

## Förhørsombudets slutrapport <sup>(1)</sup>

### UPS/TNT Express

(COMP/M.6570)

(2014/C 137/04)

#### I. BAKGRUND

1. Europeiska kommissionen mottog den 15 juni 2012 en anmälan om en föreslagen koncentration enligt artikel 4 i koncentrationsförordningen <sup>(2)</sup> genom vilken UPS, på det sätt som avses i artikel 3.1 b, förvärvar fullständig kontroll över TNT genom ett uppköpserbjudande enligt nederländsk lag. (UPS och TNT kallas nedan *parterna*.) Kommissionen inledde den 20 juli 2012 ett förfarande enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen.

#### II. SKRIFTLIGT FÖRFARANDE

##### Meddelande om invändningar

2. Ett meddelande om invändningar riktades till UPS den 19 oktober 2012. UPS fick då tio arbetsdagar på sig att lämna ett skriftligt svar. I meddelandet om invändningar visade kommissionens preliminära slutsatser på att den anmälda koncentrationen skulle ge upphov till farhågor beträffande konkurrensen på marknaderna för internationella expressleveranstjänster av mindre paket inom EES i 29 EES-länder.

##### Tillgång till handlingar i ärendet

3. UPS gavs tillgång till handlingarna i ärendet via cd-romskivor den 22, 26 och 29 oktober, den 28 november, den 13 och 21 december 2012 samt den 17 januari 2013. Dessutom anordnades två datarum i ärendet. Det ena, som gällde ett urval av utdrag ur interna presentationer och svar på förfrågningar om information från FedEx, ägde med FedEx samtycke rum den 26 och 29 oktober 2012 och tre externa UPS-ombud deltog. Det andra, som gällde uppgifter om anbudsförfaranden, ägde rum den 26 oktober 2012 och UPS ekonomiska rådgivare deltog.

4. Den 25 oktober 2012 begärde UPS ytterligare tillgång till handlingarna. Som svar på begäran tillhandahöll GD Konkurrens dels mindre redigerade versioner av dokument och gav UPS tillgång till dem via dess externa ombud i ett datarum, dels avslogs begäran. Kort därefter hänvisade UPS saken till mig. UPS begärde ytterligare tillgång till FedEx interna presentationer med information om företagets expansionsplaner i Europa, som UPS externa ombud hade sett utdrag av i datarummet. UPS hävdade att man hade en "otvetydig rätt" att granska alla dokument som FedEx lämnat in utan revisioner, eftersom FedEx hade spelat en nyckelroll i utredningen och nästan agerat som "målsägare" och som "huvudbevisning" mot den föreslagna transaktionen. Enligt UPS skulle man genom att få tillgång till dokumenten kunna bilda sig en bättre uppfattning av FedEx invändningar mot den föreslagna transaktionen och bedöma hållbarheten i FedEx inlämnade dokumentation utifrån annan bevisning i ärendets handlingar och offentliga uppgifter.

5. Jag avslog UPS begäran av följande skäl: För det första har inte UPS någon "otvetydig rätt" att se alla FedEx dokument som ingår i kommissionens handlingar utan redigering på grund av att FedEx skulle ha en särskild ställning i förfarandet. Reglerna för tillgång till handlingarna i ärendet varierar inte beroende på en informationslämnarens ställningstagande i ett förfarande. För det andra hade UPS fått full tillgång via cd-romskivor eller datarumsförfaranden till den information som var till nackdel för företaget och som kommissionen utgick från i meddelandet om invändningar. För det tredje verkade den redigerade informationen bestå av mycket känsliga affärshemligheter och UPS hade inte visat att tillgång till informationen behövdes för att man skulle kunna utöva sin rätt till försvar, i enlighet med artikel 8.4 i beslut 2011/695/EU. Slutligen fann jag inte – såsom UPS hävdade – att innehållet i de redigerade dokument som FedEx lämnat in skulle vara oförenliga med kommissionens slutsatser i meddelandet om invändningar vad avser FedEx expansionsplaner.

<sup>(1)</sup> I enlighet med artiklarna 16 och 17 i beslut av Europeiska kommissionens ordförande av den 13 oktober 2011 om förhørsombudets funktion och kompetensområde i vissa konkurrensförfaranden, EUT L 275, 20.10.2011, s. 29 (nedan kallat "beslut 2011/695/EU").

<sup>(2)</sup> Rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 29.1.2004, s. 1).

6. Eftersom kommissionens handlingar i ärendet inte innehöll beskrivningar av de icke tillgängliga interna presentationerna begärde jag dock att FedEx skulle motivera sin begäran om konfidentiell behandling och lämna sammanfattningar av den redigerade informationen, så att UPS skulle få en bättre möjlighet att utöva sin rätt till försvar.

7. UPS begärde även full insyn i andra FedEx-dokument. Eftersom den anmälade parten fått mindre redigerade versioner av vissa av dem från GD Konkurrens innan begäran hade behandlats av mig, bedömde jag dock att denna begäran redan hade uppfyllts. För andra dokument hänvisade jag i enlighet med artikel 3.7 i beslut 2011/695/EU saken till GD Konkurrens, eftersom UPS inte hade tagit upp den där först.

### Tredje man

8. Tre av de samgående företagens konkurrenter, dvs. DHL, FedEx och GeoPost, och en flygplats, dvs. Liège flygplats, påvisade "tillräckligt intresse" enligt artikel 18.4 i koncentrationsförordningen och fick därmed möjlighet att skriftligen och muntligen yttra sig som tredje man.

#### Bättre information

9. DHL och FedEx påtalade att den redigerade versionen av meddelandet om invändningar de mottagit var så redigerat att de inte kunde förstå koncentrationsförhandlingens art och föremål i full utsträckning. I synnerhet DHL ansökte om att få tillgång till de avsnitt i meddelandet om invändningar som innehöll analyser av effektivitetsvinster, priskoncentration och uppgifter om anbudsförhandlen.

10. GD Konkurrens avtog dessa klagomål utifrån bestämmelsen att tredje man får informeras efter dess eget godkännande så länge de lagstadgade minimikraven uppfylls.

#### Tillgång till svaret på meddelandet om invändningar

11. I förberedelse för det muntliga hörandet begärde FedEx tillgång till en icke konfidentiell version av UPS svar på meddelandet om invändningar, då det väntade sig att en del av UPS synpunkter skulle fokusera på FedEx särskilda ställning i förhandlet.

12. Jag avtog denna begäran och påpekade att tredje man varken enligt tillämplig lag eller enligt kommissionens bästa praxis har rätt att ta del av den anmälade partens svar på meddelandet om invändningar. Vidare har kommissionen tillgång till alla nödvändiga utredningsmässiga och andra medel för att fastställa bevisvärdet för all mottagen information. Det muntliga hörandet är alltså varken det enda eller nödvändigtvis det lämpligaste forumet för att bedöma tredje mans trovärdighet. Eftersom UPS tog upp frågan om trovärdighet i sin presentation vid det muntliga hörandet informerades dessutom FedEx om UPS främsta argument och fick tillfälle att bemöta dem.

### III. MUNTligt FÖRFARANDE

13. Den anmälade parten begärde ett muntligt hörande, som ägde rum den 12 november 2012. Vid hörandet genomfördes tre sessioner bakom lyckta dörrar. Två av dem berörde UPS presentation av effektivitetsvinster och analysen av priskoncentration. Den tredje gällde FedEx presentation av dess europeiska verksamhets storlek och omfattning. För den anmälade parten deltog samma externa ombud som i datarummet den 26 och 29 oktober 2012.

14. UPS begärde även att ytterligare en presentation skulle hållas bakom lyckta dörrar. Den tog upp den möjliga orsaken till skada, där en representant för TNT skulle diskutera kundbeteende utifrån landsspecifika fallstudier. Jag avtog begäran eftersom jag inte ansåg att det var nödvändigt för UPS rätt att yttra sig muntligt att TNT:s representant hänvisade till konfidentiell information. Dessutom ansåg jag att konkurrenters närvaro vid TNT:s presentation skulle vara fördelaktigt för att klargöra relevanta fakta, eftersom även de har kunder och skulle kunna framföra åsikter om deras beteende. Så var också fallet, för under hörandet tog DHL ställning i vissa frågor som rörde efterfrågan.

#### IV. FÖRFARANDE EFTER DET MUNTliga HÖRANDET

##### Korrigerande åtgärder

15. I november 2012 lämnade den anmälade parten in ett första paket med korrigerande åtgärder, som kommissionen ansåg vara otillräckligt för att undanröja de farhågor beträffande konkurrensen som koncentrationen skulle leda till. Därefter lämnade UPS in två reviderade åtgärds paket i december 2012 och januari 2013, som bestod av avyttring av tillgångar i ett antal EU-länder där farhågor beträffande konkurrensen hade identifierats. Kommissionen ansåg fortfarande att de korrigerande åtgärderna var otillräckliga, i synnerhet med hänsyn till att den föreslagna köparen inte kunde betecknas som en lämplig köpare och en framtida livskraftig konkurrent i EES.

##### Faktaskrivelse

16. Kommissionen skickade den 21 december 2012 en faktaskrivelse till UPS med information om ytterligare bevis till stöd för dess slutsatser om FedEx konkurrensställning i 14 medlemsstater. UPS fick två arbetsdagar på sig att lämna skriftliga synpunkter. I sina skriftliga kommentarer påtalade UPS att faktaskrivelsen skickats först då man inte längre hade möjlighet att ändra de föreslagna korrigerande åtgärderna. UPS upprepade även sin begäran om att få tillgång till interna FedEx-dokument, som GD Konkurrens återigen avslag. Slutligen begärde företaget tillgång till mötesprotokoll mellan kommissionen och FedEx, vilket också beviljades.

17. UPS hänsköt inte dessa anspråk till mig enligt artikel 3.7 i beslut 2011/695/EU, så jag behövde inte ingripa i saken. Vad gäller tidpunkten då faktaskrivelsen skickades anser jag inte att UPS rätt till försvar har kränkts. Enligt min bedömning hade UPS tillräckligt med tid att ändra de korrigerande åtgärderna, vilket bekräftas av att man lämnade in de reviderade åtgärderna en dag före sina skriftliga kommentarer. Dessutom ändrade faktaskrivelsen varken omfattningen eller innehållet i kommissionens konkurrensbedömning, vilket UPS informerades om i möten efter det muntliga hörandet. Genom faktaskrivelsen infördes alltså inga nya element som UPS inte hade kunnat ta hänsyn till tidigare i syfte att utarbeta ett reviderat åtgärds paket. Vad gäller tillgång till FedEx interna dokument hänvisar jag till mina anmärkningar ovan (punkt 5).

18. UPS skickade den 21 januari 2013 en begäran till mig om att göra en omprövning av GD Konkurrens avslag på företagets begäran om tillgång till FedEx interna dokument, i synnerhet gällande FedEx expansionsplaner. UPS begärde även att de påstådda bristerna vad gäller omfattning och tidpunkt för tillgången till handlingarna i ärendet skulle införlivas i denna slutrapport. Efter att ha genomfört den begärda granskningen kan jag konstatera att UPS rätt till tillgång till handlingarna i ärendet inte har kränkts. Vad gäller omfattningen av tillgången till handlingarna fick UPS möjlighet att se all information som var till nackdel för företaget, inklusive konfidentiell information, avseende FedEx expansionsplaner, som meddelandet om invändningar och faktaskrivelsen byggde på. Tillgången var inte begränsad till de 15 länder där påtaglig hämning av effektiv konkurrens identifierats, utan beviljades till sammanfattningar för alla de EES-länder som omfattades av sådana planer. UPS fick också tillgång till alla andra dokument som FedEx lämnat in, förutom konfidentiell information i dem. Vad gäller FedEx konfidentiella information mottog dessutom UPS motiveringar av revideringarna och beskrivningar eller sammanfattningar av de otillgängliga avsnitten. Därför anser jag att reglerna för tillgång till handlingar i ärendet har följts. Vad gäller frågan om tidpunkten för tillgången till handlingarna kunde jag inte granska den, då UPS inte lämnat tillräckligt med dokumentation till stöd för sin begäran.

19. I sin begäran verkar UPS påstå att kommissionen drog tillbaka invändningarna i meddelandet om invändningar vad gäller vissa medlemsstater först efter att ha omprövat FedEx expansionsplaner utifrån interna dokument som lämnats in före meddelandet om invändningar och ny information som tillhandahållits därefter. Detta stämmer inte enligt den information jag fått från GD Konkurrens. Kommissionen ändrade sina invändningar mot bakgrund av den nya informationen från FedEx jämte den omgjorda analysen av priskoncentration och utvärderingen av effektivitetsvinster, vilket till stor del blev möjligt först då UPS hade gett GD Konkurrens mer information.

**V. UTKAST TILL KOMMISSIONENS BESLUT**

20. Enligt min bedömning avser utkastet till beslut endast invändningar som parterna haft tillfälle att lämna synpunkter på.

**VI. SLUTSATSER**

21. Jag drar slutsatsen att alla deltagare i förfarandet på det hela taget har kunnat utöva sina processuella rättigheter i ärendet.

Michael ALBERS

---