

# Naruszenie prawa do bycia wysłuchanym jako podstawa unieważnienia decyzji w sprawie koncentracji przedsiębiorców.

Glosa do wyroku Sądu Unii Europejskiej z 7 marca 2017 r. w sprawie T-194/13 *United Parcel Service, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*

## Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Stan faktyczny
- III. Wyrok Sądu
  1. Dopuszczalność zarzutu
  2. Naruszenie prawa do obrony
- IV. Komentarz

**Słowa kluczowe:** koncentracja; prawo do obrony; prawo do bycia wysłuchanym; unieważnienie decyzji; UPS.

**JEL:** K40

## I. Uwagi wprowadzające

7 marca 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości po raz kolejny w ostatnich latach wypowiedział się w kwestii istotnej z punktu widzenia ochrony prawa przedsiębiorców do obrony w kontekście postępowania z zakresu prawa konkurencji. Mianowicie w sprawie *United Parcel Service, Inc.* (dalej: UPS lub Skarżąca) *przeciwko Komisji Europejskiej*. Sąd unieważnił decyzję Komisji zakazującą przejęcia przez UPS wyłącznej kontroli nad TNT Express NV (dalej: TNT) ze względu na naruszenie przez Komisję istotnego elementu prawa Skarżącej do obrony, tj. prawa do bycia wysłuchanym<sup>1</sup>. Komisja nie poinformowała bowiem UPS o ostatecznej wersji modelu ekonometrycznego, na którym oparła swoją decyzję, a tym samym uniemożliwiła Skarżącej wypowiedzenie się co do wszystkich okoliczności faktycznych oraz dokumentów, na których Komisja oparła swoje rozstrzygnięcie.

## II. Stan faktyczny

15 czerwca 2012 roku UPS dokonała zgłoszenia do Komisji zamiaru przejęcia kontroli nad TNT. Komisja stwierdziła, że zgłoszona transakcja wzbudza poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem i 20 lipca 2012 r. zadecydowała o otwarciu drugiej fazy postępowania. Następnie 19 października Komisja wysłała pismo w sprawie przedstawienia zarzutów (*Statement of Objections*), a 12 listopada 2012 r. odbyła się rozprawa ustna. UPS przedstawiła propozycje

<sup>1</sup> Wyr. Sądu z 7.03.2017 r. w sprawie T-194/13 *United Parcel Service, INC.*, ECLI:EU:T:2017:144 (dalej: wyrok UPS).

zobowiązań najpierw 29 listopada 2012 r., a następnie – 3 stycznia 2013 r. W czasie postępowania przedmiotem żywych dyskusji był model ekonometryczny stanowiący podstawę przeprowadzenia analizy wpływu zgłoszonej transakcji na wspólny rynek. O ile wcześniejsze wersje modelu były omawiane ze Skarżącą, o tyle ostatecznie przejęta przez Komisję (21 listopada 2012 r.) wersja modelu ekonometrycznego, na której Komisja oparła swoją negatywną Decyzję, nie została zakomunikowana UPS.

30 stycznia 2013 r. Komisja wydała decyzję stwierdzającą niezgodność zgłoszonej koncentracji z rynkiem wewnętrznym i porozumieniem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a tym samym zakazującą jej dokonania<sup>2</sup>. Komisja stwierdziła, że zgłoszona transakcja doprowadziłaby do znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji na rynku międzynarodowych usług ekspresowej dystrybucji niewielkich przesyłek w 15 państwach członkowskich EOG<sup>3</sup>. W tych państwach w wyniku transakcji liczba znaczących graczy rynkowych zostałaby zredukowana do trzech, a nawet tylko dwóch przedsiębiorców<sup>4</sup>. Dlatego, zdaniem Komisji, koncentracja najprawdopodobniej doprowadziłaby do podwyższenia cen, a tym samym zaszkodziłaby konsumentom.

5 kwietnia 2013 r. UPS wniosła skargę do Sądu, podnosząc pięć zarzutów naruszenia przez Komisję prawa oraz dopuszczenia się przez Komisję oczywistych błędów. Skarżąca zarzuciła m.in., że Komisja uchybiła ciążącemu na niej obowiązkowi uzasadnienia i naruszyła przysługujące UPS prawo do obrony, zmieniając w istotny sposób przedstawiony przez Skarżącą model ekonometryczny bez uprzedniego wysłuchania jej stanowiska i należytego wyjaśnienia wprowadzonych zmian<sup>5</sup>.

Ponadto w tym czasie TNT rozpoczęła negocjacje z konkurentem Skarżącej, spółką FedEx Corp., które doprowadziły do dokonania 26 czerwca 2015 r. kolejnego zgłoszenia do Komisji, tym razem przejęcia przez FedEx kontroli nad TNT. 31 lipca 2015 r. Komisja otworzyła drugą fazę postępowania ze względu na poważne wątpliwości co do zgodności również tej zgłoszonej transakcji ze wspólnym rynkiem. Jednakże wyniki dogłębnego badania rynku nie potwierdziły tych wątpliwości i ostatecznie 8 stycznia 2016 r. Komisja wydała bezwarunkową decyzję<sup>6</sup> wyrażającą zgodę na jej dokonanie<sup>7</sup>.

### III. Wyrok Sądu

Sąd zauważył, że w uzasadnieniu skargi UPS podniosła w istocie trzy zarzuty: pierwszy – dotyczący naruszeń prawa i oczywistych błędów w ocenie, drugi – dotyczący naruszenia prawa do obrony oraz trzeci – dotyczący naruszenia obowiązku uzasadnienia, z czego drugi zarzut należało rozpatrzyć w pierwszej kolejności<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Sprawa COMP/M.6570 – UPS/TNT Express.

<sup>3</sup> Tj. w Bułgarii, w Republice Czeskiej, w Danii, w Estonii, w Holandii, na Łotwie, na Litwie, na Węgrzech, na Malcie, w Polsce, w Rumunii, w Słowenii, na Słowacji, w Finlandii i w Szwecji.

<sup>4</sup> W niektórych państwach jedyną alternatywę dla usług UPS stanowiłyby jedynie usługi DHL.

<sup>5</sup> Treść skargi dostępna jest pod adresem: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137696&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=528819> (7.08.2017).

<sup>6</sup> Zob. dec. Komisji z 8.01.2016 r. w sprawie CASE M.7630 – FEDEX / TNT EXPRESS dostępna pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7630\\_4582\\_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7630_4582_4.pdf) (7.08.2017).

<sup>7</sup> Komunikat prasowy Komisji, *Mergers: Commission approves acquisition of small package delivery services provider TNT Express by FedEx*, 8.01.2016. Pozyskano z: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-28\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-28_en.htm) (7.08.2017).

<sup>8</sup> T-194/13 UPS, pkt 157.

## 1. Dopuszczalność zarzutu

Na wstępie Sąd odniósł się do kwestii dopuszczalności zarzutu Skarżącej. Komisja kwestionowała bowiem dopuszczalność argumentów prawnych i ekonomicznych UPS, zarzucając, że zostały one przedstawione jedynie w załączniku do skargi, który to posiadał funkcję czysto dowodową i pomocniczą.

Sąd przypominał, że by skarga przed Sądem była dopuszczalna, istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których została ona oparta, muszą wynikać, choćby w sposób zwięzły, ale spójny i zrozumiały, z samej treści skargi<sup>9</sup>. Zdaniem Sądu, w rozpatrywanej sprawie okoliczności faktyczne i prawne, na których UPS oparła kwestionowany zarzut, można było zrozumieć natychmiast w trakcie lektury skargi<sup>10</sup>. Dlatego Sąd zgodził się ze Skarżącą podnoszącą, że istotne elementy jej argumentacji były w oczywisty sposób zawarte w treści skargi, a odesłanie do załącznika do skargi miało wyłącznie na celu poparcie głównych argumentów pod względem technicznym.

Ponadto, jak słusznie zauważył Sąd, za dopuszczalnością zarzutu przemawiał również fakt, że Komisja w odpowiedzi na skargę była w stanie ustosunkować się do podnoszonego przez UPS zarzutu. Świadczyło to bowiem, że mimo niezbyt szczegółowego przedstawienia zarzutu w skardze, treść zakwestionowanej przez Komisję części była jasna.

## 2. Naruszenie prawa do obrony

Odnośnie do meritum sprawy Sąd uznał, że prawo Skarżącej do obrony zostało naruszone „wskutek okoliczności sprowadzających się do tego, że rozpatrywana analiza ekonometryczna została oparta na modelu ekonometrycznym różnym od tego, który był przedmiotem kontradiktoryjnej debaty prowadzonej w toku postępowania administracyjnego”<sup>11</sup>.

W pierwszej kolejności Sąd przypominał, że poszanowanie prawa do obrony stanowi jedną z zasad ogólnych prawa Unii Europejskiej przewidzianą w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej, która to musi być zagwarantowana we wszystkich rodzajach postępowań, w tym w postępowaniach prowadzonych przez Komisję w zakresie kontroli koncentracji<sup>12</sup>.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE i w świetle zasady kontradiktoryjności, będącej elementem prawa do obrony, przedsiębiorca musi mieć w trakcie postępowania (również administracyjnego) „możliwość przedstawienia w skuteczny sposób swego stanowiska w kwestii prawdziwości i znaczenia powoływanych okoliczności faktycznych oraz w kwestii dokumentów, na których podstawie Komisja” oparła swoją decyzję<sup>13</sup>.

Jak wynikało natomiast z dokumentów przekazanych przez Komisję w toku postępowania sądowego, Komisja przyjęła wersję końcową swego modelu ekonometrycznego 21 listopada 2012 roku, czyli ponad dwa miesiące przed przyjęciem Decyzji<sup>14</sup>. Ponadto, z akt sprawy wynikało, że Komisja w żaden sposób nie zakomunikowała UPS wersji końcowej modelu ekonometrycznego. Zdaniem Komisji było to zbędne, gdyż ostatecznie przyjęty model ekonometryczny był wynikiem

<sup>9</sup> Wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P *MasterCard i in.*, ECLI:EU:C:2014:2201, pkt 40.

<sup>10</sup> T-194/13 *UPS*, pkt 194.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pkt 198 i 210.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pkt 199. Zob. także wyr. Sądu z 9.03.2015 r. w sprawie T-175/12 *Deutsche Börse*, ECLI:EU:T:2015:148, pkt 247.

<sup>13</sup> T-194/13 *UPS*, pkt 200. Zob. także wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala*, ECLI:EU:C:2008:392, pkt 61.

<sup>14</sup> Decyzja została wydana 30 stycznia 2013 r.

wielokrotnej wymiany informacji ze Skarżącą, odbytej w toku postępowania administracyjnego i różnił się jedynie marginalnie od modeli dyskutowanych ze Skarżącą podczas postępowania administracyjnego.

Sąd nie zgodził się jednak z twierdzeniami Komisji o istnieniu jedynie marginalnych różnic pomiędzy przyjętym w Decyzji modelem końcowym a modelami dyskutowanymi z UPS podczas postępowania administracyjnego i uznał, że o ile z pewnością można wskazać na wiele podobieństw pomiędzy ww. modelami ekonometrycznymi, to jednak wprowadzone w końcowym modelu zmiany nie mogą zostać uznane za nieistotne<sup>15</sup>.

Stąd, zdaniem Sądu, Komisja miała obowiązek poinformować UPS przed przyjęciem zaskarżonej Decyzji o ostatecznie przyjętym modelu analizy ekonometrycznej, a nie czyniąc tego, naruszyła prawa Skarżącej do obrony. Ponadto UPS należycie wykazała, że gdyby została poinformowana przez Komisję o ostatecznym modelu analizy, na którym została oparta Decyzja, to wówczas mogłaby mieć możliwość (nawet jeśli ograniczoną) przygotowania lepszej obrony.

Sąd podkreślił, że Komisja oparła się na analizie ekonometrycznej, w szczególności dochodząc do wniosku, że zgłoszona koncentracja doprowadziłaby do znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji oraz określając liczbę państw, w których doszłoby do tego skutku<sup>16</sup>.

Wstępne wnioski Komisji przedstawione w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów (*Statement of Objections*) wskazywały na 29 państw. Późniejsze wyniki analizy, wskazujące na niższy wzrost cen, doprowadziły do ograniczenia w Decyzji liczby takich państw do 15<sup>17</sup>. Ponadto, jak wyraźnie potwierdziła Komisja, w toku postępowania administracyjnego w odniesieniu do dyskutowanych modeli ekonometrycznych UPS sygnalizowała problemy techniczne, dla których następnie znajdowała rozwiązania. Oznacza to, że Skarżąca już wcześniej faktycznie wpływała w znaczący sposób na opracowanie modelu ekonometrycznego zaproponowanego przez Komisję, a zatem w przypadku powiadomienia jej o modelu ostatecznie przyjętym przez Komisję 21 listopada 2012 r. również mogłaby mieć rzeczywistą możliwość dalszego wpływu w tej kwestii. Tym samym Skarżąca została pozbawiona możliwości zapewnienia sobie lepszej obrony<sup>18</sup>.

Dlatego też Sąd stwierdził, że naruszenie przez Komisję prawa UPS do obrony powinno skutkować stwierdzeniem nieważności Decyzji. Sąd powołał się zatem na test ustanowiony przez TS w wyroku w sprawie *Solvay*<sup>19</sup> i odrzucił argumentując Komisji, że Skarżąca powinna była wykazać, że w razie zakomunikowania jej ostatecznej wersji modelu ekonometrycznego treść zaskarżonej Decyzji byłaby inna<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> T-194/13 *UPS*, pkt 204–208. Jak wynikało bowiem z uwag Komisji i UPS sformułowanych po rozprawie, Komisja oparła się na zmiennej będącej wynikiem dyskretyzacji na etapie pomiarów i na zmiennej stałej na etapie prognoz. O ile posłużenie się zmienną skokową było przedmiotem licznych dyskusji prowadzonych z UPS w toku postępowania administracyjnego, o tyle z akt sprawy nie wynikało czy Komisja przedyskutowała również kwestię zastosowania różnych zmiennych do różnych etapów analizy ekonometrycznej.

<sup>16</sup> T-194/13 *UPS*, pkt 201.

<sup>17</sup> Zob. też decyzja, motyw 1850 i T-194/13 *UPS*, pkt 81.

<sup>18</sup> T-194/13 *UPS*, pkt 211–215

<sup>19</sup> Wyr. TS z 25.10.2011 r. w sprawie C-109/10 P *Solvay*, ECLI:EU:C:2011:686, pkt 57: „W sytuacji gdy dostęp do akt jest zapewniony na etapie postępowania sądowego, zainteresowane przedsiębiorstwo nie musi wykazywać, że gdyby miało dostęp do nieprzekazanych dokumentów, Komisja wydałaby decyzję o innej treści, a jedynie, że wspomniane dokumenty mogły być przydatne dla jego obrony (wyr. z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-199/99 P *Corus UK* przeciwko Komisji, Rec. s. I-11177, pkt 128; ww. wyr. w sprawie *Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji*, pkt 318; a także ww. wyr. w sprawie *Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji*, pkt 131)” (podkreślenie własne).

<sup>20</sup> T-194/13 *UPS*, pkt 209–210

W konsekwencji Sąd, uwzględniając zarzut naruszenia prawa Skarżącej do obrony, stwierdził nieważność Decyzji w całości, bez konieczności badania pozostałych zarzutów postawionych przez UPS.

#### IV. Komentarz

Wyrok UPS jest kolejnym ważnym krokiem na drodze umacniania znaczenia prawa przedsiębiorców do obrony w kontekście postępowań dotyczących prawa konkurencji. Sąd zaznaczył, że Komisja (a tym samym inne krajowe organy regulacyjne) muszą przestrzegać wysokich standardów prawa do rzetelnego procesu, a w szczególności prawa do bycia wysłuchanym, nie tylko w postępowaniach antytrustowych (dot. naruszeń praw konkurencji), lecz także w kontekście kontroli koncentracji. Wyrok ten wpisuje się w linię orzeczniczą TSUE wyznaczoną rozstrzygnięciami w sprawach, takich jak C-247/14 P *Heidelberg Cement*<sup>21</sup>, C-267/14 P *Buzzi Unicem przeciwko Komisji*<sup>22</sup>, C-286/14 P *Italmobiliare przeciwko Komisji*<sup>23</sup>, C-248/14 P, *Schwenk Zement przeciwko Komisji*<sup>24</sup>, C-588/13 P, *Deutsche Bahn i in. przeciwko Komisji* czy C-37/13 P *Nexans i Nexans France przeciwko Komisji*<sup>25</sup> oraz, w kontekście odszkodowawczym, T-577/14 *Gascoigne Sack Deutschland przeciwko Unii Europejskiej*<sup>26</sup> i T-479/14 *Kendrion NV przeciwko Unii Europejskiej*<sup>27</sup>.

Niewątpliwie Wyrok UPS stanowi ważny sygnał wysłany do Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji o konieczności pełnego przestrzegania prawa do bycia wysłuchanym, a co za tym idzie obowiązku komunikowania i umożliwienia wypowiedzenia się przedsiębiorcom co do wszystkich okoliczności faktycznych oraz dokumentów, na których Komisja/organ ten opiera swoje rozstrzygnięcie w danej sprawie.

Istotnym jest również, że Sąd doprecyzował kwestię testu stosowanego przy unieważnieniu decyzji i zakresu ciężaru dowodu w tym kontekście. Sąd podkreślił, że do stwierdzenia nieważności decyzji Komisji spowodowanej naruszeniem praw przedsiębiorcy wystarczy wykazać, że w przypadku niezaistnienia zarzucanej nieprawidłowości proceduralnej skarżący przedsiębiorca mógł mieć choćby ograniczoną możliwość zapewnienia sobie lepszej obrony (doktryna Solvay). Tym samym Sąd wyraźnie odrzucił argumentację Komisji optującą za znacznie wyżej podniesioną poprzeczką i podnoszącą, że nieważność decyzji może spowodować jedynie wykazanie przez przedsiębiorcę, że w razie niezaistnienia zarzucanej nieprawidłowości treść zaskarżonej decyzji byłaby inna.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że odwołania od decyzji zakazujących dokonania koncentracji zdarzają się rzadziej niż w przypadku decyzji antytrustowych. Patrząc na sprawę z perspektywy biznesowej, odwołania takie mogą wydawać się przedsiębiorcom niekonieczne, a wręcz bezsensowne. O ile bowiem w chwili wydania decyzji odmownej przedsiębiorcy są zainteresowani daną transakcją, o tyle sytuacja na rynku oraz wola stron zakwestionowanej koncentracji najprawdopodobniej będzie już zupełnie inna parę lat później, czyli w chwili wydania wyroku Sądu. Dlatego

<sup>21</sup> Wyr. TS z 10.3.2016 r. w sprawie C-247/14 P *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149.

<sup>22</sup> Wyr. TS z 10.3.2016 r. w sprawie C-267/14 P *Buzzi Unicem*, ECLI:EU:C:2016:151.

<sup>23</sup> Wyr. TS z 10.3.2016 r. w sprawie C-268/14 P *Italmobiliare*, ECLI:EU:C:2016:152.

<sup>24</sup> Wyr. TS z 10.3.2016 r. w sprawie C-248/14 P *Schwenk Zement*, ECLI:EU:C:2016:150.

<sup>25</sup> Wyr. TS z 25.06.2014 r. w sprawie C-37/13 P *Nexans i Nexans France*, ECLI:EU:C:2014:2030.

<sup>26</sup> Wyr. Sądu z 10.01.2017 r. w sprawie T-577/14 *Gascoigne Sack Deutschland przeciwko Unii Europejskiej*, ECLI:EU:T:2017.

<sup>27</sup> Wyr. Sądu z 1.02.2017 r. w sprawie T-479/14 *Kendrion NV przeciwko Unii Europejskiej*, ECLI:EU:T:2017:48.

przedsiębiorcy często uważają, że po prostu nie opłaca im się brnąć w czasochłonne i kosztowne postępowanie odwoławcze, które nawet, jeśli zakończy się sukcesem czy unieważnieniem decyzji zakazującej koncentrację, to i tak nie będzie w stanie w pełni naprawić zaistniałego problemu. Co do zasady bowiem po paru latach niemożliwe będzie już zawarcie pierwotnie negocjowanej transakcji. Przykładowo w omawianej sprawie TNT zostało w międzyczasie nabyte przez FedEx, stąd ciężko sobie wyobrazić możliwość przywrócenia stanu poprzedniego, tj. unieważnienia tego nabycia i doprowadzenia do zrealizowania transakcji z UPS.

Nasuwa się zatem pytanie co ten wyrok w praktyce daje UPS, skoro niemożliwym jest cofnięcie się w czasie do stanu z początku 2013 r. i dokonanie pierwotnie planowanej transakcji nabycia TNT. Poza niezaprzeczalnym istotnym znaczeniem orzeczenia podkreślającego wagę przestrzegania prawa przedsiębiorców do obrony również w postępowaniach dot. kontroli koncentracji, prawomocny wyrok daje UPS podstawę do wniesienia skargi odszkodowawczej do TSUE na podstawie art. 268 TFUE i art. 340 akapit drugi TFUE w związku z wyrządzeniem Skarżącej szkody wynikającej z naruszenia przez Komisję jej prawa do obrony. UPS będzie musiała jednak wykazać spełnienie trzech przesłanek ponoszenia przez UE odpowiedzialności deliktowej, tj.:

- bezprawność działania instytucji UE (w tym wypadku Komisji);
- poniesioną rzeczywistą szkodę;
- istnienie związku przyczynowego pomiędzy bezprawnym działaniem a podnoszoną szkodą.

Niemniej jednak, póki co sprawa toczy się dalej, ponieważ 16 maja 2017 r. Komisja złożyła odwołanie od wyroku Sądu<sup>28</sup>. Pozostaje zatem mieć nadzieję, że Trybunał Sprawiedliwości podzieli zdanie Sądu i utrzyma w mocy marcowy wyrok.

### **Marta Michalek-Gervais**

doktor nauk prawnych; prawnik w kancelarii Clifford Chance;  
e-mail: [marta.michalek-gervais@cliffordchance.com](mailto:marta.michalek-gervais@cliffordchance.com).

28 Sprawa C-265/17 P Komisja przeciwko United Parcel Service.