för bolaget att rationalisera sitt nät av vägtransporter med anslutningar inom EES genom att kombinera dessa med TNT:s nät, genom sin logistik-modell ”hub feeder network optimisation model” (modell för optimering av nätet till en upphämtningscentral) (nedan kallad HFNO-modellen) som tillämpades på uppgifterna på tre marknader (Tyskland, Italien och Förenade kungariket), vilka utgör ett bra stickprov på nätverken på de olika europeiska marknaderna. I skälen 866 och 867 avfärdade kommissionen dessa besparingar, på grund av att de motiveringar som lämnats var partiella och föga tillförlitliga. UPS har bestritt denna bedömning. Bolaget har anfört att uppskattningarna av dess framtida enhetliga nätverk var välgrundade, försiktiga och tillförlitliga. UPS har angett att det, med en säkerhetsmarginal, har kommit att uppskatta kostnadssynergier på 15 procent. Även om

UPS tvingats ändra dessa mot bakgrund av de uppgifter som TNT har lämnat, anser bolaget emellertid att de skillnader som därvid har kunnat konstateras inte är betydande och kan förklaras av metodologiska skillnader mellan UPS och TNT.

- 254 Kommissionen har bestritt dessa påståenden. Den har bland annat gjort gällande att UPS har påstått, men inte styrkt, att marknaderna Tyskland, Italien och Förenade kungariket utgör ett "bra stickprov", utan att lämna någon uppgift som gör det möjligt att kontrollera om detta påstående är riktigt.
- 255 Det kan i detta hänseende konstateras att enligt skälen 865 och 866 i det omtvistade beslutet har UPS beräknat de påstådda effektivitetsvinsterna genom sin HFNO-modell, på grundval av uppgifter avseende tre nationella marknader. UPS har ansett att dessa resultat kunde extrapoleras till alla de övriga marknaderna, utan att förklara skälet till detta. Kommissionen har således i huvudsak anfört att det saknas bevis för att det av UPS använda stickprovet skulle vara representativt.
- 256 UPS har emellertid, i sitt svar på meddelandet om invändningar, lämnat en handling (bilaga 4.8 till meddelandet om invändningar) som anger de skäl som lett fram till valet av de tre nationella marknader som stickprovet utgörs av. Det framgår nämligen av denna handling att dessa marknader illustrerar tre situationer som präglar förhållandena mellan UPS:s och TNT:s volymer, nämligen större volymer (Tyskland), mindre volymer (Italien) och likvärdiga volymer (Förenade kungariket). Dessa tre marknader kom därefter i modellen att utgöra ett enhetligt nät. Under dessa omständigheter kan kommissionen inte påstå att UPS, under det administrativa förfarandet, underlät att ge förklaringar till den metod som använts för att välja ett stickprov med de tre marknader som det ansåg vara representativa.
- 257 Bortsett från denna felaktiga bedömning, ska det påpekas att kommissionen, enligt skäl 867 i det omtvistade beslutet, anmodade UPS att precisera sina beräkningar grundade på detta stickprov med beaktande av TNT:s uppgifter. Efter det att detta gjorts, framkom det, beträffande vissa marknader, att de resultat som uppnåddes visade väsentliga skillnader i förhållande till UPS:s ursprungliga uppskattningar. Kommissionen har, mot bakgrund av dessa skillnader, funnit att beräkningen av de förväntade effektivitetsvinsterna var osäker.
- 258 Det kan konstateras att dessa skillnader, vilka betecknas som "väsentliga", till sin art kan väcka tvivel beträffande giltigheten av UPS:s uppskattning av de påstådda effektivitetsvinsterna genom sin HFNO-modell. Även om UPS har bestritt betydelsen av dessa skillnader, har det emellertid inte utvecklats några specifika argument i detta hänseende, eller angett några sifferuppgifter som gör det möjligt att ifrågasätta att konstaterandet i skäl 867 i det omtvistade beslutet är välgrundat. UPS har, samtidigt som det erkänt att sådana skillnader förelåg, gjort gällande att dessa inte berodde på väsentliga skillnader mellan de uppskattade uppgifterna och de faktiska uppgifterna, utan snarare på valet av en annan grund på vilken TNT har fördelat sina kostnader.
- 259 Mot denna bakgrund kan det konstateras att UPS inte har lyckats visa att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en rättslig bestämmelse som har till syfte att ge enskilda rättigheter, vilken kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen, när den beslutade att uppskattningen av effektivitetsvinsterna för vägförbindelser med direktanslutna nät var alltför osäker för att kunna anses vara kontrollerad. UPS:s argument kan således inte godtas.

– *Anläggningarna*

- 260 UPS har klandrat kommissionen för att, i skäl 863 i det omtvistade beslutet, ha avfärdat de planerade besparingarna genom rationalisering av de anläggningar som blivit överflödiga på grund av den planerade koncentrationen som icke-kontrollerbara, på grund av att de uppgifter som lämnats endast omfattade några länder. UPS har gjort gällande att denna bedömning är felaktig. Bolaget har anfört att det till kommissionen hade lämnat detaljerade beräkningar avseende 112 av de 118 anläggningar som det avsåg att stänga.
- 261 Det ska påpekas att kommissionen, i skäl 862 i det omtvistade beslutet, angav att UPS hade beräknat de besparingar som det förväntade sig genom rationaliseringen av sina anläggningar utifrån en uppskattning av den årliga kostnaden per anläggning multiplicerad med det totala antalet anläggningar som var avsedda att stängas. Den siffra som uppnåddes multiplicerades sedan med det årliga genomsnittliga värdet på en anläggnings funktionskostnader, vilket beräknades till 330 000 euro. Resultatet av denna beräkning (18 miljoner euro) anpassades sedan och reducerades till 17 miljoner euro.
- 262 Kommissionen angav, i skälen 863 och 864 i det omtvistade beslutet, att denna metod var otydlig i två avseenden. För det första grundade sig denna metod på uppgifter avseende ett litet antal eller en grupp länder trots att de förväntade besparingarna var olika från land till land. För det andra grundade sin denna metod på premissen att samtliga kostnader knutna till en anläggning som skulle komma att stängas utgjorde en besparing. Eftersom de volymer som behandlas av dessa anläggningar måste överföras till andra anläggningar borde emellertid en beräkning har gjorts av nettobesparingen med en jämförelse mellan kostnaderna för behandlingen före fusionen och de ytterligare kostnaderna efter fusionen.
- 263 Kommissionens andra invändning innebär i huvudsak att UPS klandras för att i sin bedömning av de förväntade besparingarna inte ha gjort en tillräcklig åtskillnad mellan dem som avsåg fasta kostnader och dem som avsåg rörliga kostnader. Som tribunalen har erinrat om ovan beträffande effektivitetsvinsterna avseende synergier för administrativa kostnader, finns det emellertid större förutsättningar för att de förbättringar av lönsamheten som leder till reduceringar av de rörliga kostnaderna eller marginalkostnaderna är relevanta för bedömningen av effektivitetsvinsterna än reduceringarna av de fasta kostnaderna.
- 264 Det kan emellertid konstateras att UPS:s argument undviker denna fråga och enbart fokuserar på det första problem som kommissionen har tagit upp. Under dessa omständigheter tillåter detta argument inte att anse att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en rättslig bestämmelse som har till syfte att ge enskilda rättigheter, vilken kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen, genom att anse att uppskattningen av besparingarna knutna till stängningen av överflödiga anläggningar inte kunde fastställas på grund av bristande tillförlitlighet.

– *PUD-nätverket*

- 265 UPS har klandrat kommissionen för att, i skälen 853 och 854 i det omtvistade beslutet, ha avfärdat kvantifieringen av de synergier som förväntades av rationaliseringen av PUD-nätverket, med motiveringen att dessa beräkningar inte kunde kontrolleras.

- 266 UPS har, för det första, gjort gällande att kommissionen inte har ifrågasatt att dessa synergier existerade, utan endast uppskattningen av dem. Kommissionen har, enligt UPS, underlåtit att ange det kriterium på grundval av vilket den var beredd att godta sådana beräkningar och ställa frågor till bolaget.
- 267 Det ankommer emellertid inte på kommissionen att anmoda UPS att lämna bevisuppgifter som gör det möjligt att styrka de påstådda effektivitetsvinsterna. Det ankom på UPS att lägga fram bevis, inte bara på att de effektivitetsvinster som det gjorde gällande faktiskt existerade, utan också kontrollerbara uppgifter som låg till grund för dess beräkning av dessa vinster. UPS:s första argument kan således inte godtas.
- 268 För det andra, när det gäller UPS:s argument att de motiveringar som kommissionen har anfört för avfärdandet av effektivitetsvinsterna aldrig hade delgivits bolaget under det administrativa förfarandet, ska det erinras om att detta redan har underkänts efter analysen av invändningen om att kriterierna för bedömning av effektivitetsvinsterna inte hade meddelats.
- 269 För det tredje har UPS gjort gällande att grunderna för kommissionens avfärdande av beaktandet av effektivitetsvinsterna avseende PUD-nätverket är uppenbart felaktiga.
- 270 Det ska erinras om att kommissionen, i skälen 851 och 852 i det omtvistade beslutet, erkände existensen av effektivitetsvinster till följd av synergier avseende kombinationen av PUD-nätverken. I skälen 853 och 854 i detta beslut avfärdade kommissionen emellertid UPS:s uppskattning av beloppen för dessa vinster, på grund av deras bristande tillförlitlighet. Kommissionen har mer specifikt understrukit att de uppgifter som UPS lämnat var gamla och föga representativa.
- 271 Vad gäller uppgifternas representativitet, framgår det av skäl 824 i det omtvistade beslutet att UPS grundade sig på en uppskattning av de besparingar avseende förare som hade gjorts på varje nationell marknad (45 miljoner euro), anpassad nedåt för att komma fram till en uppskattning på 40 miljoner euro. Kommissionen har emellertid påpekat att denna beräkning endast grundade sig på detaljerade uppgifter i den del den avsåg den tyska och den franska marknaden och Benelux-marknaden (som omfattar Belgien, Luxemburg och Nederländerna) samt marknaderna Irland och Förenade kungariket. Resten av marknaden var uppdelad i två grupper, nämligen "Östeuropa" och "övriga Europa", för vilka UPS gjorde en uppskattning av den genomsnittliga reduceringen av förare, utan att ge någon förklaring i detta hänseende. Då de besparingar som var knutna till PUD-nätverket hade ett nära samband med varje marknads villkor, angav kommissionen, i skäl 853 i det omtvistade beslutet, att UPS borde ha grundat sig på uppgifterna avseende varje marknad i stället för att tillämpa en uppskattning på en grupp länder. Kommissionen drog av detta slutsatsen att uppskattningen av synergier avseende PUD-nätverket inte var tillförlitlig avseende dessa båda grupper.
- 272 UPS har, i detta hänseende, påpekat att de länder som omfattades av kategorierna "Östeuropa" och "övriga Europa" endast motsvarade 9 av de 40 miljoner i besparingar som det förväntade sig, eftersom de övriga länderna var uppdelade i fyra grupper med utgångspunkt i särdragen för deras nätverk (det vill säga antalet förare och antalet stopp per mile).
- 273 Det ska emellertid påpekas att UPS inte har bestritt kommissionens huvudinvändning att uppgifterna avseende varje enskild marknad inte hade beaktats, trots de kostnadsskillnader som fanns mellan dessa marknader. Uppskattningen av de påstådda effektivitetsvinsterna har emellertid till syfte att kontrollera huruvida dessa vinster, på de marknader som gett upphov till

- ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens, kan uppväga de konkurrensbegränsande effekter som koncentrationen skulle riskera att medföra. När dessa konkurrensbegränsande effekter, såsom i förevarande fall, är lokaliserade på vissa medlemsstaters territorier, är det nödvändigt att, på var och en av dessa nationella marknader, kunna kontrollera huruvida de påstådda vinsterna kommer att innebära en nettofördel för konsumenterna.
- 274 Då UPS inte har lämnat något bevis på motsatsen, kan det således fastställas att UPS:s synsätt, om ett privilegierande av en tillämpning på en samling länder av en enda andel som följer av en modell som utformats utifrån fyra grupper av nationella marknader, förefaller mindre precis och mindre tillförlitlig än den som består i att grunda sig på uppgifter för varje marknad för att komma fram till en genomsnittlig uppskattning som är tillämplig på alla.
- 275 Det ska vidare påpekas att bland de femton nationella marknader som visar ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens var det endast Nederländerna som varken omfattades av kategorin "Östeuropa" eller av kategorin "övriga Europa". Som UPS själv har erkänt, uppgick det totala värdet av effektivitetsvinsterna knutna till PUD-nätverket endast till 9 miljoner för dessa båda grupper av nationella marknader. Det är således föga sannolikt att den nederländska marknaden i sig kan motsvara besparingar som motiverar att synergierna uppskattas till 40 miljoner euro i enlighet med UPS:s påstående. Av detta följer att de effektivitetsvinster som är relevanta för att bedöma situationen avseende de nationella marknader på vilka kommissionen har konstaterat att det föreligger ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens troligen är väsentligt lägre än de påstådda 40 miljonerna. UPS:s argument tillåter således inte att vederlägga giltigheten av bedömningen, som anges i skäl 855 i det omtvistade beslutet, att uppgifterna avseende de andra marknaderna än Tyskland, Frankrike, Irland och Förenade kungariket inte gör det möjligt att fastställa att de effektivitetsvinster som uppskattats avseende de övriga marknaderna är kontrollerbara.
- 276 Vad gäller uppgifternas ålder, framgår det av skäl 854 i det omtvistade beslutet att kommissionen har påpekat att UPS hade grundat sig på en modell som utformats år 2007 på grundval av uppgifter från 2002, för att uppskatta vinsterna till följd av optimeringen av PUD-nätverket inom ramen för de diskussioner som redan avsåg möjligheten att förvärva TNT.
- 277 UPS har, i syfte att aktualisera dessa resultat utifrån situationen år 2011, minskat dessa uppskattningar i varierande proportioner från en marknad till en annan, utan att förklara vilken metod som tillämpats på något annat sätt än att beteckna den som "konservativ".
- 278 UPS har gjort gällande att dessa beräkningar var detaljerade, tillförlitliga och beaktade dess tillväxttakter mellan åren 2007 och 2011, samt variationerna i PUD-nätverkets täthet.
- 279 De båda handlingar som UPS har åberopat till stöd för dessa påståenden (bilagorna A.38.1 och A.38.2 till ansökan) bekräftar emellertid den beskrivning av metoden som gjorts i skäl 854 i det omtvistade beslutet. Dessa handlingar innehåller inga precisa indikationer på hur dessa resultat av den studie som genomfördes år 2007 aktualiserades år 2011. De begränsar sig till att ange att UPS, då grunderna för denna analys var goda, hade fattat beslutet att endast anpassa dessa ursprungliga uppskattningar av kostnadsbesparingarna nedåt och väsentligt för att återspegla osäkerheterna till följd av förändringarna i marknadsvillkoren.

280 Under dessa omständigheter kan det fastställas att UPS inte har lyckats visa att kommissionen på denna punkt har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en rättslig bestämmelse som hade till syfte att ge enskilda rättigheter och som kan medföra ett utomobligatoriskt ansvar för unionen.

– *Tillhandahållande av externa tjänster*

281 Kommissionen har i skälen 857–861 i det omtvistade beslutet angett att UPS:s uppskattning av effektivitetsvinsterna knutna till rationaliseringen av kostnaderna för PUD utlagd på entreprenad är ännu mer osäker än den som avser effektivitetsvinsterna av dess eget PUD-nätverk, eftersom denna uppskattning grundar sig på extremt förenklade hypoteser i stället för på uppgifter som är specifika för varje nationell marknad. Kommissionen påpekade således att UPS inte hade angett någon förklaring till den påstådda reduceringen på 6 procent, då bolaget hade nöjt sig med att påstå att denna andel återspeglade de högre kombinerade volymerna och de vinster som följde av sortering. Vidare har de konsulter som UPS anlitat påpekat att uppgifterna avseende TNT:s volymer skilde sig från dem som användes för att beräkna effektivitetsvinsterna, utan att UPS har försökt använda dessa uppgifter för att komma fram till en mer realistisk åtgärd för effektivitetsvinster. Kommissionen har av detta dragit slutsatsen att den inte var i stånd att kontrollera magnituden av de effektivitetsvinster som var knutna till leverantörer av externa tjänster och har avfärdat de av UPS påstådda vinsterna som icke-kontrollerbara.

282 UPS har klandrat kommissionen för att ha angett att dess prognoser inte grundade sig på en detaljerad analys per land, utan på en genomsnittlig andel på 6 procent och föreföll föga tillförlitliga. UPS anser att denna analys är uppenbart felaktig.

283 UPS har för det första gjort gällande att användningen av ett genomsnitt för alla länderna är förenlig med det ovannämnda synsättet avseende PUD-nätverket för länder som omfattas av kategorin ”övriga Europa”.

284 Det ska erinras om att det, i enlighet med de principer som reglerar bevisbördan avseende effektivitetsvinster, ankom på UPS att motivera tillämpningen av en andel på 6 procent på alla nationella marknader, i synnerhet med anledning av de kostnadsskillnader som finns mellan dessa marknader. Det kan antas att, i likhet med vad som ovan anförts avseende PUD-nätverket, användningen av en genomsnittlig besparingsandel tillämplig på en samling länder, utan någon särskild motivering, förefaller mindre precis och mindre tillförlitlig än den som består i att, utifrån uppgifter för varje marknad, beräkna en genomsnittlig uppskattning som är tillämplig på alla. Av detta följer att UPS argument inte har visat någon omständighet som gör det möjligt att anse att de skäl som kommissionen har angett i skäl 858 i det omtvistade beslutet är felaktiga.

285 För det andra har UPS klandrat kommissionen för att använda inkonsekventa metoder. Kommissionen har godtagit användningen av ett genomsnitt för en och samma grupp av länder, beträffande luftfartsnätet och marktjänsterna i Europa (det fjärde året), men har avfärdat den när det gäller upphämtning och leverans av leverantörer av externa tjänster.

286 Som har angetts ovan beträffande effektivitetsvinster knutna till kostnaderna avseende PUD, framgår det emellertid av skälen 824, 853 och 858 i det omtvistade beslutet att dessa kostnader är nära knutna till de lokala villkor som gäller på varje nationell marknad. Kommissionen har påpekat att denna situation inte är jämförbar med den som avser det europeiska luftfartsnätverket, eller den som avser marktjänster och UPS har inte invänt mot detta. Mot

bakgrund av denna motivering, ska det erkännas att UPS:s argument, på grund av dessa skillnader, inte gör det möjligt att visa att det föreligger någon skillnad mellan förekomsten av en inkonsekvent metod som kan utgöra en felaktig bedömning av uppenbar och allvarlig karaktär.

- 287 För det tredje har UPS angett skälen till att resultaten av bolagets modell, efter användningen av TNT:s uppgifter, inte har ändrats i någon väsentlig utsträckning. Den huvudsakliga ändring som gjorts rörde kriteriet avseende fördelning av synergierna utan att den sammantagna bedömningen av dess belopp ändrades.
- 288 Detta argument tillåter emellertid inte att ifrågasätta de omständigheter som angavs i skälen 859 och 860 i det omtvistade beslutet, av vilka framgår att UPS inte har försökt uppskatta de förväntade vinsterna för var och en av de relevanta nationella marknaderna mer precist, trots uppgifter avseende TNT:s aktuella volymer som skiljde sig betydligt från de volymer som UPS ursprungligen uppskattat och, följaktligen, en betydande omprövning av de besparingar som ursprungligen planerats, bland annat för den tyska marknaden samt marknaderna Irland och Förenade kungariket.
- 289 Mot denna bakgrund anser tribunalen att UPS inte har lyckats visa att kommissionen, vid sin bedömning av huruvida de påstådda effektivitetsvinsterna var kontrollerbara, har gjort sig skyldig till en felaktig bedömning som kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen.

3) Skillnaden i behandling i förhållande till transaktionen mellan FedEx och TNT

- 290 UPS har gjort gällande en skillnad i behandling mellan koncentrationen mellan detta bolag och TNT respektive den mellan FedEx och TNT. Medan UPS, efter en noggrann uppskattning, offentligt angav att det avsåg att tjäna 503 miljoner euro i synergier genom förvärvet av TNT redan det första året, offentliggjorde inte FedEx å sin sida någon uppskattning. Kommissionen godtog dock de synergier som FedEx gjort gällande, efter att ha ställt frågor till detta bolag, på grundval av arbeten som utförts av konsulter som anlits för kontrollförfarandet avseende denna koncentration och som aldrig hade offentliggjorts, vilket är oförklarligt gällande ett börsnoterat bolag.
- 291 UPS har i detta hänseende klandrat kommissionen för att ha bedömt synergierna på grundval av ett mycket striktare kriterium än det som den använde för koncentrationen mellan FedEx och TNT. Om kommissionen hade behandlat UPS på samma sätt som FedEx, hade den behövt godta alla de påstådda effektivitetsvinsterna. Kommissionen godtog, inom ramen för transaktionen mellan FedEx och TNT, många synergier som dock inte hade styrkts av uppgifter med samma bevisvärde som dem som UPS åberopat. FedEx vägrade redan vid dess bud att offentliggöra någon beräkning av de potentiella synergierna och framställde aldrig några interna dokument i detta hänseende.
- 292 Kommissionen godtog, i beslutet om transaktionen mellan FedEx och TNT, synergier avseende den transatlantiska luftfartstransporten utifrån förvärvarens transportkapaciteter, utan att begära några detaljerade beräkningar. UPS har, i avsaknad av mer utförlig information i den offentliga versionen av beslutet om transaktionen mellan FedEx och TNT, föreslagit att tribunalen ska erhålla dessa upplysningar som en åtgärd för bevisupptagning.
- 293 Vad gäller PUD-nätverket, har UPS gjort gällande att kommissionen, i målet om transaktionen mellan FedEx och TNT, har accepterat att beakta denna typ av synergier trots att de framställt mindre detaljerade bevis än dem som detta bolag har framställt.

- 294 Det ska erinras om att kommissionen ska bedöma varje koncentration för sig samt mot bakgrund av dess egna och den relevanta marknadens särdrag. Varje koncentration ska bedömas individuellt och mot bakgrund av de omständigheter som råder och de rättsregler som gäller (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 maj 2018, Deutsche Lufthansa/kommissionen, T-712/16, EU:T:2018:269, punkt 131). När kommissionen beslutar huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden på grundval av en anmälan och handlingar som rör denna koncentration, har en sökande inte rätt att ifrågasätta kommissionens konstateranden med åberopande av att de skiljer sig från tidigare konstateranden i ett annat ärende på grundval av en annan anmälan och andra handlingar, även om de aktuella marknaderna i de båda ärendena är likartade eller till och med identiska (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 118, och dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 142).
- 295 Även om transaktionerna mellan UPS och TNT respektive FedEx och TNT, som anmälts cirka tre år efter varandra, i förevarande mål, avser samma marknad, gäller dessa inte samma parter. Effektivitetsvinsterna är emellertid, till deras karaktär, direkt knutna till de individuella särdragen hos parterna i en koncentration.
- 296 Mot bakgrund av bland annat särdragen avseende FedEx och den konkurrensmässig närheten mellan UPS och TNT, har kommissionen dragit slutsatsen att transaktionen mellan FedEx och TNT inte gav upphov till något påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens. Den enhet som resulterar av denna fusion fortsätter att konfronteras med två starka konkurrenter, nämligen DHL och UPS (skälen 444–446 och 630–689 i beslutet avseende transaktionen mellan FedEx och TNT), medan FedEx och TNT, trots att de är konkurrenter, i viss mån erbjuder kompletterande tjänster och inte är nära konkurrenter. FedEx är specialiserat i förbindelser mellan EES och resten av världen, medan TNT:s erbjudande är fokuserat på internationella förbindelser inom EES (skälen 590, 591 och 687–689 i beslutet om transaktionen mellan FedEx och TNT), utan att TNT i övrigt kan anses vara en konkurrent som kan ha en särskild konkurrensställning som ”ensamvarg” eller en betydande källa för expansion inom marknaden (skälen 650, 692–714 i beslutet om transaktionen mellan FedEx och TNT). Bedömningen av koncentrationens effekter på priserna har inte visat någon statistiskt betydande inverkan på priserna och kommissionen har, under alla omständigheter, angett att de beräknade effektivitetsvinsterna skulle kompensera denna inverkan (skälen 468–497, 515–588 och 771–805 i beslutet om transaktionen mellan FedEx och TNT).
- 297 Det kan således konstateras att koncentrationerna mellan UPS och TNT respektive mellan FedEx och TNT skiljer sig väsentligt åt på flera punkter, särskilt avseende den omständigheten att FedEx och TNT inte var nära konkurrenter, vilket är en väsentlig punkt för granskningen av synergier till följd av sammanslagningen av dessa bolag och som UPS inte har bestritt.
- 298 Vidare har sökanden inte bekräftat sitt argument att de bevisuppgifter som den har gett in till kommissionen beträffande de förväntade synergier bedömdes mot bakgrund av en annan bevisstandard än den som tillämpades inom ramen för koncentrationen mellan FedEx och TNT. I synnerhet har sökanden inte visat att de bevisuppgifter som det har lämnat beträffande den transatlantiska luftfartstransporten och PUD-nätverket hade ett liknande bevisvärde och en liknande relevans jämfört med dem som hade godtagits inom ramen för denna koncentration, varför kommissionen har behandlat identiska eller liknande bevisuppgifter olika.

299 I brist på varje indicium som skulle kunna visa en skillnad i behandlingen, ett påstående eller en bevisuppgift som hänför sig till en annan rättsstridighetsgrund, tillåter inte konstaterandet av skillnader i bedömningen av effektivitetsvinster mellan beslutet avseende transaktionen mellan FedEx och TNT respektive det omtvistade beslutet att fastställa att den skillnad i behandling som UPS har påstått sig vara föremål för faktiskt existerar. Således underkänner tribunalen UPS:s argument på denna punkt, utan att det är nödvändigt att bifalla UPS:s begäran om en åtgärd för bevisupptagning.

4) FedEx ställning

i) Den konkurrensmässiga närheten mellan FedEx och UPS

300 UPS har gjort gällande att kommissionen, genom att i det omtvistade beslutet fastställa att UPS, TNT och DHL, i motsats till FedEx, var nära konkurrenter, har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten. Denna slutsats grundar sig på hypotesen att DHL skulle anpassa sig till prishöjningarna till följd av koncentrationen mellan UPS och TNT, men att FedEx inte var i stånd att motverka dem. Enligt UPS förfogade kommissionen emellertid inte över någon uppgift som gjorde det möjligt att fastställa att koncentrationen mellan UPS och TNT skulle medföra en prishöjning. Tvärtom visade en analys av koncentrationens effekter på priserna och en analys av effektivitetsvinsterna att transaktionen skulle främja konkurrensen.

301 UPS har erinrat om att det anförde detta inom ramen för sin tredje grund för talan i målet T-194/13 och styrkte den brist på noggrannhet som kommissionen hade visat vid sin bedömning av svaren på marknadsfrågorna, särskilt beträffande den tjeckiska, den bulgariska, den danska och den maltesiska marknaden. Kommissionens vägran att förklara på vilket sätt svaren på frågorna för dessa medlemsstater motiverade konstaterandet att ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens omöjliggör enligt UPS en förståelse av den erforderliga bevisröskeln för att leda fram till en sådan slutsats. UPS lämnade, i samband med repliken, in ett protokoll över svaren från stora och små kunder i marknadsstudien i fas II för den bulgariska, den tjeckiska, den danska och den maltesiska marknaden, vilka bekräftade att det inte var rimligt att dra slutsatsen att FedEx inte var en nära konkurrent till UPS.

302 UPS har klandrat kommissionen för att ha angett att TNT var en nära konkurrent till UPS, men att FedEx inte var det. Även på den tjeckiska marknaden, avseende vilken kommissionen ansåg sin analys vara särskilt stark, visade svaren på frågorna entydigt att det inte fanns något bevis för att detta bolag och TNT var nära konkurrenter. Tvärtom visade svaren att företagen ansåg att UPS, liksom TNT, FedEx och DHL var fullständigt utbytbara, på grund av vissa särdrag i de tjänster som tillhandahölls, eller att dess närmaste konkurrenter eller TNT:s sådana inte tillhandahöll tjänster med dessa karaktärsdrag. Detsamma gällde beträffande den bulgariska, den danska och den maltesiska marknaden.

303 Det ska erinras om att kommissionen, i det omtvistade beslutet, efter att ha dragit slutsatsen att EES-marknaden för expressleverans av mindre paket dominerades av fyra systembyggare, nämligen DHL, UPS, TNT och FedEx (skäl 510 i det omtvistade beslutet), angav att FedEx, bland dessa bolag, var en mycket svagare konkurrent och en avlägsen sådan för UPS, TNT och DHL. Kommissionen grundade denna bedömning på FedEx omsättning på EES-marknaden (skälen 513–517 i det omtvistade beslutet), jämförd med de tre övriga systembyggarnas omsättningar (skälen 528–533 i det omtvistade beslutet). Vidare påpekade kommissionen att eftersom FedEx var verksamt på en mindre skala, hade detta bolag väsentligt högre upphämnings- och

- leveranskostnader än dess konkurrenter, vilket begränsade dess kapacitet att utöva ett konkurrenstryck på marknaden, detta trots att det, år 2011, fastställt en plan för organisk expansion som sträckte sig fram till år 2017 (skälen 534–546 och 599–625 i det omtvistade beslutet).
- 304 Kommissionen har vidare understrukt FedEx begränsade närvaro på de inhemska marknaderna och på området uppskjutna leveranstjänster (skälen 547–552 i det omtvistade beslutet), då detta bolags närvaro är mycket större inom segmentet tjänster till länder utanför EES (skälen 553–564 i det omtvistade beslutet). Dessa uppgifter bekräftades av marknadsundersökningen, vilken visar att kunderna uppfattar FedEx som svagare än de övriga systembyggarna på marknaden för express-leveranstjänster inom EES (skälen 565–576 och 590–598 i det omtvistade beslutet) samt av dess konkurrenters förklaringar (skälen 578–589 i det omtvistade beslutet).
- 305 I motsats till FedEx ställning, visar det omtvistade beslutet att UPS och TNT är nära konkurrenter (skälen 631–702 i det omtvistade beslutet). Till stöd för detta konstaterande har kommissionen hänvisat till kundernas svar i marknadsundersökningen (skälen 636–652 i det omtvistade beslutet) och likheten mellan DHL, UPS och TNT beträffande tillhandahållande av tjänster och täckning (skälen 653–659 i det omtvistade beslutet). Enligt detta sistnämnda kriterium är FedEx det svagaste av de fyra bolagen på 21 EES-marknader och på 17 av dessa marknader är skillnaden mellan FedEx och dess konkurrent mer än 20 procentenheter (skäl 654 i det omtvistade beslutet).
- 306 Kommissionen har även understrukt likheterna mellan EPS och TNT beträffande erbjudanden om morgonleveranser (skälen 660–665 i det omtvistade beslutet) liksom kvalitetssädragen hos de tjänster som erbjuds (skäl 666 i det omtvistade beslutet). Beträffande marknadsförfarandena, har kommissionen understrukt att DHL, UPS och TNT var nära konkurrenter, medan FedEx ställning var mer avlägsen (skälen 667–684 i det omtvistade beslutet).
- 307 Kommissionen har vederlagt slutsatsen av TNT:s analys av indikationer som lämnats av dess tidigare kunder beträffande vilka bolag som erbjöd konkurrerande tjänster, då den ansåg att denna opinionsundersökning var till liten nytta, på grund av de inneboende begränsningarna i den metod som använts (skälen 685–701 i det omtvistade beslutet).
- 308 I skälen 705–707 i det omtvistade beslutet, avfärdade kommissionen de synpunkter som lämnats till svar på meddelandet om invändningar och i vilka UPS anförde att analysen av konkurrensens närhet inte tillräckligt beaktade inverkan av skillnaden mellan tjänsterna på marknadsandelarnas representativitet som indikator på den konkurrensmässiga närheten och inte heller konkurrenternas diversionskvoter och avsaknaden av en kvantifiering av antalet kunder för vilka DHL inte skulle vara en varaktig ersättningslösning till nackdel för UPS och TNT.
- 309 Slutligen vederlade kommissionen, i skälen 708–711 i det omtvistade beslutet, vissa ytterligare argument som UPS framfört till svar på meddelandet om invändningar avseende analysen av den konkurrensmässiga närheten. UPS gjorde nämligen gällande att det inte var en nära konkurrent till TNT, eftersom de båda bolagen hade fundamentalt olika profiler. UPS klandrade kommissionen för att ha följt ett binärt synsätt ("in" eller "ut") och att ha fokuserat enbart på marknadens långdistanssegment.
- 310 UPS har kritiserat den av kommissionen framförda bedömningen av svaren på marknadsundersökningarna avseende den bulgariska, den tjeckiska, den danska och den maltesiska marknaden. Även om dessa fel skulle ha fastställts, räcket det att, mot bakgrund av de samlade uppgifterna i det omtvistade beslutet som erinras om ovan, konstatera att

marknadsundersökningarna endast utgör en av de omständigheter som kommissionen har grundat sig på. Även om undersökningar av detta slag gör det möjligt att få en bild av den uppfattning som konsumenter eller tillverkare har från deras respektive ställning och att samla in uppgifter i detta hänseende, består deras nytta i att de gör det möjligt att komplettera och förbättra förståelsen av objektiva uppgifter såsom marknadsandelarna, nätverkens täthet eller anbudets struktur, utan att ersätta dessa uppgifter. Under dessa omständigheter och under förutsättning att en felaktig bedömning kan styrkas i analysen av svaren på marknadsundersökningarna av dessa fyra marknader, är en sådan felaktighet under alla omständigheter inte av sådant slag att den kan påverka de övriga uppgifter på grundval av vilka kommissionen har fastställt att FedEx inte var en nära konkurrent till UPS, TNT och DHL, vilket är uppgifter som UPS för övrigt inte har bestritt.

- 311 Inget av de av UPS åberopade argumenten tillåter således inom ramen för denna talan att vederlägga giltigheten av bedömningen av FedEx konkurrensmässiga närhet.

ii) FedEx expansionsplaner

- 312 UPS har bestritt skälen till att kommissionen ansåg att det var föga sannolikt att FedEx skulle utveckla sig i Europa för att motverka effekterna av koncentrationen mellan sig själv och TNT i syfte att skapa ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens i 15 medlemsstater. UPS har mer detaljerat framfört sina argument avseende var och en av de sex punkter som återges nedan avseende FedEx roll.

– FedEx utveckling i Europa

- 313 Enligt UPS har kommissionen gjort en felaktig bedömning när den, i skäl 611 i det omtvistade beslutet, angav att FedEx expansionsplaner i Europa hade minskat. Denna bedömning motsägs direkt av förklaringarna av FedEx ledning av den 19 juni 2012 och av den 9 och 10 oktober 2012, enligt vilka FedEx förväntade sig att tjäna nästan 75 procent av de 350 miljonerna amerikanska dollar (USD) på ytterligare vinster från dess internationella verksamhet redan vid slutet av räkenskapsåret 2015. UPS har betonat att en särskild betydelse ska tillmätas dessa offentliga förklaringar med anledning av Förenta staternas värdepapperslagstiftning.
- 314 Visserligen kan förklaringar från företagsledare som är avsedda för investerare utgöra relevanta indicier för bedömningen av en planerad koncentrations effekter. Den omständigheten att dessa förklaringar omfattas av tillämpningsområdet för en värdepapperslagstiftning, vilken bland annat har till syfte att säkerställa att dessa förklaringar är riktiga, eventuellt åtföljt av sanktionsmöjligheter, innebär emellertid inte att kommissionen, på grund av denna lagstiftning, har en skyldighet att presumera att dessa förklaringar är riktiga eller trovärdiga. Liksom beträffande varje annan relevant uppgift, ankommer det nämligen på kommissionen att med erforderlig noggrannhet inom ramen för kontrollförfarandet undersöka dessa förklarings relevans, men även deras trovärdighet och kontrollerbarhet.
- 315 Det framgår emellertid av handlingarna i förevarande mål att kommissionen har fått kännedom om uttalandena från FedEx ledning, som då den riktade sig till investerarna, hade beskrivit utvecklingen och prognoserna avseende expansionsplanerna i mer optimistiska termer än dem som fram till dess hade använts inom ramen för förfarandet för fusionen mellan UPS och TNT. Mot bakgrund av denna av UPS kritiserade dissonans, begärde kommissionen ytterligare upplysningar från FedEx, bland annat beträffande förklaringarna från oktober 2012 (dokument

med referensnummer ID 7399 och 7400). FedEx rättade sig efter denna begäran (dokument med referensnummer ID 7418). Kommissionen gav UPS en begränsad tillgång till detta svar vid datarumsförfarandet som ägde rum den 26 och den 29 oktober 2012.

- 316 Kommissionen fortsatte sin utredning genom att, den 16 november 2012, begära ytterligare upplysningar av FedEx (begäran med referensnummer Q30) om de ändringar som gjorts i expansionsplanerna och den senaste rapporten om dessa planers utveckling som presenterats för ledningen. FedEx bekräftade, i sitt svar av den 19 november 2012, att dess ursprungliga mål inte skulle komma att uppnås, dels på grund av att de byggde på hypotetiska situationer som hade visat sig vara överdrivet optimistiska, dels på grund av en försämring av dess resultat och ekonomiska förutsättningar.
- 317 Det kan av detta svar konstateras att FedEx reviderade ned sina mål avseende marknadsandelar och omsättning för EES-marknaden för tjänster. Av detta följer att dessa påståenden som i skäl 611 i det omtvistade beslutet tillskrevs FedEx exakt motsvarar formuleringarna i FedEx svar av den 19 november 2012, till vilket UPS hade tillgång, i konfidentiell form, i samband med faktaskrivelsen.
- 318 Det ska även påpekas att de förklaringar från FedEx ledning som UPS har åberopat inte avsåg den relevanta marknaden, utan FedEx samtliga verksamheter med undantag för Förenta staterna. I motsats till vad UPS har gjort gällande, kan det konstateras att dessa förklaringar från FedEx ledning inom ramen för dess regelbundna sammanträffanden med investerarna varken motsäger eller vederlägger bevisvärdet av de uppgifter som kommissionen inhämtat och att de har till syfte att visa de svårigheter som FedEx har mött vid genomförandet av sin plan för organisk expansion.
- 319 UPS:s argument saknar således grund och kan inte godtas.
- *Skillnaden mellan FedEx respektive dess konkurrenters kostnader*
- 320 UPS har klandrat kommissionen för att, i skäl 545 i det omtvistade beslutet, ha angett att FedEx kostnader för upphämtning och leverans på medellång sikt hindrade detta bolag från att vara konkurrenskraftigt i förhållande till UPS. UPS har gjort gällande följande:
- Kommissionen har nöjt sig med att följa FedEx påståenden utan att granska de bakomliggande bevisuppgifterna.
 - Eftersom kostnaderna för upphämtning och leverans endast motsvarar en bråkdel av de relevanta kostnaderna inom EES, saknades det logiska skäl att granska dem separat trots att FedEx kostnader för luftfartstransport exempelvis troligen ligger närmare UPS:s motsvarande kostnader.
 - Den av kommissionen åberopade skillnaden i kostnader motsägs av att det förekommer 14 nationella marknader utan påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens.
- 321 Det ska emellertid erinras om att kommissionen, i skäl 545 i det omtvistade beslutet, konstaterade att FedEx, inom ramen för sin plan för organisk expansion av år 2011, började investera i nya infrastrukturer såsom sorteringsanläggningar, i syfte att öka sin totala kapacitet och uppnå en geografisk täckning och en nätverkstäthet som tillät det att minska sina kostnader. Trots dessa

investeringar, framgår det av FedEx svar av den 19 november 2012 att detta bolag förväntade sig att dess kostnader för upphämtning och leverans skulle förbli betydligt högre än dess konkurrenters.

- 322 I motsats till vad UPS har gjort gällande, framgår det av det omtvistade beslutet att kommissionens analys grundar sig på en rad uppgifter som gör det möjligt att bekräfta skillnaden mellan kostnaderna för behandling per enhet mellan FedEx och dess konkurrenter som naturligt kan följa av svagheten beträffande täckningen och tätheten i dess nätverk. Kommissionen har således grundat sig på för FedEx interna dokument som lämnades in som bilagor till dess svar av den 19 november 2012. Som framgår av skälen 535 och 536 i det omtvistade beslutet, har kommissionen vidare grundat sig på interna databaser avseende av FedEx avgivna kommersiella erbjudande och på anbudsförfrågningar på vilka det svarat, då dessa databaser gjort det möjligt att bedöma konkurrenskraften i FedEx priser i förhållande till dess konkurrenters.
- 323 Mot bakgrund av objektiva skillnader till karaktär och funktion mellan dessa båda typer av nätverk, förefaller det inte ologiskt för kommissionen att på detta sätt fokusera på PUD-nätverket i stället för på luftfartsnätverket för att belysa skillnaderna i konkurrenskraft mellan FedEx och dess konkurrenter. Den omständigheten att UPS har understrukit att dess kostnader för luftfartstransport troligen närmar sig FedEx sådana tycks för övrigt bekräfta denna bedömning.
- 324 Slutligen kan det konstateras att frågan om skillnader i kostnader mellan FedEx och dess konkurrenter endast utgör en av de faktorer som gör det möjligt att bedöma detta företags kapacitet och incitament att svara på en prishöjning av den enhet som skulle resultera av fusionen mellan UPS och TNT. Denna skillnad är inte en direkt orsak till konstaterandet av ett påtagligt hämmande, utan ett indicium som gör det möjligt att bedöma varför det var föga sannolikt att FedEx skulle utveckla sig i Europa på ett sådant sätt att det skulle motverka effekterna av koncentrationen mellan UPS och TNT inom kort tid. UPS:s argument att analysen av FedEx kostnader för upphämtning och leverans skulle motsägas av att det finns 14 nationella marknader utan påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens grundar sig följaktligen på en felaktig premiss.
- 325 Således kan UPS:s argument inte godtas.

– *FedEx planerade tillväxt i volym*

- 326 UPS har klandrat kommissionen för att, i skäl 614 i det omtvistade beslutet, ha avfärdat FedEx tillväxtprognoser, med motiveringen att det var svårt att med säkerhet förutse om bolagets utvecklingsstrategi skulle lyckas, utan att på djupet ha analyserat förutsättningarna för framgångarna med denna strategi.
- 327 UPS argument grundar sig emellertid på en felaktig tolkning av det omtvistade beslutet. Som ovan har angetts beträffande FedEx utveckling i Europa och kostnadsskillnaderna mellan FedEx och dess konkurrenter, gjorde kommissionen en fördjupad analys av de sannolika effekterna av genomförandet av planen för FedEx expansion och FedEx incitament att fullfölja, eller till och med påskynda, sina expansionsplaner till följd av koncentrationen mellan UPS och TNT, på grundval av dokument från FedEx som UPS kunde ha fått tillgång till eller som det faktiskt hade tillgång till under det administrativa förfarandet, om än i begränsad form.
- 328 Detta argument kan således inte godtas.

– *Länder som inte var föremål för den första fasen i FedEx expansionsplaner*

- 329 UPS har kritiserat kommissionen för att, i skäl 613 i det omtvistade beslutet, ha konstaterat att FedEx hade beslutat att i sin första expansionsfas inte inkludera vissa länder (såsom Bulgarien), på grund av att det saknades en tillräckligt utvecklad infrastruktur. I brist på kontrollerbara bevisuppgifter och då UPS inte getts möjlighet att under det administrativa förfarandet yttra sig över denna "första fas", borde inte denna analys ha inkluderats i det omtvistade beslutet.
- 330 UPS har, genom detta argument, nöjt sig med att kritisera de faktiska uppgifter som nämns i punkt 613 i det omtvistade beslutet, med motiveringen att det grundar sig på bevisuppgifter som den anger sig inte ha haft full tillgång till. Dessa uppgifter om de olika faserna i FedEx expansionsplan meddelades UPS i faktaskrivelsen och i form av tabeller som utgör bilagor till denna. Visserligen bortredigerades de flesta sifferuppgifterna, på grund av deras konfidentiella karaktär. Vissa av dem ersattes dock av indikationer i form av skillnader i värde som gjorde det möjligt att få tillgång till en storleksordning. I faktaskrivelsen angavs således att FedEx inte hade några planer på att öppna en ny sorteringsanläggning i Bulgarien under de närmast två åren och inte heller öka sin behandlingskapacitet.
- 331 Kommissionen har tillagt att FedEx planer sedermera var reducerade i förhållande till de ursprungliga planerna och gav sifferindikationer i detta hänseende. Även om dessa uppgifter var i form av skillnader, är de tillräckligt precisa för att tillåta UPS att uppfatta deras innehåll. I övrigt har UPS:s argument inte styrkts av någon rättslig eller faktisk omständighet som gör det möjligt att anse att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse som kan medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen. Under dessa omständigheter kan UPS:s argument inte godtas.

– *Destinationer som omfattas av FedEx tjänster*

- 332 UPS har bestritt kommissionens bedömning, i skäl 1008 i det omtvistade beslutet, att FedEx, på grund av det låga antal destinationer som omfattades av dess tjänster, inte kunde komma att utöva ett betydande konkurrenstryck på den enhet som skulle bildas genom koncentrationen mellan UPS och TNT. Denna bedömning är enligt UPS felaktig. Kommissionen har underlåtit att beakta FedEx planer, enligt vilka det, redan 2015, avsåg omfatta fler kommersiella adresser inom EES än UPS.
- 333 Det kan emellertid konstateras att UPS:s argument begränsar sig till att göra gällande en felaktig bedömning i "bland annat" skäl 1008 i det omtvistade beslutet, utan att ange vilka andra skäl som också skulle vara behäftade med sådana fel. Bortsett från denna otydlighet, har UPS inte angett någon rättslig eller faktisk omständighet som visar att skäl 1008 i det omtvistade beslutet är behäftat med något fel som kan leda till antagandet att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten som kan medföra ansvar för unionen. Detta argument kan således inte godtas.

– *Analys per land*

- 334 UPS anser att den analys per land som kommissionen gjorde, i avsnitt 7.11 i det omtvistade beslutet, inte gör det möjligt att fastställa att FedEx inte har utövat ett effektivt konkurrenstryck i ett visst land. Kommissionen begränsade sig, enligt UPS, till några konstateranden som var otillräckligt formulerade på grund av deras vaga eller ytliga karaktär och som under alla omständigheter var felaktiga. UPS har som exempel nämnt analysen av Sverige, för vilket

bedömningen i det omtvistade beslutet motsägs av den omständigheten att FedEx, enligt alla prognoser som vid den tidpunkten fanns tillgängliga, år 2015 avsåg nå en täckningsandel och en marknadsandel som översteg TNT:s.

335 Det kan emellertid konstateras att avsnitt 7.11 i det omtvistade beslutet, i motsats till vad UPS har gjort gällande, innehåller en detaljerad och omfattande analys av samtliga relevanta uppgifter på grundval av vilken kommissionen kunde konstatera att det förelåg ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens. Det exempel på prognoser som FedEx har angett beträffande den svenska marknaden kan, under alla omständigheter, inte vederlägga kommissionens konstaterande avseende en mångfald av nationella marknader när det gäller den relativa svagheten i det konkurrenstryck som FedEx skulle utöva på DHL och på den enhet som skulle utgöras av UPS och TNT. UPS:s argument begränsar sig till en vag och allmän kritik av denna analys. I avsaknad av någon faktisk eller rättslig omständighet som gör det möjligt att anse att denna analys är felaktig och att det därmed kan antas att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten som kan medföra ansvar för unionen, kan detta argument inte godtas.

d) Slutsatserna avseende de påstådda rättsstridigheterna

336 Av detta följer att det, bland alla de påstådda rättsstridigheterna, endast är den som avser att den ekonometriska modellen inte har meddelats som är tillräckligt klar för att kunna medföra utomobligatoriskt ansvar för unionen.

3. Orsakssamband

337 UPS har i huvudsak gjort gällande att kommissionen inte borde ha förbjudit den planerade transaktionen. Efter FedEx förvärv av TNT, har UPS anfört att det inte längre kunde anmäla denna transaktion. Det ankommer således, i förevarande mål, på UPS att styrka att handlingarna i det administrativa förfarandet utgjorde hinder för kommissionen för att förklara transaktionen mellan UPS och TNT oförenlig med den gemensamma marknaden. Ett krav på att UPS ska visa att kommissionen skulle ha antagit ett beslut om att transaktionen var förenligt med den gemensamma marknaden skulle innebära en omöjlig bevisbörda för UPS.

338 UPS anser sig ha rätt till ersättning för hela den skada som det åsamkats till följd av antagandet av det omtvistade beslutet. Denna ersättning skulle omfatta de kostnader som bolaget inte skulle ha haft om detta beslut inte hade antagits och den uteblivna vinst som följer av detta och vars belopp det anser uppgå till 1 638 miljoner euro, efter skatt, vilket motsvarar nettovärdet av synergierna av den planerade transaktionen.

339 UPS har gjort gällande att det hade en avtalsmässig skyldighet att ersätta TNT enligt en hävningsklausul, vilken är vanlig i affärslivet. UPS har erinrat om att dess bud inte kunde genomföras, eftersom det suspensiva villkoret avseende kommissionens godkännande av denna koncentration inte var uppfyllt. UPS har således behövt betala en hävningsersättning till TNT på 200 miljoner euro, med en nettokostnad, efter skatt, på 131 miljoner euro. Vidare ska ett avdrag göras på värdet av den påstådda skadan med 29 miljoner euro för undvikna transaktionskostnader.

340 UPS har angett att de haft juridiska kostnader på 3 708 813,61 euro för sin intervenering i kontrollförfarandet avseende koncentrationen mellan FedEx och TNT, det vill säga en förlust efter skatt på 2,4 miljoner euro.

- 341 Det ska erinras om att det villkor avseende ett orsakssamband som fastställs i artikel 340 andra stycket FEUF rör förekomsten av ett direkt orsakssamband mellan unionsinstitutionernas handlande och skadan, på så sätt att det påtalade handlandet är den avgörande orsaken till skadan. Det ankommer på sökanden att visa förekomsten av ett sådant samband (dom av den 13 december 2018, Europeiska unionen/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punkt 52).
- 342 UPS har gjort gällande tre olika skador för vilka det har yrkat ersättning på grund av omöjligheten att fullfölja den planerade transaktionen, nämligen för det första kostnaderna i samband med dess deltagande i kontrollförfarandet avseende transaktionen mellan FedEx och TNT, för det andra betalningen till TNT av en avtalad hävningsersättning och för det tredje den uteblivna vinsten. UPS har i huvudsak gjort gällande att de rättsstridigheter som den anser föreligger utgör den direkta orsaken till dessa tre skador.
- 343 Vad gäller, för det första, UPS:s deltagande i kontrollförfarandet avseende transaktionen mellan FedEx och TNT, är det uppenbart att detta är en följd av bolagets fria val. Det rör sig inte om en direkt konsekvens av det omtvistade beslutet eller, än mindre, om ett åsidosättande av dess processuella rättigheter. Således kan varken ett åsidosättande av dess processuella rättigheter eller de övriga överträdelser som det har gjort gällande anses vara den avgörande orsaken till den materiella skadan genom bolagets kostnader vid dess deltagande i förfarandet avseende transaktionen mellan FedEx och TNT. Således kan inte yrkandet om ersättning för denna skada bifallas.
- 344 Vidare, beträffande hävningsersättningen, är det ostridigt att betalningen av denna ersättning har sitt ursprung i en avtalad skyldighet som följer av villkoren i fusionsavtalet mellan UPS och TNT av den 19 mars 2012 (bilaga C.3 till repliken).
- 345 Det framgår nämligen att det i detta avtal (klausul i punkt 4.3.b i antalet) föreskrevs satt UPS offentliga bud på TNT:s andelar hade antagits med ett suspensivt villkor avseende ett positivt beslut av kommissionen. Om detta villkor inte uppfylldes, ankom det på UPS att meddela detta. Ett icke-uppfyllande av detta suspensiva villkor utgjorde även ett skäl för uppsägning av fusionsavtalet (klausul i punkt 15.1.c i avtalet), som tillät TNT att, vid en första begäran, från UPS erhålla en hävningsersättning på 200 miljoner euro (klausul i punkt 16 i avtalet) efter att ha delgett detta bolag sin uppsägning av avtalet.
- 346 Detta avtalade åtagande följer av parternas vilja att, enligt deras fria bedömning, fördela risken för att den planerade transaktionen inte skulle få ett förhandsgodkännande av kommissionen, en risk som domstolen har erinrat om finns i samtliga kontrollförfaranden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 203).
- 347 Domstolen har emellertid redan slagit fast att skador till följd av kontraktuella åtaganden som fritt har avtalats av mottagaren av ett beslut av kommissionen inte kan utgöra den huvudsakliga orsaken till en skada som följer av rättsstridigheter som detta beslut är behäftat med (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, kommissionen/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 205).
- 348 När ett beslut om betalning av böter är förenat med möjligheten att ställa säkerhet för att garantera betalningen av böter och dröjsmålsränta, i väntan på utgången av en talan mot beslutet i fråga, är skadan i form av kostnaderna för säkerheten på samma sätt inte en följd av beslutet utan av den berörda personens eget val att ställa en säkerhet hellre än att omedelbart uppfylla sin

återbetalningsskyldighet. Domstolen har under sådana omständigheter slagit fast att det saknades ett direkt orsakssamband mellan uppträdandet och skadan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 februari 2013, Inalca och Cremonini/kommissionen C-460/09 P, EU:C:2013:111, punkterna 118 och 120, dom av den 21 april 2005, Holcim (Deutschland)/kommissionen, T-28/03, EU:T:2005:139, punkt 123, och beslut av den 12 december 2007, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen, T-113/04, ej publicerat, EU:T:2007:377, punkt 38).

- 349 Denna lösning är tillämplig när den påstådda skadan, under analoga omständigheter, inte är en följd av ställandet av bankgarantin, utan av upprätthållandet av denna, eftersom en sådan skada följer av bolagets fria val att inte återkalla denna garanti trots de ekonomiska konsekvenser som detta innebär (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2018, Europeiska unionen/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, punkt 59).
- 350 Eftersom UPS betalning av en hävningsersättning på 200 miljoner euro till förmån för TNT följer direkt av avtalet mellan dessa båda bolag, har det inte styrkts att åsidosättandet av UPS processuella rättigheter eller de övriga av detta bolag påstådda överträdelserna utgör den avgörande orsaken till denna skada. Således kan yrkandet om ersättning för denna skada inte bifallas.
- 351 Vad slutligen avser skadan beträffande utebliven vinst till följd av omöjligheten att genomföra den planerade transaktionen, har UPS, till följd av tribunalens skriftliga och muntliga frågor, preciserat att denna skada motsvarar nettovärdet av de synergier som bolaget hoppades kunna genomföra genom denna transaktion eller, åtminstone, förlusten av en möjlighet att genomföra sådana synergier.
- 352 Kommissionen har gjort gällande att argumentet avseende förlust av en möjlighet inte kan tas upp till sakprövning och anfört att ansökan inte grundade sig på ett sådant påstående, utan på bolagets övertygelse om att ha blivit frångått vinster som skulle ha följt av de förväntade synergier.
- 353 Som framgår av ansökan, har sökandebolaget gjort gällande att det, i avsaknad av en eller flera av de påstådda överträdelserna, skulle ha förvärvat TNT och ha konkretiserat fördelarna med transaktionen. Bolaget har således gjort gällande en skada motsvarande 1 638 miljoner euro ”som återspeglar nettovärdet efter skatt av de förlorade kostnadssynergier till följd av förbudet av transaktionen”. Sökandebolagets yrkande om ersättning grundar sig således på övertygelsen att dessa rättsstridigheter med vilka det omtvistade beslutet är behäftat har hindrat bolaget att förvärva TNT inom ramen för den aktuella transaktionen. Detta yrkande ska tolkas så att dess föremål inte är förlusten av en möjlighet att ingå nämnda transaktion, utan en ersättning för förlusten av vissa kostnadssynergier. Detta påverkas inte av den omständigheten att sökandebolaget, som svar på tribunalens frågor, har angett att yrkandet om skadestånd på sätt och vis inkluderade en förlust av möjlighet. Denna nya skadepunkt har åberopats för sent och ska därför avvisas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punkt 210).
- 354 Beträffande den materiella skadan avseende utebliven vinst för vilken UPS har yrkat ersättning, är den avgörande frågan huruvida åsidosättandet av UPS:s processuella rättigheter utgör orsaken till denna skada.
- 355 Det kan emellertid inte presumeras att koncentrationen, om UPS:s processuella rättigheter inte hade åsidosatts, skulle ha förklarats förenlig med unionsrätten. Bedömningen av huruvida det föreligger ett orsakssamband kan inte utgå ifrån den felaktiga premissen att institutionen, om

- den rättsstridiga rättsakten aldrig hade antagits, skulle ha avstått från att handla eller antagit en rättsakt av motsatt innebörd, vilket för den berörda institutionen också hade kunnat utgöra ett rättsstridigt handlande. Bedömningen ska i stället ske genom en jämförelse mellan den situation som uppstått för berörd tredje man till följd av vållandet och den situation som skulle ha uppstått för denne om institutionen hade iakttagit gällande rätt (dom av den 11 juli 2007, Schneider Electric/kommissionen, T-351/03, EU:T:2007:212, punkt 264).
- 356 Att den omständigheten att den ekonometriska modellen inte hade meddelats har medfört en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet innebär således inte att kommissionen, om denna rättsstridighet inte hade förelegat, skulle ha haft en skyldighet att förklara transaktionen mellan UPS och TNT förenlig med den gemensamma marknaden.
- 357 När ett åsidosättande av rätten till försvar påverkar ett beslut om att förklara en koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden, kan det inte antas att den anmälda koncentrationen uttryckligen eller underförstått skulle ha förklarats förenlig i avsaknad av denna överträdelse. Det som ska bedömas är i stället vilken påverkan på beslutets innebörd som det påvisade felet kan ha haft. För att avgöra huruvida det föreligger ett tillräckligt klart orsakssamband mellan den påvisade överträdelsen och den påstådda skadan ska det således bedömas vilka konsekvenser åsidosättandet av rätten till försvar har haft för återstoden av förfarandet för kontroll av koncentrationen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2007, Schneider Electric/kommissionen, T-351/03, EU:T:2007:212, punkterna 266 och 268).
- 358 I förevarande mål har sökandebolaget, även om de påstådda fel i utformningen av den ekonometriska modellen som konstaterats hade kunnat bidra till att försvaga bevisvärdet av denna, varken styrkt eller lämnat uppgifter som skulle kunna göra det möjligt för domstolen att, med erforderlig säkerhet, dra slutsatsen att dessa fel räckte för att ogiltigförklara hela den ekonomiska analysen av transaktionen mellan UPS och TNT och fastställandet att det förelåg ett påtagligt hämmande av en effektiv konkurrens. Vidare grundar sig kommissionens beslut att inte tillåta den planerade koncentrationen, liksom framgår av punkterna 216–226 ovan, på en ekonomisk analys av flera omständigheter och inte bara på analysen genom den ekonometriska modell som använts. Det kan således inte fastställas att detta åsidosättande av rätten till försvar hade en avgörande inverkan på utgången av kontrollförfarandet avseende den planerade transaktionen.
- 359 Utöver de ovannämnda övervägandena, ska det erinras om att ett beslut om oförenlighet i alla händelser är underställt unionsdomstolens prövning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, kommissionen/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkt 203).
- 360 I artikel 10.5 i förordning nr 139/2004 föreskrivs att om domstolen meddelar en dom som ogiltigförklarar ett beslut av kommissionen ska kommissionen undersöka koncentrationen på nytt i syfte att fatta ett beslut enligt artikel 6.1. Denna mekanism säkerställer således att det företag som har anmält en koncentration, genom verkställandet av domstolsbeslutet uppnår en ny bedömning av den anmälda koncentrationen. Denna transaktion kan emellertid inte genomföras utan att först kontrolleras av kommissionen.
- 361 Om det företag som har anmält en koncentration avstår från koncentrationen utan att invänta ett nytt beslut av kommissionen efter det att förfarandet har återupptagits, är detta avstående den direkta orsaken till att transaktionen överges och till de materiella konsekvenser som detta kan medföra. Detta var den situation som låg till grund för domen av den 16 juli 2009,

kommission/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459). I det målet föredrog det bolag som anmält en koncentration, efter att ha uppnått tribunalens ogiltigförklaring av ett beslut om att koncentrationen inte var förenlig med den gemensamma marknaden, att avstå från den planerade koncentrationen, innan det återupptagna förfarandet var avslutat. Domstolen slog således fast att den direkta orsaken till den återopade skadan avseende förlust från överlåtelse efter ogiltigförklaringen av ett negativt beslut och ett beslut om separation var ett beslut av det bolag som hade anmält koncentrationen att låta det faktiska genomförandet av överlåtelsen ske på grund av att bolaget befarade att det återupptagna förfarandet inte skulle leda fram till att kommissionen antog ett beslut om att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, kommissionen/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, punkterna 202–205).

- 362 I förevarande mål borde kommissionen, enligt artikel 10.5 i förordning nr 139/2004, efter ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet, ha återupptagit kontrollförfarandet avseende transaktionen mellan UPS och TNT och, med tillämpning av domen av den 7 mars 2017, United Parcel Service/kommissionen (T-194/13, EU:T:2017:144), meddela UPS den ekonometriska modell som den avsåg att använda för att kvantifiera koncentrationens förutsebara effekt på priserna. Det krävdes dock att kommissionen fortfarande hade behörighet att kontrollera den anmälda transaktionen. I avsaknad av en verklig koncentration har den nämligen inte behörighet att anta ett beslut enligt förordning nr 139/2004 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 september 2004, MCI/kommissionen, T-310/00, EU:T:2004:275, punkt 96).
- 363 Fusionsavtalet medförde emellertid inte bara en skyldighet för UPS att meddela ett negativt beslut av kommissionen som utgjorde hinder för uppfyllandet av det suspensiva villkoret för budet. Dessutom föreskrevs i detta avtal (klausul i punkt 2.10 b i avtalet) att UPS i ett sådant hypotetiskt fall, inom ramen för sin handlingsfrihet och med förbehåll för ett godkännande av den nederländska finansmarknadsmyndigheten, kunde förlänga sitt bud en eller flera gånger för en period som parterna ansåg vara rimligen nödvändig för att det suspensiva villkoret om en förklaring av kommissionen att koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden skulle uppfyllas. Fusionsavtalet gav således UPS en möjlighet att, om det så önskade, förlänga sitt bud på TNT i händelse av en förklaring om att koncentrationen inte var förenligt med den gemensamma marknaden.
- 364 UPS meddelade, genom pressmeddelande av den 14 januari 2013, att det hade informerats av kommissionen om denna institutions avsikt att förbjuda den planerade transaktionen. UPS rapporterade i sitt pressmeddelande uttalandena från dess främsta företagsledare, som på ett entydigt sätt angav att hon hade fattat beslutet att avstå från den planerade transaktionen. UPS har, efter antagandet av det omtvistade beslutet, i ett andra pressmeddelande av den 30 januari 2013, meddelat dels att dess bud på TNT hade återkallats, dels att de båda bolagen hade beslutat att avsluta deras fusionsavtal.
- 365 Mot denna bakgrund kan det konstateras att UPS avstod från att förvärva TNT redan den 14 januari 2013, det vill säga mer än två år innan FedEx meddelade att det lagt ett bud på TNT. De faktiska omständigheterna visar även att UPS aldrig har ändrat sig beträffande detta avstående. UPS har inte lagt något nytt bud på TNT efter det omtvistade beslutet, eller reagerat på FedEx bud genom att lägga ett konkurrerande bud. Även om det antas att den rättsstridighet som kommissionen gjorde sig skyldig till vid antagandet av det omtvistade beslutet medförde en utebliven vinst för UPS, fick således den omständigheten att detta bolag avstod från den planerade koncentrationen så snart det omtvistade beslutet meddelades till följd att varje direkt samband mellan denna rättsstridighet och den påstådda skadan bröts.

- 366 UPS har emellertid gjort gällande att det, när tribunalen ogiltigförklarade det omtvistade beslutet, var för sent att lägga ett nytt bud, eftersom FedEx under tiden hade förvärvat TNT. UPS anser att domstolsförfarandet inte är anpassat för granskning av beslut på området kontroll av koncentrationer.
- 367 Den omständigheten att ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet inträffade efter FedEx förvärv av TNT har emellertid ingen inverkan på det påstådda orsakssambandet mellan den konstaterade rättsstridigheten i processuellt hänseende och den påstådda skadan. Utöver den omständigheten att UPS har avstod från sin plan på att förvärva TNT mer än två år innan FedEx meddelade sitt bud på TNT och aldrig lade något konkurrerande bud, ska det understrykas att UPS, mot bakgrund av skadeståndstälans självständiga karaktär, inte hade någon skyldighet att först väcka talan om ogiltigförklaring.
- 368 Vidare gjorde UPS, vid förhandlingen, gällande att det var omöjligt för det att fullfölja koncentrationen med TNT efter kommissionens vägran, mot bakgrund av den nederländska lagstiftningen på området uppköpserbjudanden. Det ska emellertid påpekas att UPS:s argument på denna punkt inte har styrkts, då UPS inte har gett in någon nationell lagtext till stöd för detta och således inte gör det möjligt att fastställa någon skyldighet att, oberoende av dess vilja, avstå från koncentrationen med TNT.
- 369 Beträffande den kritik som UPS har framfört mot unionens domstolssystem i allmänhet och effektiviteten av dess rättsmedel på området kontroll av koncentrationer i synnerhet, grundar sig denna inte på några rättsliga argument. I den mån denna kritik kan förstås som ett bestridande av lagligheten i det system för rättsmedel som organiseras genom FEUF, på grund av att det inte gör det möjligt att garantera bolaget ett effektivt rättsmedel i den mening som avses i artikel 47 i stadgan, räcker det att erinra om att den omständigheten att sökandebolaget eventuellt inte kan bevisa att unionsinstitutionerna har handlat rättsstridigt, att de har lidit skada eller att det föreligger ett orsakssamband mellan handlandet och skadan inte betyder att sökandebolaget har berövats ett verksamt rättsligt skydd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 2006, Reynolds Tobacco m.fl./kommissionen, C-131/03 P, EU:C:2006:541, punkt 84).
- 370 Vidare ankommer det endast på medlemsstaterna att besluta om nödvändiga ändringar av det system för rättsmedel som stadgas i fördraget, eftersom detta inte omfattas av den behörighet som unionsdomstolarna har tilldelats genom fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/rådet, C-50/00 P, EU:C:2002:462, punkterna 44 och 45, samt beslut av den 24 november 2016, Petraitis/kommissionen, C-137/16 P, ej publicerat, EU:C:2016:904, punkt 24).
- 371 Av dessa omständigheter följer att det inte har styrkts att ett åsidosättande av UPS processuella rättigheter eller de övriga av detta bolag påstådda överträdelserna var den avgörande orsaken till dess påstådda uteblivna vinst. Således kan inte yrkande om ersättning för denna skada bifallas.
- 372 Mot bakgrund av det ovan anförda ska talan ogillas i dess helhet.

IV. Rättegångskostnader

- 373 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande rättegångsdeltagare förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 135.2 i rättegångsreglerna får tribunalen emellertid förplikta en rättegångsdeltagare, även om denna vunnit målet, att helt eller delvis ersätta rättegångskostnaderna, om detta framstår som befogat på grund av deltagarens uppträdande, inbegripet vid tiden före det att talan väcktes, i synnerhet om tribunalen finner att denne i onödan eller mot bättre vetande har vållat en annan rättegångsdeltagare kostnader.
- 374 Enligt rättspraxis bör artikel 135.2 i rättegångsreglerna tillämpas när någon av unionens institutioner eller byråer genom sitt handlande har främjat uppkomsten av en tvist (dom av den 8 juli 2015, *European Dynamics Luxembourg m.fl./kommissionen*, T-536/11, EU:T:2015:476, punkt 391 (ej publicerad), och dom av den 23 april 2018, *CRM/kommissionen*, T-43/15, ej publicerad, EU:T:2018:208, punkt 105). Kommissionen har, i förevarande mål, genom att underlåta att meddela den slutliga versionen av den ekonometriska modell som använts till stöd för det omtvistade beslutet, försatt UPS i en situation som inte gjort det möjligt för detta bolag att förstå den metod på vilken kommissionen grundade sin bedömning för att kvantifiera den planerade koncentrationens förutsebara effekter på prisnivån. Efter att ha uppnått en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, har UPS väckt förevarande talan i syfte att uppnå ersättning för den skada som den anser sig ha åsamkats. UPS har, även om det har tappat målet, visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av bolagets processuella rättigheter. Mot denna bakgrund ska kommissionen, enligt artikel 135.2 i rättegångsreglerna, förpliktas att bära sina rättegångskostnader och ersätta en tredjedel av de rättegångskostnader som uppkommit för UPS. UPS ska förpliktas att bära två tredjedelar av sina rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.**
- 2) Europeiska kommissionen ska bära sina rättegångskostnader och ersätta en tredjedel av de rättegångskostnader som uppkommit för United Parcel Service, Inc.**
- 3) United Parcel Service ska bära två tredjedelar av sina rättegångskostnader.**

Papasavvas

da Silva Passos

Reine

Truchot

Sampol Pucurull

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 23 februari 2022.

Underskrifter

Innehållsförteckning

I.	Bakgrund till tvisten	2
II.	Förfarandet och parternas yrkanden	3
III.	Rättslig bedömning	4
A.	Huruvida vissa grunder och argument kan tas upp till prövning och viss bevisning kan tillåtas	4
1.	Huruvida UPS:s argument är osammanhängande	4
2.	Åsidosättande av artikel 76 d i rättegångsreglerna	5
a)	Huruvida UPS argument avseende åsidosättande av processuella rättigheter kan tas upp till prövning	6
b)	Huruvida UPS argument avseende en felaktig bedömning av koncentrationens effekter på priserna kan tas upp till prövning	6
1)	Punkterna 34–37 i ansökan	6
2)	Hänvisningen till bilaga A.12 till ansökan	7
3)	Hänvisningen till bilagorna A.8 och A.9 till ansökan och till bilagorna C.1 och C.2 till repliken	7
4)	Punkt 84 i ansökan	8
c)	Huruvida UPS:s argument om en felaktig bedömning av effektivitetsvinsterna kan tas upp till prövning	9
1)	Punkt 46 i ansökan	9
2)	Hänvisningen till bilaga C.6 till repliken	9
3)	Hänvisningen till bilagorna C.7 och C.37 till repliken	10
3.	Åsidosättande av artikel 85 i rättegångsreglerna	11
a)	Huruvida bilagorna C.6, C.7 och C.37 till repliken ska tillåtas	11
b)	Huruvida de rapporter från ekonometriexperten som kommissionen har gett in ska tillåtas	12
B.	Prövning i sak	13
1.	Villkoren för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt ansvar	13
2.	Det påstådda rättsstridiga handlandet	14

a) Åsidosättandet av UPS:s processuella rättigheter	15
1) Avsaknad av meddelande om vilken ekonometrisk modell som använts	15
2) Den omständigheten att kriterierna för bedömningen av effektivitetsvinster inte har meddelats	20
3) Den omständigheten att vissa konfidentiella handlingar från FedEx inte har delgetts	23
i) Tillgång till de interna konfidentiella handlingar från FedEx som fogades till akten den 10 augusti 2012	26
ii) Tillgång till de handlingar som FedEx lämnade in den 9 och 15 november 2012	28
b) Huruvida motiveringsskyldigheten har åsidosatts	29
c) Huruvida det föreligger en felaktig bedömning av den planerade transaktionen . . .	31
1) Bedömningen av koncentrationens effekter på priserna	31
i) Huruvida vissa uppgifter från FedEx inte har beaktats	31
ii) Huruvida det skett en felaktig utformning av kommissionens ekonometriska modell	32
2) Effektivitetsvinster	37
i) Inledande anmärkningar	37
ii) Bedömningen av de av UPS påstådda effektivitetsvinsterna	38
– Luftfartsnätverket och marktjänsterna i Europa (fjärde året)	39
– De administrativa kostnaderna	39
– Den transatlantiska luftfarten	40
– Transporten för tredjeparts räkning	41
– Vägtransporter med direktanslutna nät	41
– Anläggningarna	43
– PUD-nätverket	43
– Tillhandahållande av externa tjänster	46
3) Skillnaden i behandling i förhållande till transaktionen mellan FedEx och TNT	47
4) FedEx ställning	49

i) Den konkurrensmässiga närheten mellan FedEx och UPS	49
ii) FedEx expansionsplaner	51
– FedEx utveckling i Europa	51
– Skillnaden mellan FedEx respektive dess konkurrenters kostnader	52
– FedEx planerade tillväxt i volym	53
– Länder som inte var föremål för den första fasen i FedEx expansionsplaner	54
– Destinationer som omfattas av FedEx tjänster	54
– Analys per land	54
d) Slutsatserna avseende de påstådda rättsstridigheterna	55
3. Orsakssamband	55
IV. Rättegångskostnader	61