



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 29 listopada 2018 r.¹

Sprawa C-617/17

**Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie
przeciwko
Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
przy udziale:
Edwarda Detki i in.**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sąd Najwyższy (Polska)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Zasada *ne bis in idem* – Zakres – Konkurencja – Nadużycie pozycji dominującej – Decyzja wydana przez krajowy organ ochrony konkurencji – Kara pieniężna nałożona na podstawie krajowego prawa konkurencji i prawa konkurencji Unii Europejskiej

1. Czy zasada *ne bis in idem* znajduje zastosowanie, w sytuacji gdy krajowy organ ochrony konkurencji nałożył na przedsiębiorstwo za zachowanie antykonkurencyjne karę pieniężną w drodze jednej decyzji, opierając się jednocześnie na krajowych i unijnych regułach konkurencji? Takie jest sedno pytań przedłożonych Trybunałowi w niniejszej sprawie.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

2. Rozporządzenie (WE) nr 1/2003² zawiera przepisy dotyczące wprowadzenia w życie obecnego art. 101 i 102 TFUE. W rozporządzeniu tym zostały ustanowione między innymi zasady dotyczące równoległego stosowania krajowych i unijnych reguł konkurencji.

3. Motyw 8 tego rozporządzenia stanowi, że w celu zapewnienia skutecznego stosowania reguł konkurencji Unii konieczne jest zobowiązanie organów ochrony konkurencji i sądów państw członkowskich do stosowania art. 101 i 102 TFUE również wtedy, gdy stosują krajowe prawo konkurencji w odniesieniu do porozumień i praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi.

¹ Język oryginału: angielski.

² Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101 i 102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 2, s. 205).

4. Z motywu 9 wynika ponadto, że art. 101 i 102 TFUE mają na celu ochronę konkurencji na rynku. Rozporządzenie to nie wyklucza wprowadzenia w życie na terytorium państw członkowskich krajowego ustawodawstwa chroniącego pozostałe uzasadnione interesy, pod warunkiem że takie ustawodawstwo jest zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa Unii. Jeżeli ustawodawstwo krajowe służy głównie realizacji celu odmiennego niż ochrona konkurencji na rynku, organy ochrony konkurencji i sądy państw członkowskich mogą stosować takie ustawodawstwo na własnym terytorium.

5. W art. 3 rozporządzenia został uregulowany związek między art. 101 i 102 TFUE oraz krajowym prawem konkurencji. Stanowi on:

„1. Jeżeli organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. [101 TFUE], które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. [101 TFUE] do takich porozumień, decyzji lub praktyk uzgodnionych. W przypadkach, gdy organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. [102 TFUE], stosują również art. [102 TFUE].

2. Zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. [101 ust. 3 TFUE] lub spełniają przesłanki art. [101 ust. 3 TFUE], lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. [101 ust. 3 TFUE]. Niniejsze [rozporządzenie] nie ogranicza możliwości przyjmowania i stosowania przez państwa członkowskie na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa.

[...]”.

6. Artykuł 5 rozporządzenia dotyczy uprawnień organów ochrony konkurencji państw członkowskich. Stanowi on:

„Organy ochrony konkurencji państw członkowskich mają prawo stosowania art. [101 i 102 TFUE] w indywidualnych sprawach. W tym celu, działając z urzędu lub na wniosek, mogą wydać następujące decyzje:

- domagające się zaprzestania naruszenia,
- zarządzające środki tymczasowe,

[...]”.

B. Prawo krajowe

7. Artykuł 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 grudnia 2000 r. (zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji”)³ stanowi:

„1. Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

³ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2000 r., nr 122, poz. 1319).

2. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:

[...]

5) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

[...]”.

8. Artykuł 101 tej ustawy stanowi:

„1. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie:

1) dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8;

2) dopuścił się naruszenia art. [101] lub [102 TFUE];

[...]”.

II. Okoliczności powstania sporu i pytania prejudycjalne

9. Niniejsza sprawa dotyczy sporu, jaki powstał między Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanym dalej „krajowym organem ochrony konkurencji”) i Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń na Życie S.A., polskim zakładem ubezpieczeń (zwanym dalej „PZU”) w przedmiocie kary pieniężnej, którą ten krajowy organ ochrony konkurencji nałożył na to przedsiębiorstwo z powodu jego antykonkurencyjnego zachowania.

10. W decyzji z dnia 25 października 2007 r. krajowy organ ochrony konkurencji uznał, że PZU nadużyło pozycji dominującej na rynku grupowych ubezpieczeń pracowniczych na życie w Polsce, podejmując środki mające na celu zapobieganie powstaniu bądź rozwojowi konkurencji w tym sektorze. Organ ten uznał zatem, że PZU naruszyło zakaz zawarty w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji. Ponadto krajowy organ ochrony konkurencji przyjął, że tego rodzaju praktyka mogła negatywnie wpływać na możliwość wejścia na polski rynek zagranicznych ubezpieczycieli i tym samym wywierać negatywny wpływ na handel między państwami członkowskimi. W konsekwencji krajowy organ ochrony konkurencji stwierdził, że PZU naruszyło, równolegle do krajowego prawa konkurencji, obecny art. 102 TFUE.

11. Na podstawie tych ustaleń krajowy organ ochrony konkurencji nałożył na PZU karę pieniężną w wysokości 50 361 080 PLN (złotych polskich). Na karę tę składały się dwie oddzielnie obliczone kwoty. Jedna kwota została ustalona z tytułu naruszenia krajowego prawa konkurencji, a druga – głównie z tytułu naruszenia prawa konkurencji Unii Europejskiej. Konkretnie rzecz ujmując, krajowy organ ochrony konkurencji wyjaśnił w swojej decyzji, co następuje:

„1. Jako podstawę ustalania wymiaru kary należy przyjąć okres stosowania przedmiotowych praktyk [PZU] od 1 kwietnia 2001 r. do daty orzeczenia naruszenia [ustawy o ochronie konkurencji], tj. 78 zakończonych miesięcy (6 lat i 6 miesięcy).

2. O przedstawionym w niniejszej decyzji niekorzystnym wpływie przedmiotowych praktyk na handel między państwami członkowskimi UE można mówić poczynając od momentu przystąpienia Polski do UE, tj. od dnia 1 maja 2004 r.

3. Wymiar kary za naruszenie art. [102 TFUE] (w związku z art. 5 [rozporządzenia nr 1/2003]) dotyczy stosowania przez [PZU] praktyk w okresie od 1 maja 2004 r. do dnia orzeczenia naruszenia tych przepisów, tj. 41 zakończonych miesięcy (3 lata i 5 miesięcy).

4. W okresie od 1 kwietnia 2001 r. do dnia orzeczenia naruszenia ww. przepisów kara za praktyki [PZU] dotyczy przepisów art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 [ustawy o ochronie konkurencji].

5. W okresie od 1 maja 2004 r. do dnia orzeczenia naruszenia praktyki [PZU] mają wpływ zarówno na rynku krajowym jak i na handel pomiędzy państwami członkowskimi i zastosowanie mają (oprócz wymienionych w pkt [4]) przepisy art. 5 [rozporządzenia nr 1/2003].

6. Za naruszenie przepisów krajowych [...], uwzględniając okres stosowania praktyki, nakłada się karę na [PZU] w wysokości 33 022 892,77 PLN, co stanowi 65,55% łącznego wymiaru kary przedstawionego na wstępie.

7. Za naruszenie przepisów art. [102 TFUE] w związku z art. 5 rozporządzenia [nr 1/2003], uwzględniając okres stosowania praktyki oraz jej potencjalny wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi, nakłada się karę na [PZU] w wysokości 17 358 187,23 PLN, co stanowi 34,45% łącznego wymiaru kary przedstawionego na wstępie”.

12. Po bezskutecznym zaskarżeniu decyzji krajowego organu ochrony konkurencji przed dwoma sądami niższej instancji PZU wniosło skargę kasacyjną do sądu odsyłającego. Przed tym sądem PZU podniosło, że obydwie kwoty dotyczą tego samego zachowania i że w związku z tym zostało dwukrotnie ukarane karą pieniężną za to samo zachowanie. Stanowi to jego zdaniem naruszenie zasady *ne bis in idem*.

13. Wobec wątpliwości dotyczących wykładni tej zasady w świetle prawa Unii sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy dopuszczalna jest taka interpretacja art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, która uzależnia zastosowanie zasady *ne bis in idem* nie tylko od tożsamości podmiotu naruszającego i tożsamości okoliczności faktycznych, ale również tożsamości chronionego interesu prawnego?

2) Czy art. 3 [rozporządzenia nr 1/2003] w związku z art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że równolegle stosowane przez organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii prawo konkurencji Unii i krajowe prawo konkurencji chronią ten sam interes prawny?”.

14. Uwagi na piśmie przedstawiły PZU, krajowy organ ochrony konkurencji, rząd polski oraz Urząd Nadzoru EFTA i Komisja Europejska. Zgodnie z art. 76 § 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem rozprawy nie przeprowadzono.

III. Analiza

15. Przez zadane pytania sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy zasada *ne bis in idem* stoi na przeszkodzie nałożeniu przez krajowy organ ochrony konkurencji na PZU w jednej decyzji kary pieniężnej za zachowanie antykonkurencyjne zarówno na podstawie krajowego prawa konkurencji, jak i unijnych reguł konkurencji.

16. Jak sugerują wszystkie strony z wyjątkiem PZU na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco⁴.

17. Moje wyjaśnienie, dlaczego tak jest, składa się z trzech etapów. Na pierwszym z nich poczynię pewne ogólne uwagi dotyczące racji bytu zasady *ne bis in idem*. Na drugim etapie omówię podstawowe założenia orzecznictwa Trybunału dotyczące stosowania tej zasady w kontekście prawa konkurencji. Po trzecie wreszcie rozważę znaczenie zasady *ne bis in idem* dla postępowania zawisłego przed sądem odsyłającym.

A. Racja bytu zasady *ne bis in idem*

18. Zasada *ne bis in idem* stanowi bezsprzecznie jeden z filarów każdego systemu prawa opartego na zasadzie praworządności⁵. Ogólnie rzecz ujmując, pozostając w ścisłym związku z zasadą powagi rzeczy osądzonej, zasada *ne bis in idem* ma na celu zapewnienie pewności prawa i równego traktowania; jej racja bytu polega na zagwarantowaniu, że po oskarżeniu i przeprowadzeniu dochodzenia oraz, w odpowiednim przypadku, ukaraniu, dana osoba ma pewność, iż nie będzie ponownie ścigana za ten sam czyn. Natomiast w przypadku uniewinnienia zasada ta gwarantuje tej osobie, że nie będzie ona ponownie ścigana w ramach kolejnego postępowania dotyczącego tego samego czynu zabronionego⁶.

19. Trybunał wyjaśnił, że zasada *ne bis in idem* ma zastosowanie również w kontekście prawa konkurencji, czyli w dziedzinie prawa, która, w zależności od wybranej perspektywy, leży w szarej strefie pomiędzy prawem karnym a administracyjnym⁷. Zdaniem Trybunału zasady *ne bis in idem* należy przestrzegać na gruncie postępowań mających na celu nałożenie kar pieniężnych na podstawie prawa konkurencji; zasada ta zabrania zatem ponownego karania lub ścigania przedsiębiorstwa z tytułu antykonkurencyjnego zachowania, za które zostało ono ukarane lub za które nie ponosi ono odpowiedzialności, jak uznano we wcześniejszej, niepodlegającej już zaskarżeniu decyzji⁸.

20. Jednakże, podobnie jak w przypadku innych dziedzin prawa, zasada *ne bis in idem* może być stosowana w kontekście prawa konkurencji jedynie wówczas, gdy zostaną spełnione dwie przesłanki: po pierwsze, dochodzi do ponownego przeprowadzenia postępowania i, po drugie, to ponowne postępowanie dotyczy tego samego antykonkurencyjnego zachowania.

21. Te przesłanki, czyli ponowne przeprowadzenie postępowania (*bis*) w odniesieniu do tego samego czynu zabronionego (*idem*) wynikają bezpośrednio z brzmienia art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”), zgodnie z którym nie można być ponownie sądzonym lub ukaranym w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony. W myśl tego postanowienia, „nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii [Europejskiej]”. Stanowiąc odzwierciedlenie art. 4 protokołu nr 7 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „EKPC”), art. 50 karty dotyczy zatem konkretnie ponownego przeprowadzania postępowania, które zostało już zakończone wydaniem prawomocnego rozstrzygnięcia w przedmiocie tego samego czynu.

4 Niektóre ze stron, które przedstawiły uwagi, sugerowały, że Trybunał powinien odmówić udzielenia odpowiedzi na zadane pytania, ponieważ – jak twierdzono – pytania te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem odsyłającym. Jednak nie zgadzam się z tym. Okoliczność polegająca na tym, że zasada *ne bis in idem* może nie mieć zastosowania w sprawie rozpatrywanej przez sąd odsyłający, nie czyni zadanych pytań hipotetycznymi lub nieistotnymi dla tej sprawy. Przeciwnie, z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że odpowiedź udzielona przez Trybunał odnośnie do interpretacji zasady *ne bis in idem* pomoże sądowi odsyłającemu w wydaniu wyroku w zawisłej przed nim sprawie.

5 Trybunał zastosował tę zasadę po raz pierwszy w wyroku z dnia 5 maja 1966 r., Gutmann/Komisja, 18/65 i 35/65, EU:C:1966:24, s. 119.

6 Zobacz opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawach połączonych Gözütok i Brügge, C-187/01 i C-385/01, EU:C:2002:516, pkt 49.

7 W kwestii stosowania tej zasady w obszarach innych niż „czystego” prawa karnego zob. J. Tomkins, Article 50, w: S. Peers i in. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, s. 1373–1412, 1388–1390.

8 Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in., C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 94 i przytoczone tam orzecznictwo.

22. W tym miejscu należy podkreślić, że zasada *ne bis in idem* nie stanowi miernika, za pomocą którego można ustalić proporcjonalność sankcji (karnej) w ramach danego postępowania. Jej racja bytu polega na czymś innym: zapewnia ona, że sprawca nie może być sądzony lub ukarany kolejny raz za to samo zachowanie i że w konsekwencji dana osoba może być pewna, iż „odkupiła swoją winę i nie musi obawiać się nowej kary” w odniesieniu do tego konkretnego zachowania⁹. Innymi słowy, zasady tej nie stosuje się do ustalania, czy jedno działanie może stanowić więcej niż jeden czyn zabroniony¹⁰ lub czy łączenie sankcji w ramach jednego postępowania jest zgodne z zasadą proporcjonalności.

23. W następnej sekcji przedstawię te podstawowe założenia orzecznictwa Trybunału, które są istotne dla pytań prejudycjalnych skierowanych w tej sprawie.

B. Idem w prawie konkurencji

24. W orzecznictwie Trybunał wypracował szczególne kryteria, które wyznaczają niewątpliwie zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* w kontekście prawa konkurencji. Kryteria te dotyczą interpretacji tzw. elementu *idem* tej zasady. Są to mianowicie kryteria pozwalające ustalić, czy drugie postępowanie dotyczy „tego samego czynu zabronionego”¹¹.

25. W świetle prawa Unii tożsamość czynu zabronionego powinna być co do zasady ustalana na podstawie dwojakiego kryterium: okoliczności sprawy muszą być takie same i sprawca musi być ten sam. Kwalifikacja prawna lub chroniony interes nie są natomiast decydujące dla celów stosowania zasady *ne bis in idem*. Takie podejście, odzwierciedlające w dużym stopniu ostatecznie orzecznictwo ETPC¹², jest stosowane przez Trybunał w sprawach dotyczących współpracy policyjnej i wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych¹³.

26. Rzecz ma się natomiast inaczej w prawie konkurencji. W odróżnieniu od podejścia opisanego w poprzednim punkcie Trybunał konsekwentnie orzekał, że w kontekście prawa konkurencji – a w szczególności w kontekście ścigania lub karania równolegle przez Komisję i krajowe organy ochrony konkurencji – znaczenie ma także chroniony interes prawny. Innymi słowy, zasada *ne bis in idem* może być stosowana tylko wtedy, gdy są spełnione łącznie trzy kryteria dotyczące elementu *idem*. Oznacza to, że w porównywanych postępowaniach musi zachodzić tożsamość okoliczności faktycznych, sprawcy i chronionego interesu prawnego¹⁴.

27. Można uznać, że zasada ta po raz pierwszy została zastosowana przez Trybunał w wyroku Wilhelm i in.¹⁵. W tej sprawie do Trybunału skierowano pytanie, czy krajowy organ ochrony konkurencji może ścigać porozumienie, decyzję lub uzgodnioną praktykę, które były już przedmiotem decyzji Komisji. Trybunał uznał, iż takie uprawnienie przysługuje krajowemu organowi ochrony konkurencji ze względu na to, że krajowe prawo konkurencji i prawo konkurencji Unii Europejskiej rozpatrują zachowania antykonkurencyjne z różnych punktów widzenia. W związku z tym, podczas gdy prawo

9 Zobacz opinia rzecznika generalnego D. Ruiz-Jaraba Colomera w sprawach połączonych Gözütok i Brügger, C-187/01 i C-385/01, EU:C:2002:516, pkt 49.

10 Zobacz na przykład wyrok ETPC z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie Fischer przeciwko Austrii, CE:ECHR:2001:0529JUD003795097, § 25.

11 Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie Sergey Zolotukhin przeciwko Rosji [wielka izba], CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, §§ 81–84; z dnia 17 lutego 2015 r. w sprawie Boman przeciwko Finlandii, CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33.

12 Ibidem.

13 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 9 marca 2006 r., van Esbroeck, C-436/04, EU:C:2006:165, pkt 32; z dnia 28 września 2006 r., Gasparini i in., C-467/04, EU:C:2006:610, pkt 54; z dnia 28 września 2006 r., van Straaten, C-150/05, EU:C:2006:614, pkt 41, 47, 48; z dnia 18 lipca 2007 r., Kraaijenbrink, C-367/05, EU:C:2007:444, pkt 26, 28; z dnia 16 listopada 2010 r., Mantello, C-261/09, EU:C:2010:683, pkt 39.

14 Wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 338; z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in., C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 94.

15 Wyrok z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in., 14/68, EU:C:1969:4.

konkurencji Unii rozpatruje je w świetle przeszkód, jakie mogą pojawić się w handlu między państwami członkowskimi, dany krajowy system prawa opiera się na sobie właściwych względach i rozpatruje porozumienia, decyzje lub uzgodnione praktyki jedynie w tym kontekście. Tym samym Trybunał odrzucił więc możliwość zastosowania zasady *ne bis in idem* w tym kontekście¹⁶.

28. Opierając się na sentencji wyroku *Wilhelm i in.*, Trybunał ocenił możliwość zastosowania zasady *ne bis in idem*, a w szczególności istnienie elementu *idem*, w kontekście całego szeregu różnych okoliczności w obszarze prawa konkurencji.

1. Podejście Trybunału

29. Należałoby zacząć od tego rodzaju sytuacji, w której okoliczności faktyczne są najbardziej zbliżone do okoliczności niniejszej sprawy, a mianowicie sytuacji, w której Komisja i krajowy organ ochrony konkurencji podjęły działania przeciwko temu samemu sprawcy w związku z tym samym zachowaniem antykonkurencyjnym (porozumieniem, decyzją lub uzgodnioną praktyką).

30. W sprawie *Aalborg Portland*¹⁷ Trybunał ustanowił zasadę, zgodnie z którą na zasadę *ne bis in idem* można powoływać się jedynie w przypadku, gdy istnieje tożsamość okoliczności faktycznych, sprawcy i chronionego interesu prawnego. Według Trybunału zasada *ne bis in idem* zakazuje zatem ponownego karania tego samego podmiotu za to samo bezprawne zachowanie i w celu ochrony tego samego interesu prawnego¹⁸. Trybunał wyjaśnił również, że przedsiębiorstwo nie może powoływać się na zasadę *ne bis in idem*, w sytuacji gdy Komisja zastosowała wobec tego przedsiębiorstwa sankcję za zachowanie inne niż to przypisywane temu samemu przedsiębiorstwu i będące przedmiotem wcześniejszej decyzji krajowego organu ochrony konkurencji. Dotyczy to również sytuacji, w których obie te decyzje odnoszą się do nierozzerwalnie związanych ze sobą umów i porozumień.

31. W sprawie *Toshiba*¹⁹ Trybunał powołał się ponownie na ustanowioną w wyroku *Aalborg Portland* zasadę dotyczącą wymogu tożsamości okoliczności faktycznych, sprawcy i chronionego interesu prawnego. Trybunał uczynił to, chociaż rzecznik generalna J. Kokott wezwała go do odrzucenia wymogu dotyczącego tożsamości chronionego interesu prawnego i zastosowania zamiast niego dwójakiego kryterium tożsamości okoliczności i sprawcy stosowanego w innych dziedzinach prawa Unii²⁰.

32. W swoim wyroku Trybunał nie odniósł się jednak wyraźnie do kwestii, czy interesy prawne chronione przez krajowe prawo konkurencji i unijne reguły konkurencji są w rozpatrywanej sprawie takie same. Do kwestii tej można bowiem podejść z innego punktu widzenia: okoliczności faktyczne leżące u podstaw tych dwóch postępowań nie były takie same, tak więc zasada *ne bis in idem* nie miała w żadnym wypadku zastosowania. Stanowisko Trybunału w tym względzie opierało się na okoliczności polegającej na nałożeniu przez krajowy organ ochrony konkurencji kary pieniężnej na przedsiębiorstwa uczestniczące w kartelu z uwagi na antykonkurencyjne skutki tego kartelu w danym państwie członkowskim przed jego przystąpieniem do Unii Europejskiej. Komisja ze swej strony podjęła uprzednio decyzję nakładającą karę pieniężną na tych samych członków kartelu, której celem nie było jednak ukaranie skutków przed przystąpieniem²¹.

16 Ibidem, pkt 3 i 9. Trybunał sformułował jednak pewne zastrzeżenie. Według Trybunału zgodnie z zasadą słuszności przy wydawaniu rozstrzygnięcia dotyczącego nałożenia sankcji należy brać pod uwagę każde wcześniejsze rozstrzygnięcie o charakterze represyjnym. Zobacz pkt 11 tego wyroku oraz wyrok z dnia 14 grudnia 1972 r., *Boehringer Mannheim/Komisja*, 7/72, EU:C:1972:125, pkt 3.

17 Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., *Aalborg Portland i in./Komisja*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6.

18 Ibidem, pkt 338–340.

19 Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., *Toshiba Corporation i in.*, C-17/10, EU:C:2012:72.

20 Ibidem, pkt 94. Zobacz także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie *Toshiba Corporation i in.*, C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 97–134.

21 Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., *Toshiba Corporation i in.*, C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 97–103.

33. Trybunał stwierdził także brak elementu *idem* w sprawie *Limburgse Vinyl*²², w której powstało pytanie, czy zasada *ne bis in idem* może stać na przeszkodzie wydaniu przez Komisję drugiej decyzji dotyczącej tego samego zachowania antykonkurencyjnego, w sytuacji gdy Sąd stwierdził nieważność pierwszej decyzji Komisji. Trybunał orzekł, że stosowanie tej zasady jest oparte na założeniu, iż wydane zostało rozstrzygnięcie w przedmiocie tego, czy czyn zabroniony został faktycznie popełniony lub też dokonano kontroli tego, czy ocena tego czynu została przeprowadzona zgodnie z prawem. Ponieważ sytuacja taka nie miała miejsca w sprawie *Limburgse Vinyl*, Trybunał orzekł, że zasada ta nie stoi na przeszkodzie przeprowadzeniu nowego postępowania w odniesieniu do tego samego zachowania antykonkurencyjnego, w sytuacji gdy stwierdzono nieważność pierwszej decyzji ze względów proceduralnych, bez rozstrzygania co do istoty zarzucanego zachowania antykonkurencyjnego. Wynikało to zdaniem Trybunału z tego, że wyrok stwierdzający nieważność pierwszej decyzji nie mógł być uznany za wyrok „uniewinniający”. W takiej sytuacji kary nałożone na mocy nowej decyzji zastąpiły po prostu kary nałożone na mocy pierwszej decyzji, która została uznana za dotkniętą błędami proceduralnymi²³.

34. Wreszcie Trybunał zbadał również możliwość zastosowania zasady *ne bis in idem* w sytuacjach, w których to samo zachowanie antykonkurencyjne było ścigane czy też karane zarówno w Unii Europejskiej, jak i poza nią.

35. Na przykład w wyroku *Showa Denko*²⁴ Trybunał odrzucił argument, że na zasadę *ne bis in idem* można powoływać się, w sytuacji gdy Komisja wykonuje swoje wynikające z prawa Unii uprawnienia po nałożeniu przez organy państwa trzeciego na przedsiębiorstwa kar za ich udział w międzynarodowym kartelu ze względu na naruszenie reguł konkurencji mających zastosowanie w tym państwie, w sytuacji gdy organy te działały w ramach przysługujących im uprawnień²⁵.

36. W tym ostatnim wyroku dotyczącym równoległego ścigania lub karania przez Komisję i organy ochrony konkurencji państwa trzeciego Trybunał podkreślił międzynarodowy charakter zarzucanego zachowania, jak również różnice istniejące między odpowiednimi systemami prawnymi, w tym celami i zadaniami odpowiednich mających znaczenie przepisów materialnych dotyczących konkurencji, a także – szczególny interes prawny chroniony przez unijne reguły konkurencji. Trybunał podkreślił także szczególnie, że tego rodzaju sytuację, w której Komisja i organy państwa trzeciego działają w ramach przysługujących im uprawnień, należy odróżnić od sytuacji, w której zachowanie antykonkurencyjne ogranicza się wyłącznie do terytorium, wobec którego ma zastosowanie porządek prawny Unii (i jej państw członkowskich)²⁶.

37. Orzecznictwo Trybunału, a w szczególności przyjęcie trojkiego kryterium w stosunku do równoległego ścigania lub karania w Unii Europejskiej (lub na Europejskim Obszarze Gospodarczym), porusza pewne (fundamentalne) kwestie, do których odniosę się pokrótce w następnej części niniejszej opinii.

22 Wyrok z dnia 15 października 2002 r., *Limburgse Vinyl Maatschappij i in./Komisja*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, EU:C:2002:582.

23 Ibidem, pkt 59–62.

24 Wyrok z dnia 29 czerwca 2006 r., *Showa Denko/Komisja*, C-289/04 P, EU:C:2006:431.

25 Ibidem, pkt 52–56.

26 Wyroki: z dnia 29 czerwca 2006 r., *Showa Denko/Komisja*, C-289/04 P, EU:C:2006:431, pkt 51, 53; z dnia 29 czerwca 2006 r., *SGL Carbon/Komisja*, C-308/04 P, EU:C:2006:433, pkt 29, 31. Omówienie powodów, dla których zasada *ne bis in idem* nie może w żadnym wypadku mieć zastosowania, w sytuacji gdy ściganie jest „dublowane” na obszarach podlegających różnym jurysdykcjom, chyba że istnieje umowa międzynarodowa przewidująca, iż zasada ta powinna mieć zastosowanie, zostało zawarte w opinii rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie *Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients/Komisja*, C-397/03 P, EU:C:2005:363, pkt 94–99.

2. Uwagi dotyczące trojaczego kryterium zastosowanego przez Trybunał

38. Logikę leżącą u podstaw linii orzeczniczej wywodzącej się z wyroku Aalborg Portland można prześledzić wstecz do ww. wyroku w sprawie Wilhelm i in. Nie należy jednak zapominać, że rozstrzygnięcie w tej sprawie zostało wydane na początkowym etapie integracji europejskiej. W owym czasie z pewnością uzasadnione było przyjęcie założenia, że krajowe prawo konkurencji i (ówczesne) wspólnotowe prawo konkurencji służą różnym celom i tym samym są stanowione w taki sposób, aby chronić różne interesy prawne. Ponadto w tamtym czasie nie obowiązywały ani karta, ani protokół nr 7 do EKPC²⁷.

39. Natomiast w Unii Europejskiej w jej obecnym kształcie przypisywanie znaczenia, przy ustalaniu istnienia elementu idem, chronionym interesom prawnym, jest moim zdaniem problematyczne z dwóch istotnych powodów.

40. Po pierwsze, prawo krajowe i prawo Unii są coraz bardziej zbieżne: wydaje się zatem, że stanowisko zajęte przez Trybunał w sprawie Wilhelm i in., zgodnie z którym krajowe prawo konkurencji i prawo konkurencji Unii rozpatrują zachowania antykonkurencyjne z różnych punktów widzenia, nie jest już w pełni uzasadnione. W pewnym stopniu można się zastanawiać nad praktycznym znaczeniem tego kryterium w kontekście równoległego prowadzenia postępowań lub nakładania kar przez Komisję i krajowe organy ochrony konkurencji.

41. Mogą jednak istnieć sytuacje, w których to nakładanie się nie jest doskonałe: sytuację taką przewiduje rozporządzenie nr 1/2003, instrument prawa wtórnego, którego celem jest koordynacja stosowania prawa konkurencji Unii oraz zapewnienie, w stosownych przypadkach, stosowania przez krajowe organy ochrony konkurencji art. 101 i 102 TFUE do tych postępowań, które mają wpływ na handel między państwami członkowskimi. Tak więc motyw 9 tego rozporządzenia stanowi, że w przypadku gdy ustawodawstwo krajowe służy głównie realizacji celu odmiennego niż ochrona konkurencji na rynku (cel art. 101 i 102 TFUE), organy ochrony konkurencji i sądy państw członkowskich mogą stosować takie ustawodawstwo na swoim terytorium. Niemniej jednak moim zdaniem jest to dziś sytuacja raczej rzadka.

42. Po drugie, i co ważniejsze, można dostrzec pewne napięcie między trojakim kryterium stosowanym w obszarze prawa konkurencji a art. 50 karty. Innymi słowy: czy to trojake kryterium jest zgodne z art. 50 karty?

43. Pytanie to jest moim zdaniem uzasadnione.

44. Wydaje mi się, że Trybunał jest świadomy istnienia tego napięcia. Choć bowiem w rzeczy samej powołał się on na to trojake kryterium w sprawie Toshiba, wykluczył jednak zastosowanie zasady ne bis in idem w tej sprawie na innej podstawie, wskazując, że okoliczności faktyczne leżące u podstaw dwóch kolejnych wydanych w tej sprawie decyzji (podjętych przez Komisję i krajowy organ ochrony konkurencji) nie były identyczne. Zapewne to dzięki istnieniu tej różnicy Trybunał nie musiał wprost stosować tego trojaczego kryterium, którego losy z pewnością będą w przyszłości przedmiotem sporów sądowych.

45. Trudno jest mi znaleźć zasadne powody, dla których to trojake kryterium powinno być nadal stosowane w kontekście prawa konkurencji.

²⁷ Złożoność stosowania zasady ne bis in idem w kontekście prawa konkurencji w owym czasie została szczegółowo przedstawiona w opinii rzecznika generalnego H. Mayrasa w sprawie Boehringer Mannheim/Komisja, 7/72, EU:C:1972:107, s. 1293 i nast.

46. Przychyłam się do stanowiska rzecznik generalnej J. Kokott, że zapisana w art. 50 karty zasada *ne bis in idem* powinna być interpretowana jednakowo we wszystkich obszarach prawa Unii, z należyтым uwzględnieniem wymogów wynikających z orzecznictwa ETPC²⁸. Sama tylko okoliczność, że prawo konkurencji nie stanowi „twardego rdzenia” prawa karnego lub to, że sankcje w prawie konkurencji powinny mieć wystarczająco odstraszący skutek, aby zapewnić skuteczną ochronę konkurencji, nie stanowią moim zdaniem powodów wystarczających do tego, aby w sferze prawa konkurencji ograniczać zapewnianą przez kartę ochronę.

47. Prawdopodobieństwo wszczęcia przez kilka organów ochrony konkurencji postępowania przeciwko temu samemu przedsiębiorstwu w sprawie tego samego działania (z uwagi na rozprzestrzenienie się rzeczywistych lub potencjalnych skutków tego działania na obszarze Unii Europejskiej) wydaje się być nieodłącznym elementem zdecentralizowanego systemu stosowania prawa konkurencji ustanowionego rozporządzeniem nr 1/2003. Jest tak, pomimo że rozporządzenie to zawiera pewne zasady mające na celu uniknięcie równoległego ścigania²⁹. Ze względu więc na strukturę ustanowionego w rozporządzeniu nr 1/2003 systemu egzekwowania prawa stosowanie zasady *ne bis in idem* nie powinno moim zdaniem podlegać nadmiernie uciążliwym kryteriom.

48. Skuteczną ochronę konkurencji w Unii Europejskiej, która należycie uwzględnia prawa przedsiębiorstw działających na rynku wewnętrznym, można bowiem zapewnić bez odwoływania się do wymogu tożsamości chronionych interesów prawnych. Przy zastosowaniu dwojakiego kryterium opartego na tożsamości okoliczności faktycznych i sprawcy czynu zabronionego zasada *ne bis in idem* uniemożliwiałaby po prostu więcej niż jednemu organowi ochrony konkurencji nakładanie kar z tytułu (rzeczywistych lub domniemanych) antykonkurencyjnych skutków określonego zachowania, w przypadku gdy kary te dotyczą tego samego terytorium i tego samego okresu w ramach Unii Europejskiej. Nie wykluczałaby natomiast możliwości ścigania lub karania przez więcej niż jeden organ ochrony konkurencji tych jej ograniczeń, które wynikają z jednego i tego samego działania na różnych terytoriach lub w różnych okresach czasu³⁰.

49. Biorąc pod uwagę, że w prawie konkurencji skutki zarzucanego zachowania, związane z określonym terytorium i określonym czasem, stanowią niezbędny element stanu faktycznego, dwojake kryterium *idem* może zapewnić skuteczne ściganie zachowań antykonkurencyjnych w Unii Europejskiej. Zapewnia ono również przedsiębiorstwom większą pewność prawa. Co ważniejsze, jest także zgodne z wymogami określonymi w art. 50 karty, interpretowanym w świetle orzecznictwa ETPC.

50. Niestety niniejsza sprawa nie pozwala na wyjaśnienie tej kwestii.

C. Niniejsza sprawa: brak elementów bis i idem

51. Jak już zasygnalizowano powyżej, przedłożone pytania odzwierciedlają omówione w poprzednim punkcie wątpliwości, jakie ma sąd odsyłający w przedmiocie zgodności trojakiego kryterium dotyczącego oceny elementu *idem* z art. 50 karty.

²⁸ Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in., C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 120–122.

²⁹ Zobacz w szczególności art. 13 rozporządzenia dotyczący zawieszenia lub zamknięcia postępowania.

³⁰ Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in., C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 131. W takich okolicznościach należy jednak odpowiednio uwzględnić ogólny wymóg ustanowiony w wyroku Wilhelm i in. W związku z tym przy podejmowaniu decyzji dotyczącej nałożenia sankcji należy brać pod uwagę wszystkie wcześniejsze decyzje o charakterze represyjnym. Zobacz wyrok z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in., 14/68, EU:C:1969:4, pkt 11.

52. Trzeba jeszcze raz z całą mocą podkreślić, że stosowanie zasady *ne bis in idem* wymaga także obecności elementu *bis*. Wynika to jasno zarówno z brzmienia samej zasady, jak i z art. 50 karty. Wynika to również jasno z orzecznictwa ETPC³¹. Co zrozumiałe, zgodnie z moją wiedzą, Trybunał jedynie zbadał potencjalne naruszenie tej zasady w sytuacjach zagrożenia kolejnych postępowań³².

53. W sprawie toczącej się przed sądem odsyłającym brakuje jednak elementu *bis*. W rzeczywistości z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że krajowy organ ochrony konkurencji podjął jedną decyzję nakładającą jedną karę pieniężną, stosując równocześnie krajowe i prawo Unii dotyczące konkurencji.

54. Zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania w takich okolicznościach.

55. Na podstawie informacji, którymi dysponuje Trybunał, wydaje się, że kwestia, którą należy rozstrzygnąć w postępowaniu głównym, dotyczy raczej tego, czy metodologia zastosowana przez krajowy organ ochrony konkurencji do nałożenia kary pieniężnej jest zgodna z zasadą proporcjonalności³³.

56. Mimo że ocena proporcjonalności sankcji należy ostatecznie do sądu odsyłającego, szczególną uwagę trzeba w tym miejscu zwrócić na rozporządzenie nr 1/2003. Przyjmując rozporządzenie nr 1/2003, prawodawca Unii dążył do zapewnienia stosowania przez organy krajowe art. 101 i 102 TFUE (zamiast krajowego prawa konkurencji lub równoległe do niego). Jak wynika z art. 3 rozporządzenia, ma ono również na celu zagwarantowanie, że krajowe organy ochrony konkurencji nie będą wydawać decyzji, które ograniczałyby skuteczność unijnych reguł konkurencji. Innymi słowy, rozporządzenie to w rzeczywistości zachęca (w stosownych przypadkach) do jednoczesnego stosowania przez krajowe organy ochrony konkurencji krajowego prawa konkurencji i prawa Unii dotyczącego konkurencji. Jeśli zaś chodzi o proporcjonalność kar pieniężnych, rozporządzenie to nie określa zasad dotyczących tego, w jaki sposób krajowe organy ochrony konkurencji miałyby obliczać kary pieniężne w określonych okolicznościach. Artykuł 23 rozporządzenia ustanawia jedynie sztywny górny limit kar pieniężnych nakładanych przez Komisję, a mianowicie 10% całkowitego obrotu danego przedsiębiorstwa w poprzedzającym roku obrotowym.

57. W niniejszej sprawie nie znajduję niczego, co sugerowałoby, że doszło do naruszenia zasady proporcjonalności.

58. W rzeczywistości metodologia zastosowana przez krajowy organ ochrony konkurencji przy ustalaniu kary pieniężnej wydaje się stanowić podręcznikowy przykład stosowania przez krajowy organ ochrony konkurencji w danej sprawie równoległe krajowego prawa konkurencji i prawa konkurencji Unii. Ta kara składa się z dwóch części, które stanowią sankcje z tytułu skutków zarzucanego zachowania w odniesieniu do dwóch różnych okresów: pierwsza część dotyczy naruszenia krajowego prawa konkurencji przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej w dniu 1 maja 2004 r., a druga – naruszenia unijnych reguł konkurencji (oraz krajowego prawa konkurencji) po tej dacie. Jeśli chodzi w szczególności o ten drugi okres, krajowy organ ochrony konkurencji wziął pod uwagę okoliczność,

31 Zobacz na przykład wyroki ETPC: z dnia 7 grudnia 2006 r., w sprawie Hauser-Sporn przeciwko Austrii, CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 42 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf (data dostępu 19 października 2018 r.), pkt 30 i nast.

32 Kwestia interpretacyjna związana z elementem *bis* zasadniczo dotyczy właściwej wykładni pojęcia „prawomocnego orzeczenia”. Zobacz na przykład wyroki: z dnia 28 września 2006 r., Gasparini i in., C-467/04, EU:C:2006:610, pkt 31, 32; z dnia 28 września 2006 r., van Straaten, C-150/05, EU:C:2006:614, pkt 51, 58; z dnia 22 grudnia 2008 r., Turansky, C-491/07, EU:C:2008:768, pkt 35, 36. W ostatnim czasie Sąd wyraźnie odrzucił twierdzenie o możliwości powoływania się na zasadę *ne bis in idem*, w przypadku gdy w jednej decyzji nałożono kilka kar pieniężnych. Zobacz wyrok z dnia 26 października 2017 r., Marine Harvest/Komisja, T-704/14, EU:T:2017:753, pkt 307–344. Trybunał rozpatruje teraz odwołanie od tego wyroku.

33 Zobacz wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r., Coop de France bétail et viande i in./Komisja, C-101/07 P i C-110/07 P, EU:C:2008:741, pkt 130. Z rozumowania Trybunału wynika, że kwestia, czy przedsiębiorstwo zostało ukarane dwukrotnie za to samo naruszenie, powinna być oceniana w świetle zasady proporcjonalności.

że zarzucane zachowanie (oprócz skutków wywieranych w Polsce) wpływa (potencjalnie) na handel między państwami członkowskimi. To „nakładanie się” wynika natomiast z metodologii zastosowanej do obliczenia kary pieniężnej z tytułu naruszenia prawa konkurencji. Nie jest ono niezgodne z zasadą *ne bis in idem*.

59. W świetle powyższego na zadane pytania należy odpowiedzieć w ten sposób, że zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania w okolicznościach takich, jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym.

IV. Wnioski

60. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania Sądu Najwyższego (Polska) w następujący sposób:

Zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania w okolicznościach takich, jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym.