

Ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-172/14 *ING Pensii*
przeciwko *Consiliul Concurentei*

I. Wstęp

W dniu 15 lipca 2015 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) wydał wyrok w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne *Inalta Curte de Casatie si Justitie*, rumuńskiego sądu kasacyjnego i sprawiedliwości, odnoszącego się do praktyki polegającej na podziale klientów przez podmioty zarządzające prywatnymi funduszami emerytalnymi. Postępowanie toczące się przed sądem kasacyjnym i sprawiedliwości było wynikiem odwołania *ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA* (dalej: *ING Pensii*), jednej ze spółek, wobec której *Consiliul Concurentei*, rumuński urząd ds. konkurencji, wydał decyzję nakładającą karę pieniężną za naruszenie ustawy o konkurencji.

Komentowane orzeczenie TSUE wpisuje się w linię orzeczniczą Trybunału podkreślającą rozróżnienie pomiędzy porozumieniami ograniczającymi konkurencję „ze względu na cel”, tj. takimi, które uznawane są za naruszające konkurencję ze względu na sam ich charakter, oraz porozumieniami ograniczającymi konkurencję „ze względu na skutek”, tj. takimi, w przypadku których dla wykazania ich antykonkurencyjnego charakteru, konieczne jest wykazanie realnego i obiektywnego negatywnego oddziaływania na konkurencję (przy czym antykonkurencyjne skutki mogą mieć także charakter potencjalny)¹.

W wyroku w sprawie *ING Pensii* Trybunał potwierdził, że w przypadku najdotkliwszych ograniczeń konkurencji (tzw. *hard-core restrictions*) badanie skutków praktyki nie jest konieczne oraz że uznanie danej praktyki za ciężkie naruszenie nie jest determinowane jej rozmiarem lub udziałami rynkowymi stron porozumienia, lecz jej charakterem.

II. Ustalenia wyroku

1. Stan faktyczny

Orzeczenie w sprawie *ING Pensii* dotyczy rumuńskiego rynku obowiązkowych prywatnych funduszy emerytalnych. Zgodnie z prawem rumuńskim, osoby poniżej 35 roku życia należące do publicznego systemu emerytalnego zobowiązane są do przystąpienia także do prywatnie zarządzanego funduszu emerytalnego. Dana osoba może uczestniczyć tylko w jednym funduszu i może posiadać w nim jedno konto. Przystąpienie do funduszu następuje przez podpisanie

¹ Tłumaczenie pojęcia *object* jako „cel” w polskiej wersji językowej Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. C 326, 26.10.2012, s. 47–390) nie jest precyzyjne, ponieważ zawiera w sobie element subiektywny – dążenia do osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Wydaje się, że bardziej adekwatnie oddającym znaczenie angielskiego *object* byłoby określenie „przedmiot” – jako neutralne określenie treści uzgodnień uczestników praktyki lub porozumienia. Szerzej na temat rozróżnienia porozumień „celowych” oraz „skutkowych” zob. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2010 oraz A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, iKAR 2012, nr 1(1).

indywidualnego aktu przystąpienia z własnej inicjatywy danej osoby lub w drodze przypisania przez instytucję odpowiedzialną za rejestrację. Podmioty zarządzające prywatnymi funduszami emerytalnymi były zobowiązane do regularnego przekazywania rumuńskiemu urzędowi ds. emerytur i innych świadczeń z ubezpieczenia społecznego (dalej: CNPAS) raportów o osobach, które w raportowanym okresie złożyły deklaracje przystąpienia do danego funduszu. Gdy na podstawie sprawozdań okazywało się, że dana osoba złożyła więcej niż jedną deklarację przystąpienia, była ona wpisywana do zestawienia prowadzonego przez CNPAS jako „podwójny członek”. Następnie „podwójni członkowie” byli losowo przydzielani do jednego podmiotu zarządzającego funduszami, w sposób wprost proporcjonalny do liczby osób, których przystąpienie zostało zatwierdzone do każdego z tych funduszy. W losowym przydziale uwzględniane były wszystkie zarejestrowane podmioty zarządzające funduszami.

Postępowanie wszczęte przez Consiliul Concurentei dotyczyło porozumień zawieranych przez spółki zarządzające funduszami emerytalnymi. Spółki te, w tym ING Pensii, uzgadniały pomiędzy sobą sposób podziału „podwójnych członków”. Porozumienia zazwyczaj miały charakter dwustronny i przewidywały podział w częściach równych pomiędzy stronami porozumienia. Rumuński urząd ds. konkurencji uznał, że uzgodnienia podmiotów zarządzających mogły zakłócić konkurencję na rynku obowiązkowych prywatnych emerytur, przez co miały antykonkurencyjny charakter „ze względu na cel”. ING Pensii odwołała się od decyzji Consiliul Concurentei, podnosząc między innymi, że porozumienia dotyczyły jedynie „podwójnych członków” stanowiących mniej niż 1,5% ogółu klientów, a w konsekwencji nie mogły one zakłócić konkurencji na rynku². Ponadto ING Pensii argumentowała, że nie zostały wykazane skutki polegające na stworzeniu barier na rumuńskim rynku obowiązkowych emerytur prywatnych. Rozpatrujący sprawę sąd odsyłający zwrócił się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym, czy w przypadku praktyki polegającej na podziale klientów, konkretna liczba klientów, których dotyczy porozumienie, ma znaczenie dla stwierdzenia, czy spełniony jest warunek znaczącego wpływu na konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 lit. c) Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE).

2. Ocena Trybunału

Na wstępie Trybunał podkreślił, że istnieje różnica pomiędzy praktykami mającymi antykonkurencyjny cel oraz praktykami mającymi antykonkurencyjny skutek, wskazując na ich alternatywny charakter względem siebie. Z uwagi na to, według TSUE, w pierwszej kolejności konieczne jest zbadanie celu praktyki, z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, a następnie, dopiero gdy szkodliwość samego celu dla konkurencji nie jest wystarczająca dla stwierdzenia naruszenia, należy zbadać skutki praktyki. TSUE podkreślił także, że praktyka polegająca na podziale klientów stanowi jedno z najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, zestawiając je na równi ze zmwami cenowymi.

Trybunał wskazał, że dla oceny czy dana praktyka może zostać uznana za zakazaną „ze względu na przedmiot” konieczne jest zbadanie treści porozumienia, celu, do którego osiągnięcia dąży

² Można odnieść wrażenie, że ze względu na niewielki krąg osób objętych przedmiotowym porozumieniem ING Pensii podjęła próbę przekonania sądu do odejścia od formalnego spojrzenia na podział klientów jako praktyki zakazanej *per se* na rzecz jej oceny z perspektywy skutkowej.

oraz kontekstu gospodarczego i prawnego, a także charakteru dóbr lub usług oraz cech rynku, którego dana praktyka dotyczy.

W ocenie TSUE cel zawieranych porozumień był „rażąco sprzeczny z prawidłowym funkcjonowaniem normalnej konkurencji”. Zdaniem Trybunału podział „podwójnych członków” pomiędzy strony porozumień wbrew obowiązującym przepisom miał działać na niekorzyść konkurentów, a w konsekwencji miał wzmocnić pozycję rynkową uczestników porozumień w sposób antykonkurencyjny.

W odniesieniu do kontekstu gospodarczego, Trybunał stwierdził, że rzecznikiem generalnym Nilsem Wahlem, że rynek obowiązkowych prywatnych ubezpieczeń emerytalnych był rynkiem nowym (*infant market*), ukształtowanym w stosunkowo krótkim, 4-miesięcznym okresie – kluczowym dla zbudowania pozycji na tym rynku. Co więcej, charakter usług emerytalnych określony był przepisami prawa: przystąpienie do funduszu było obowiązkiem ustawowym, a zmiana funduszu przed upływem dwóch lat od przystąpienia wiązała się z obowiązkiem poniesienia znacznych kosztów przez osobę dokonującą takiej zmiany. W ocenie Trybunału sprzyjało to łatwej identyfikacji usługi oferowanej przez strony porozumień przez potencjalnych klientów.

Mając na uwadze powyższe, Trybunał skonkludował, że porozumienia zawierane przez podmioty zarządzające prywatnymi funduszami emerytalnymi miały na celu umożliwienie im wywierania wpływu na strukturę i warunki funkcjonowania rynku na zasadniczym etapie jego kształtowania. W ocenie TSUE cel ten jest na tyle szkodliwy dla konkurencji, że nie ma konieczności badania skutków zawieranych porozumień. Antykonkurencyjny cel jest determinowany wyłącznie treścią i celem porozumienia w kontekście gospodarczo-prawnym, a w konsekwencji, w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Trybunał stwierdził, że liczba osób, które konkretnie zostały objęte porozumieniami o podziale nie jest istotna dla uznania, że konkurencja została ograniczona.

III. Komentarz

Komentowany wyrok Trybunału odnosi się do mogącej budzić kontrowersje kwestii dopuszczalności uznawania niektórych praktyk za antykonkurencyjne bez konieczności badania ich rzeczywistego wpływu na funkcjonowanie konkurencji na rynku. Trybunał w przedmiotowym orzeczeniu podtrzymuje ugruntowane stanowisko, wyrażone wcześniej m.in. w wyroku wydanym w sprawie C-226/11 *Expedia Inc v Autorite de la concurrence*³, w którym stwierdził, że porozumienia mające antykonkurencyjny cel (przedmiot)⁴, ze względu na swój charakter i niezależnie od konkretnych skutków, stanowią odczuwalne ograniczenie konkurencji (*appreciable restriction of competition*). W konsekwencji przy uznaniu, że dana praktyka należy do katalogu tzw. *hard-core restrictions* nie ma konieczności wykazywania ani antykonkurencyjnego skutku praktyki, ani jej znaczącego wpływu na konkurencję.

Takie podejście niewątpliwie oznacza istotne ułatwienie dla organów ochrony konkurencji i sądów w zakresie stwierdzania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję. Często rodzi jednak ono obawy dwojakiego rodzaju: z jednej strony podnosi się, iż z uwagi na swój znaczący formalizm może ono pochopnie prowadzić do stwierdzania sprzeczności z prawem porozumień, które nie mają potencjału do ograniczenia konkurencji (tzw. *false positives*), z drugiej zaś

³ Wyr. TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia Inc v Autorite de la concurrence i inni*.

⁴ Szerzej na temat pojęcia celu (przedmiotu) zob. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie...* oraz A. Stawicki, *Porozumienia zakazane...*

– akcentowane jest zagrożenie nadmiernego rozciągania przez organy antymonopolowe katalogu porozumień zakazanych z uwagi na cel także na takie uzgodnienia między przedsiębiorcami, które nie powinny być zaliczane do tzw. *object box*.

Trybunał, mając świadomość wskazanych powyżej kontrowersji (które były także akcentowane przez ING Pensii), utrzymał stanowisko oparte na formalnym podziale porozumień na te zakazane z uwagi na przedmiot i te zakazane z uwagi na skutek. Rozstrzygnięcie to należy odczytywać – jak się wydaje – głównie przez pryzmat obawy (istniejącej po stronie zarówno organów ochrony konkurencji, jak i sądów), że jakiegokolwiek odstępstwo od sztywnego podziału, przejawiające się w praktyce w przyzwoleniu na ocenę skutków rynkowych porozumienia zaliczanego standardowo do *hard core restrictions* otworzy puszkę Pandory, zamazując utrwalone linie podziału i otwierając drogę do dalszego „rozszerzenia” katalogu porozumień zakazanych z uwagi na swój cel (przedmiot)⁵. W tym kontekście komentowany wyrok, głównie z uwagi na swój bardzo stanowczy i jednoznaczny wydźwięk, stanowi czytelny sygnał, iż nie należy się spodziewać w dającej się przewidzieć przyszłości zmian w istniejącej linii orzeczniczej.

Nie wydaje się jednocześnie, by podejście Trybunału zasługiwało na krytykę. Dualny podział porozumień na „celowe” i „skutkowe” niewątpliwie niesie za sobą – z uwagi na swój znaczący formalizm – pewne rodzaje ryzyka, jednak jego niewątpliwym plusem jest dość wysoki stan pewności prawa (jeżeli porozumienie zalicza się do *object box*, to ryzyko jego nielegalności jest bardzo wysokie, graniczące z pewnością). Odejście od tego podziału otworzyłoby zapewne dla przedsiębiorców nowe możliwości obrony, ale i tak zapewne dałoby się je stosować w naprawdę wyjątkowych wypadkach, a sama ocena skutków rynkowych porozumienia (o ile konieczne byłoby jej każdorazowe prowadzenie) z pewnością byłaby działaniem czasochłonnym i kosztownym (i nie dającym stuprocentowej gwarancji, że wypracowana argumentacja znalazłaby uznanie w oczach organów ochrony konkurencji). Może zatem korzystniejsze jest dla wszystkich uniknięcie takiego bólu głowy i zachowanie istniejącego podziału?

Komentując omawiane orzeczenie z polskiej perspektywy, niewątpliwie warto również zwrócić uwagę na mocno akcentowany przez Trybunał dualizm podziału (rozłączny katalog porozumień zakazanych z uwagi na cel (przedmiot) i zakazanych z uwagi na skutek)⁶. Zgłaszany przez jednego z autorów niniejszej glosy postulat, by podobne ściśle rozróżnienie stosować – ze wszystkimi tego konsekwencjami – także na gruncie polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie znalazł – jak się wydaje – wystarczającego poparcia⁷. *Cel* oraz *skutek* porozumienia nadal pojmowane są przez wielu przedstawicieli doktryny w sposób alternatywny⁸. Prowadzi to do przyjęcia, że dla stwierdzenia sprzeczności porozumienia z prawem wystarczające jest wykazanie

⁵ Dodatkowo, pojawi się problem granic – gdyby uznać, że 1,5% klientów to za mało, by stwierdzić sprzeczność porozumienia z prawem z uwagi na cel, to czy tak samo należy traktować sytuację, gdy ograniczenie dotknie 5% klientów, czy też powinien to być ich jeszcze większy odsetek, by porozumienie zakwalifikować do najcięższych naruszeń prawa?

⁶ Trybunał powołał się na utrwalone orzecznictwo, stwierdzając, że użycie spójnika „lub” w art. 101 TFUE „skutkuje w pierwszej kolejności koniecznością zbadania samego celu uzgodnionej praktyki z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, w jakim ma być ona stosowana. Jednakże w wypadku, gdy analiza treści uzgodnionej praktyki nie wskazuje na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, należy wówczas zbadać jej skutki, a do objęcia jej zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób” (pkt 30 wyroku w sprawie C-172/14 ING Pensii).

⁷ Szerzej na ten temat zob. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie...* oraz A. Stawicki, *Porozumienia zakazane...*

⁸ Taką tezę wprost formułują autorzy komentarza pod redakcją C. Banasińskiego oraz E. Piontka pisząc: „Cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne. Oznacza to, że dla podjęcia przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję w postaci porozumienia między przedsiębiorcami wystarczy udowodnić jedną z nich”. Analogicznie kwestię tę pojmuje A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014 s. 378 oraz P. Podrecki [w:] M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego*, T. 15, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 792. zob. też K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 246.

tylko jednej z tych okoliczności, to jest albo *celu* albo *skutku* porozumienia. Jedną z konsekwencji takiego stanu jest brak możliwości stworzenia – na wzór prawa unijnego – ograniczonego katalogu najcięższych naruszeń prawa konkurencji (*hard core restrictions*), co niewątpliwie skutkuje zwiększonym poziomem ryzyka prawnego dla przedsiębiorców (bowiem w zasadzie każde porozumienie może być kwalifikowane jako zakazane z uwagi na swój cel, co zwalniać będzie organ antymonopolowy z oceny jego skutków).

Aleksander Stawicki

Senior Partner, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr; e-mail: aleksander.stawicki@wkb.com.pl

Paulina Komorowska

Associate, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr; e-mail: paulina.komorowska@wkb.com.pl