Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 2 września 2021 r.[1]

Sprawa C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
przeciwko
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria)]

Odesłanie prejudycjalne – Konkurencja – Zachowanie będące przedmiotem dochodzenia prowadzonego przez dwa krajowe organy ochrony konkurencji – Zasada *ne bis in idem* – Jednoczesne stosowanie prawa konkurencji Unii i krajowego prawa konkurencji – Tożsamość chronionego interesu prawnego – Skutki terytorialne decyzji krajowego organu ochrony konkurencji – Program łagodzenia kar

I. Wprowadzenie

1. Nordzucker i Südzucker to dwaj producenci cukru. Niemiecki krajowy organ ochrony konkurencji stwierdził, że te dwa przedsiębiorstwa naruszyły art. 101 TFUE i niemieckie prawo konkurencji. W postępowaniu głównym austriacki krajowy organ ochrony konkurencji domaga się stwierdzenia, że przedsiębiorstwa te naruszyły art. 101 TFUE oraz austriackie prawo konkurencji, powołując się przy tym na te same okoliczności faktyczne, które zostały już zawarte w decyzji niemieckiej.

2. W tym kontekście Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) zwraca się z pytaniami o zakres stosowania zasady *ne bis in idem* zapisanej w art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”). Zasadniczą kwestię stanowi to, czy zasada ta sprzeciwia się prowadzonym równolegle lub następującym po sobie postępowaniom z zakresu prawa konkurencji w innych państwach członkowskich w odniesieniu do – przynajmniej częściowo – tego samego zachowania.

3. Z niniejszej sprawy wynikają w szczególności dwa problemy. Po pierwsze, jakimi kryteriami należy kierować się przy dokonywaniu wykładni *idem* dla celów stosowania zasady *non bis in idem* w prawie konkurencji i ogólnie na podstawie art. 50 karty? Do tego zagadnienia odnoszę się

[1] Język oryginału: angielski.

szczegółowo w równolegle sporządzanej przeze mnie opinii w sprawie bpost [2]. W tym zakresie niniejsza opinia opiera się zatem na analizie tam przeprowadzonej. Po drugie, szczególny charakter niniejszej sprawy wynika z faktu, że konieczne staje się przypomnienie, co decyduje o tożsamości istotnych okoliczności faktycznych dla celów zasady *ne bis in idem* [3]. A przede wszystkim Trybunał ma również okazję doprecyzować – po raz kolejny można by dodać – w jaki sposób rozumie tożsamość chronionego interesu prawnego. Czy w dwóch postępowaniach krajowych, w ramach których dwa krajowe organy ochrony konkurencji stosowały (ten sam) przepis prawa konkurencji Unii, a także swoje odpowiednie krajowe przepisy prawa konkurencji, występuje ten sam chroniony interes prawny?

II. Ramy prawne

4. Artykuł 50 karty, zatytułowany „Zakaz ponownego sądzenia lub karania w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary", stanowi: „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".

5. Artykuł 101 TFUE uznaje za niezgodne z rynkiem wewnętrznym i w związku z tym zakazane „wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego".

6. Artykuł 3 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 [4], zatytułowany „Związek między art. 81 i 82 traktatu a krajowym prawem konkurencji", stanowi:

„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. 81 ust. 1 traktatu, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. 81 traktatu 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. 82 traktatu, stosują również art. 82 traktatu.

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. 81 ust. 1 traktatu lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 traktatu, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 traktatu. 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.

[2] Opinii w sprawie C-117/20.

[3] Co Trybunał czynił już w przeszłości, a najbardziej szczegółowo być może w wyroku z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. 2003, L 1, s. 1).

3. Bez uszczerbku dla ogólnych zasad i innych postanowień prawa wspólnotowego ust. 1 i 2 nie mają zastosowania, jeżeli organy ochrony konkurencji i sądy państw członkowskich stosują krajowe przepisy dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorstw, ani nie wykluczają stosowania krajowych przepisów prawnych, które w sposób przeważający dążą do celu odmiennego niż ten, do którego prowadzą art. 81 i 82 traktatu".

7. Artykuł 5, zatytułowany „Uprawnienia organów ochrony konkurencji państw członkowskich", stanowi:

„Organy ochrony konkurencji państw członkowskich mają prawo stosowania art. 81 i 82 traktatu w indywidualnych sprawach. W tym celu, działając z urzędu lub na wniosek, mogą wydać następujące decyzje:

– domagające się zaprzestania naruszenia,

– zarządzające środki tymczasowe,

– akceptujące zobowiązania,

– nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne, lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa.

Jeżeli na podstawie informacji, które posiadają organy ochrony konkurencji państw członkowskich, [dojdą one do wniosku, że] warunki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione, mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony".

8. Artykuł 13 dotyczy „Zawieszenia lub zamknięcia postępowania":

„1. Jeżeli organy ochrony konkurencji dwóch lub więcej państw członkowskich działają na wniosek lub z urzędu na mocy art. 81 lub 82 traktatu w sprawie tego samego porozumienia, decyzji związku lub praktyki uzgodnionej, okoliczność, iż jeden organ zajmuje się tą sprawą, jest wystarczającą podstawą dla innych organów do zawieszenia postępowania toczącego się przed nimi lub odrzucenia wniosku. Komisja może odrzucić wniosek na tej podstawie, że organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego zajmuje się tą sprawą.

2. Organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego lub Komisja może odrzucić wniosek w sprawie porozumienia, decyzji związku lub praktyki uzgodnionej, jeżeli sprawa jest już rozpatrywana przez inny organ ochrony konkurencji".

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

9. Nordzucker i Südzucker to dwaj niemieccy producenci cukru. Agrana jest spółką kontrolowaną przez Südzucker. Prowadzi ona cukrownie w Austrii i Europie Wschodniej.

10. Ze względów historycznych i z uwagi na jednorodność produktu oraz wysokie koszty transportu niemiecki rynek cukru został podzielony na główne obszary sprzedaży dużych niemieckich producentów. W reakcji na próby wejścia na niemiecki rynek cukru podejmowane przez zagranicznych producentów cukru począwszy co najmniej od 2004 r. odbyło się kilka spotkań z udziałem dyrektorów sprzedaży Nordzucker i Südzucker. W trakcie tych spotkań

szczególnie podkreślano, jak ważne jest uniknięcie nowej presji konkurencyjnej poprzez zapewnienie, aby niemieckie spółki nie konkurowały ze sobą poprzez przenikanie na swoje tradycyjne główne obszary sprzedaży.

11. Pod koniec 2005 r. i na początku 2006 r. Agrana ustaliła, że niektórzy z jej austriackich klientów kupowali cukier od słowackiej spółki zależnej Nordzucker. W dniu 22 lutego 2006 r. podczas rozmowy telefonicznej dyrektor zarządzający Agrany poinformował dyrektora sprzedaży Südzucker o tych dostawach i zapytał go, czy zna właściwą osobę w Nordzucker, z którą mógłby omówić tę sprawę. Dyrektor sprzedaży Südzucker zadzwonił wówczas do dyrektora sprzedaży Nordzucker. Skarżył się na dostawy do Austrii i dał do zrozumienia, że może to mieć konsekwencje dla rynku niemieckiego. Dyrektor sprzedaży Nordzucker został poinstruowany, by nie reagować w sposób wyraźny na to żądanie. Jednakże następnie wyraził on wobec kierownika sprzedaży w słowackiej spółce zależnej Nordzucker życzenie, by nie zwiększać wywozu do Austrii.

12. Decyzją z dnia 18 lutego 2014 r. Bundeskartellamt (zwany dalej „BKA") – niemiecki krajowy organ ochrony konkurencji nałożył na Südzucker grzywnę w wysokości 195 500 000 EUR zasadniczo za nieprzestrzeganie w Republice Federalnej Niemiec zakazu porozumień między konkurującymi przedsiębiorstwami, które to porozumienia mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym. BKA stwierdziło, że Nordzucker, Südzucker i trzecie niemieckie przedsiębiorstwo działały w zmowie ze sobą poprzez respektowanie odpowiednich głównych obszarów sprzedaży konkurentów w odniesieniu do cukru przemysłowego i detalicznego. W decyzji BKA przytoczono również treść opisanej powyżej rozmowy telefonicznej z dnia 22 lutego 2006 r. dotyczącej Austrii.

13. W następstwie wniesienia przez Nordzucker wniosku o złagodzenie kary w Austrii wszczęto postępowanie główne. Bundeswettbewerbsbehörde (austriacki krajowy organ ochrony konkurencji, zwany dalej „BWB") wystąpił do właściwych sądów austriackich, domagając się stwierdzenia naruszenia przez Nordzucker art. 101 TFUE oraz przepisów krajowego prawa konkurencji. W odniesieniu do Südzucker BWB domagało się nałożenia grzywny w wysokości 12 460 000 EUR za okres od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 21 września 2006 r. BWB wniosło o nałożenie kolejnej grzywny w wysokości 15 390 000 EUR na Südzucker solidarnie z Agraną za okres od dnia 22 września 2006 r. do dnia 31 października 2008 r.

14. Krajowy sąd pierwszej instancji oddalił wniosek. Orzekł, że BWB nie ma uzasadnionego interesu w domaganiu się stwierdzenia, że Nordzucker popełnił naruszenie. Wynika to z faktu, że Nordzucker jest przedsiębiorstwem objętym programem łagodzenia kar, wobec którego BWB odstąpiło od żądania nałożenia grzywny. W okresie do dnia 22 lutego 2006 r. nic nie wskazywało na to, że Austria została włączona, choćby w sposób dorozumiany, w zakres podstawowego porozumienia co do respektowania tradycyjnych niemieckich obszarów sprzedaży.

15. Sąd pierwszej instancji zauważył jednak również, że żądanie sformułowane w rozmowie telefonicznej z dnia 22 lutego 2006 r. mogło mieć co najmniej skutek w postaci blokowania dostaw do Austrii dokonywanych przez słowacką spółkę zależną Nordzucker. Z tego względu późniejsze wykonanie tego żądania stanowiło zatem porozumienie między Nordzucker a Südzucker, które naruszało art. 101 ust. 1 TFUE. Sąd orzekł jednak, że jeżeli pewien aspekt zachowania był objęty karą nałożoną już przez inny krajowy organ ochrony konkurencji, to nowa kara byłaby sprzeczna z zasadą *ne bis in idem*. Zdaniem sądu tak właśnie było w przypadku porozumienia z dnia 22 lutego 2006 r.

16. BWB odwołało się do Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego) – sądu odsyłającego. Domaga się ono, aby w oparciu o porozumienie zawarte podczas rozmowy telefonicznej z dnia 22 lutego 2006 r. stwierdzono, że Nordzucker naruszył art. 101 TFUE i odpowiednie przepisy prawa krajowego. W odniesieniu do Südzucker BWB wnosi również o nałożenie grzywny za to samo naruszenie. BWB kwestionuje zastosowanie przez sąd pierwszej instancji zasady *ne bis in idem*. Twierdzi ono, że w ocenie tej nie wzięto pod uwagę terytoriów, w odniesieniu do których ustalono grzywny w oparciu o osiągnięty tam obrót. W ocenie BWB decyzja sądu pierwszej instancji jest również sprzeczna ze zdecentralizowanym stosowaniem unijnego prawa konkurencji na podstawie rozporządzenia nr 1/2003, które zezwala na równoległe działania kilku krajowych organów ochrony konkurencji.

17. Sąd odsyłający zaznacza, że BKA nałożyło na Südzucker grzywnę za działania obejmujące rozmowę telefoniczną z dnia 22 lutego 2006 r., a jest to jedyne istotne naruszenie w sprawie przed nim zawisłej. Sąd powołuje się ponadto na orzecznictwo Trybunału, w myśl którego stosowanie zasady *ne bis in idem* podlega potrójnemu warunkowi tożsamości sprawcy naruszenia, istotnych okoliczności faktycznych i chronionego interesu prawnego. Zwraca również uwagę na pewien konflikt między kryterium chronionego interesu prawnego a podejściem stosowanym w innych dziedzinach prawa Unii, w myśl którego stosowanie zasady *ne bis in idem* uzależnione jest jedynie od tożsamości sprawcy i okoliczności faktycznych.

18. Sąd odsyłający zauważa, że orzecznictwo Trybunału nie dostarcza żadnych wskazówek w przedmiocie stosowania zasady *ne bis in idem* w przypadku, gdy dwa krajowe organy ochrony konkurencji stosują prawo konkurencji Unii i krajowe prawo konkurencji w dwóch postępowaniach dotyczących tych samych okoliczności faktycznych i tego samego sprawcy. Sąd odsyłający zauważa ponadto, że nie sposób wywieść żadnej wskazówki z rozporządzenia nr 1/2003. Co więcej, sąd zastanawia się, czy fakt, iż krajowy organ ochrony konkurencji wziął pod uwagę skutki danego naruszenia w innym państwie członkowskim, ma znaczenie dla zastosowania zasady *ne bis in idem* i czy znaczenie w tym względzie ma fakt, że postępowanie główne obejmowało zastosowanie programu łagodzenia kar w odniesieniu do Nordzucker.

19. W tych okolicznościach Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy ustanowione w orzecznictwie Trybunału z zakresu prawa konkurencji trzecie kryterium dotyczące zastosowania zasady *ne bis in idem*, a mianowicie że musi chodzić o ten sam chroniony interes prawny, powinno być stosowane także wtedy, gdy organy ochrony konkurencji dwóch państw członkowskich są właściwe, by w odniesieniu do tego samego stanu faktycznego i tych samych osób stosować obok norm krajowych także te same normy prawa europejskiego (w niniejszym przypadku art. 101 TFUE)?

W przypadku odpowiedzi twierdzącej na to pytanie:

2) Czy w takim przypadku równoległego zastosowania europejskiego i krajowego prawa konkurencji występuje ten sam chroniony interes prawny?

3) Czy dla stosowania zasady *ne bis in idem* ma ponadto znaczenie, czy w pierwszej pod względem czasowym decyzji organu ochrony konkurencji jednego państwa członkowskiego o nałożeniu grzywny wzięto pod uwagę skutki naruszenia prawa konkurencji pod względem faktycznym dla innego państwa członkowskiego, którego organ ochrony konkurencji dopiero później wydał decyzję w prowadzonym przez siebie postępowaniu z zakresu prawa konkurencji?

4) Czy postępowanie, w którym ze względu na udział uczestnika krajowego programu łagodzenia kar może jedynie zostać stwierdzone naruszenie przez niego prawa konkurencji, jest również postępowaniem podlegającym zasadzie *ne bis in idem*, czy też samo takie stwierdzenie naruszenia może nastąpić niezależnie od wyniku wcześniejszego postępowania w sprawie nałożenia grzywny (w innym państwie członkowskim)?".

20. Uwagi na piśmie wniosły: Südzucker, Agrana, BWB, rządy belgijski, niemiecki i włoski oraz Komisja Europejska. Südzucker, Agrana, BWB, rządy belgijski, niemiecki i polski oraz Komisja przedstawiły swoje argumenty ustne na rozprawie, która odbyła się w dniu 22 marca 2021 r. Rozprawa ta została zorganizowana wspólnie dla niniejszej sprawy i sprawy bpost (C-117/20).

IV. Ocena

21. Niniejsza opinia ma podaną niżej strukturę. Swoją analizę rozpocznę od ustosunkowania się do istotności pierwszego i drugiego z postawionych pytań (A). Następnie zajmę się testem, który w mojej ocenie powinien regulować możliwość zastosowania zasady *ne bis in idem* w sprawach z zakresu prawa konkurencji oraz w każdej innej sprawie prowadzonej na podstawie art. 50 karty (B). Zajmę się w szczególności kwestią chronionego interesu prawnego w prawie konkurencji Unii (B.1), a następnie przejdę do kwestii tożsamości istotnych okoliczności faktycznych na danym obszarze i w danym czasie (B.2). Na zakończenie skoncentruję się na istotności stwierdzenia naruszenia, którego domagano się w postępowaniu krajowym, w którym nie nałożono grzywny, ponieważ obejmowało ono zastosowanie programu łagodzenia kar, dla możliwości zastosowania w tym postępowaniu zasady *ne bis in idem* (C).

A. Istotność pytań prejudycjalnych pierwszego i drugiego

22. W pytaniach pierwszym i drugim sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy kryterium chronionego interesu prawnego ma zastosowanie w kontekście dwóch postępowań krajowych dotyczących tych samych sprawców i częściowo tych samych okoliczności faktycznych, w których to postępowaniach odpowiednie krajowe organy ochrony konkurencji stosują art. 101 TFUE i krajowe prawo konkurencji (pytanie pierwsze). O ile kryterium interesu prawnego zostanie uznane za istotne, sąd odsyłający zwraca się również z pytaniem, czy unijne i krajowe prawo konkurencji chroni ten sam interes prawny (pytanie drugie).

23. Mimo że formalnie nie podniesiono zarzutu niedopuszczalności, BWB, rząd niemiecki i Komisja uważają, że odpowiedź na pytanie pierwsze (i w pewnym zakresie na pytanie drugie) nie ma decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zasadniczo są one zdania, że w postępowaniu głównym nie zachodzi tożsamość okoliczności faktycznych, ponieważ BKA i BWB rozpatrywały określone zachowanie antykonkurencyjne wyłącznie w odniesieniu do właściwego im terytorium krajowego. Nie ma zatem potrzeby dokonywania oceny chronionego interesu prawnego.

24. Proponuję, aby nie uchylać się od odpowiedzi na pierwsze i drugie z postawionych pytań.

25. Po pierwsze, nie jest przede wszystkim jasne, czy BKA ograniczyło swoje postępowanie do terytorium Niemiec. Wydaje się bowiem, że istnieje pewna niejasność w kwestii tego, co dokładnie krajowy organ ochrony konkurencji brał pod uwagę i jakie niesie to konsekwencje. Jak

rozumiem, źródłem tej niejasności jest zawarta w decyzji BKA wzmianka o rozmowie telefonicznej z dnia 22 lutego 2006 r., w której mowa była o rynku austriackim. Na rozmowę tę powołuje się również BWB w postępowaniu głównym.

26. Brakuje jednak informacji wyjaśniających, czy (i jak) zmowa wynikająca z tej rozmowy znalazła odzwierciedlenie w ustaleniu zakresu terytorialnego postępowania prowadzonego przez BKA i w jego ostatecznej decyzji. Sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do zakresu terytorialnego decyzji BKA. Stwierdza ponadto, że decyzja ta nie zawiera szczegółowych informacji dotyczących obrotu, które stanowiły podstawę obliczenia grzywny nałożonej na Südzucker.

27. Wątpliwości te pogłębia fakt, że w pierwszym pytaniu wyraźnie odniesiono się do *tego samego stanu faktycznego*. W pytaniu trzecim zapytano następnie o *te same skutki* danego naruszenia prawa konkurencji. Jeżeli pytania te rozpatrywać w kontekście postanowienia odsyłającego, wydaje się, że w ocenie sądu odsyłającego może dochodzić do terytorialnego nakładania się na siebie zakresu postępowania prowadzonego przez BKA z jednej strony i postępowania prowadzonego przez sąd odsyłający z drugiej strony.

28. Po drugie, sąd odsyłający wyraźnie zwraca się do Trybunału o udzielenie wskazówek w kwestii chronionego interesu prawnego. Chociaż element ten rzeczywiście może być brany pod uwagę po weryfikacji tożsamości sprawcy i istotnych okoliczności faktycznych, specyfika sprawy i interes ekonomii procesowej może wymagać innej kolejności oceny. Rozstrzygnięcie tej kolejności należy do sądu odsyłającego.

29. Po trzecie, co prawda na marginesie, ale mimo wszystko, sąd krajowy poprzez niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zwraca się z pytaniem o test zasady *ne bis in idem*, który należy stosować w szczególności w postępowaniach z zakresu prawa konkurencji i ogólnie w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 50 karty. W tym kontekście wydałoby mi się dość zastanawiające, a z pewnością niezgodne z duchem współpracy sądowej, gdyby Trybunał skoncentrował się po prostu na jednej z przesłanek, która może nie być spełniona (a która jest w rzeczywistości kwestią faktyczną wymagającą ustalenia przez sąd odsyłający), nie sprecyzował zaś innych kryteriów tego testu.

30. Podsumowując, ponieważ nie można wykluczyć, że zakres okoliczności faktycznych rozpatrywanych w obydwu postępowaniach w ten czy inny sposób się pokrywa lub że sąd odsyłający może chcieć zbadać kwestię interesu prawnego przed kwestią tożsamości okoliczności faktycznych, nie można uznać, że obalone zostało znaczenie dla sprawy[5] zagadnień podniesionych we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Sugeruję zatem, aby Trybunał udzielił odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie.

B. Zasada ne bis in idem w prawie (konkurencji) Unii: test i jego elementy składowe

31. Pierwsze i drugie z postawionych pytań dotyczą określenia testu, który powinien regulować możliwość zastosowania zasady *ne bis in idem* w sprawach z zakresu prawa konkurencji, oraz – konkretniej w tym kontekście – definicji „idem”.

[5] Zobacz podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2021 r., Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (C-383/19, EU:C:2021:337, pkt 29, 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

32. Rozpocznę od krótkiego przypomnienia przyczyn wątpliwości w tym względzie. Sugerowana przeze mnie odpowiedź na pytanie *pierwsze* czerpie z analizy przeprowadzonej już w równolegle sporządzanej przeze mnie opinii w sprawie bpost. Proponuję ujednolicony test *ne bis in idem* na podstawie art. 50 karty, opierający się na tożsamości trzech elementów: sprawcy, istotnych okoliczności faktycznych i chronionego interesu prawnego (1).

33. Następnie w odpowiedzi na pytanie *drugie* omówię kwestię chronionego interesu prawnego, w szczególności w kontekście prawa konkurencji. W tym względzie stwierdzam, że w przypadku gdy dwa krajowe organy ochrony konkurencji stosują art. 101 TFUE i równoważne przepisy prawa krajowego, chronią one ten sam interes prawny (2).

34. Na koniec przejdę do rozważenia, czy obydwa postępowania omawiane w niniejszej sprawie dotyczą tych samych okoliczności faktycznych i czy w ogóle jest to możliwe pod względem prawnym. Zakończę stwierdzeniem, że kwestia tego, czy BKA wzięło pod uwagę skutki danego naruszenia prawa konkurencji w Austrii, rzeczywiście ma znaczenie dla możliwości zastosowania zasady *ne bis in idem* w postępowaniu głównym, ale pod względem faktycznym nie ma co do tego jasności (3).

1. Test: tożsamość trzech elementów

35. Inspiracją dla pytań prejudycjalnych pierwszego i drugiego jest zapewne wielokrotne potwierdzanie przez Trybunał, że w kontekście prawa konkurencji spełnienie przesłanki idem wymaga nie tylko tożsamości sprawcy i okoliczności faktycznych, ale i tożsamości chronionego interesu prawnego [6].

36. Orzecznictwo dotyczące zasady *ne bis in idem* w prawie konkurencji Unii zaczęło się rozwijać mniej więcej pięćdziesiąt lat temu wraz z wydaniem przez Trybunał wyroku Wilhelm i in. [7]. Sprawa ta dotyczyła dochodzenia w przedmiocie zachowania antykonkurencyjnego prowadzonego równolegle na szczeblu krajowym i ponadnarodowym. Stwierdzenie Trybunału, że „prawo wspólnotowe i krajowe dotyczące karteli rozpatrują kartele z różnych punktów widzenia" [8], zostało później uzupełnione uściśleniem, z którego wynika, że ochrona przewidziana w prawie konkurencji zasadą *ne bis in idem* znajduje zastosowanie jedynie wówczas, gdy drugie postępowanie dotyczy nie tylko tego samego sprawcy i tych samych okoliczności faktycznych, ale i tego samego chronionego interesu prawnego [9]. Tę samą interpretację zasady potwierdzono w szczególności w wyroku Toshiba [10]. Pomimo narastającej krytyki stosowania warunku związanego z chronionym interesem prawnym, którego brak w innych obszarach prawa Unii [11], tę samą interpretację potwierdzono ostatnio w wyroku Slovak Telecom [12].

6 Zobacz w szczególności 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 97); z dnia 25 lutego 2021 r., Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, pkt 43).

7 Wyroku z dnia 13 lutego 1969 r. (14/68, EU:C:1969:4).

8 Ibidem, pkt 3.

9 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 97). Zobacz także wydany przez Sąd wyrok z dnia 26 października 2017 r., Marine Harvest/Komisja (T-704/14, EU:T:2017:753, pkt 308).

10 Wyroku z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 97 i przytoczone tam orzecznictwo).

11 Zobacz opinie: rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 114–122); rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, pkt 45); rzecznika generalnego E. Tancheva w sprawie Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, pkt 95, przypis 34).

12 Wyrok z dnia 25 lutego 2021 r. (C-857/19, EU:C:2021:139, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

37. Trybunał wyraźnie ograniczył rozważania dotyczące „idem" do tożsamości sprawcy i czynów w orzecznictwie dotyczącym art. 54 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. między rządami państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach [13]. W tym kontekście Trybunał orzekł, że jedynym znaczącym kryterium dla celów stosowania przesłanki „idem" jest kryterium „tożsamości zdarzenia, rozumiane jako istnienie całości, na którą składają się nierozdzielnie ze sobą związane konkretne okoliczności" [14]. Podobnie w orzecznictwie dotyczącym prowadzenia postępowania karnego i administracyjnego Trybunał orzekł, że „art. 50 karty nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu przez państwo członkowskie łącznie sankcji o charakterze podatkowym i sankcji karnych *za ten sam czyn* polegający na niedopełnieniu obowiązków informacyjnych w dziedzinie podatku VAT" [15]. W późniejszym czasie Trybunał uściślił, że „art. 50 karty zakazuje nakładania za *identyczne czyny* kilku sankcji o charakterze karnym po zakończeniu różnych wszczętych w tym celu postępowań" [16]. Kierując analizę bardziej w stronę pojęcia „bis", Trybunał zezwolił na dalsze prowadzenie drugiego postępowania w tej samej sprawie, z zastrzeżeniem warunków ograniczenia praw przewidzianych w art. 52 ust. 1 karty [17].

38. Obecnie test określony w wyroku Menci wydaje się mieć ogólne zastosowanie, stąd również do wszystkich sytuacji objętych art. 50 karty. Pozwala to również na równoległe stosowanie bardziej szczegółowych przepisów, takich jak art. 54 konwencji wykonawczej do układu z Schengen lub art. 3 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW w sprawie europejskiego nakazu aresztowania [18]. Domyślnym testem zdaje się jednak obecnie bardzo szerokie pojęcie „idem factum" w odniesieniu do zakresu stosowania art. 50 karty, połączone z dość szeroką furtką w postaci możliwości ograniczenia praw na podstawie art. 52 ust. 1 karty.

39. Nie będę powtarzał argumentów dotyczących powodów, dla których uważam takie podejście za problematyczne. Mogę jedynie odesłać w tym celu do mojej analizy zawartej w opinii w sprawie bpost [19]. Proponuję zatem, aby (ujednolicony) test „idem" do celów art. 50 karty opierał się na tożsamości trzech elementów: sprawcy, istotnych okoliczności faktycznych i chronionego interesu prawnego [20].

40. Uściślenie tego punktu wyjścia prowadzi mnie do bardziej szczegółowego zbadania dwóch elementów tego testu, które stanowią sedno niniejszej sprawy, a mianowicie tożsamości chronionego interesu prawnego (2) i tożsamości okoliczności faktycznych (3).

13 Dz.U. 2000, L 239, s. 19.

14 Wyroki: z dnia 9 marca 2006 r., van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, pkt 36); 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 48); z dnia 18 lipca 2007 r., Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, pkt 26); z dnia 16 listopada 2010 r., Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, pkt 39); z dnia 29 kwietnia 2021 r., X (europejski nakaz aresztowania – ne bis in idem) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo), przy czym ostatnia ze spraw wiązała się z wcześniejszym orzeczeniem wydanym w państwie trzecim.

15 Wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, pkt 34). Wyróżnienie własne.

16 Wyrok z dnia 20 marca 2018 r., Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, pkt 35). Wyróżnienie własne. Zobacz jednak także wyrok z dnia 20 marca 2018 r., Garlsson Real Estate i in. (C-537/16, EU:C:2018:193, pkt 27), gdzie po raz kolejny powołano się na *te same czyny*.

17 Można dodać, że zamienne stosowanie pojęć (istotnych) okoliczności faktycznych i (istotnego) czynu mogło również częściowo przyczynić się do nieporozumień co do rodzaju i zakresu wymaganej tożsamości. W wąskim rozumieniu i w szczególnych kontekstach „czyn" można było bowiem zrównać z „okolicznościami faktycznymi". W niektórych językach jednak, a z pewnością w przypadku rozważań abstrakcyjnych, pojęcie czynu (zabronionego) jest szersze niż jego zwykłe okoliczności faktyczne. Obejmuje ono nie tylko to, „co się wydarzyło", ale również ocenę prawną i kwalifikację tego, co się wydarzyło, a to z kolei może mieć wpływ na chroniony interes prawny, co najmniej pośrednio za sprawą określenia negatywnych skutków społecznych rozpatrywanego zachowania.

18 Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi (Dz.U. 2002, L 190, s. 1).

19 Opinia w sprawie C-117/20, pkt 101–117.

20 Na podstawie zasad określonych ibidem w pkt 119–122.

2. Tożsamość chronionego interesu prawnego

41. Według mojej wiedzy, chociaż warunek istnienia chronionego interesu w sprawach z zakresu prawa konkurencji był często wielokrotnie potwierdzany, nigdy nie został rzeczywiście wyjaśniony [21], jeżeli nie liczyć stwierdzenia, że „prawo krajowe opiera się na własnych rozważaniach i rozpatruje praktyki ograniczające konkurencję jedynie w tym kontekście" [22].

42. Konkretne pytanie o to, czy przepisy prawa konkurencji Unii i krajowego prawa konkurencji chronią ten sam interes prawny, stanęło przed Trybunałem stosunkowo niedawno w wyroku w sprawie Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie [23]. Trybunał nie uznał ustosunkowania się do tej kwestii za konieczne. Chociaż postępowanie główne dotyczyło jednoczesnego stosowania krajowych i unijnych reguł konkurencji, chodziło o tylko jedno postępowanie przed krajowym organem ochrony konkurencji. Trybunał ograniczył się zatem do stwierdzenia, że nie ma żadnego „bis", nie odnosząc się do „idem".

43. W niniejszej sprawie natomiast chodzi wyraźnie o dwa postępowania, które dotyczą, co istotne w tym wypadku, tych samych sprawców [24]. Zatem o ile sąd odsyłający nie dojdzie do wniosku przed zbadaniem kwestii chronionego interesu prawnego, że obydwa postępowania dotyczą odmiennych okoliczności faktycznych, kwestia chronionego interesu prawnego ma oczywiście znaczenie.

44. Czy prawo konkurencji Unii i krajowe prawo konkurencji chronią ten sam interes prawny? Jeżeli zastosować podejście ogólne, mając na uwadze imperatyw uczciwej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym, z pewnością tak. Nie sądzę jednak, że na tym można właściwie zakończyć analizę. Kwestię chronionego interesu prawnego należy oceniać w odniesieniu do konkretnego przepisu. Należy skupić się na konkretnym interesie lub celu, któremu służy stosowanie danego przepisu, przedmiocie penalizacji i jej przyczynach [25].

45. Z jednej strony, jeżeli przyjąć perspektywę abstrakcyjną, nie ma wątpliwości, że obecnie unijne i krajowe przepisy prawa konkurencji są w znacznym stopniu zbieżne. Bez uszczerbku dla względów historycznych, które leżały u podstaw zawartego w wyroku Wilhelm i in. stwierdzenia na temat różnic między wspólnotowym a krajowym prawem konkurencji [26], jasne jest, że rozporządzenie nr 1/2003 zbliżyło do siebie prawo konkurencji Unii i krajowe prawo konkurencji. Potrzeba konwergencji i współpracy znajduje odzwierciedlenie zarówno w treści danych przepisów, jak i w stosujących je instytucjach.

[21] Trybunał odnosił się (bezpośrednio lub pośrednio) do stwierdzenia zawartego w wyroku Wilhelm i in. dotyczącego różnic między przepisami krajowymi a wspólnotowymi w dziedzinie prawa konkurencji na przykład w wyrokach: z dnia 10 lipca 1980 r., Giry i Guerlain i in. (253/78 i od 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, pkt 15); z dnia 16 lipca 1992 r., Asociación Española de Banca Privada i in. (C-67/91, EU:C:1992:330, pkt 11); z dnia 26 listopada 1998 r., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, pkt 19); z dnia 9 września 2003 r., Milk Marque i National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, pkt 61); z dnia 13 lipca 2006 r., Manfredi i in. (od C-295/04 do C-298/04, EU:C:2006:461, pkt 38); lub z dnia 1 października 2009 r., Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, pkt 50).

[22] Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 10 lipca 1980 r., Giry i Guerlain i in. (253/78 i od 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, pkt 15); z dnia 9 września 2003 r., Milk Marque i National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, pkt 61); lub z dnia 1 października 2009 r., Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, pkt 50).

[23] Wyrok z dnia 3 kwietnia 2019 r., Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283).

[24] Chociaż nie *wszystkie* strony są tożsame w obydwu postępowaniach krajowych, jeżeli chodzi w szczególności o Nordzucker i Südzucker, tożsamość sprawcy lub sprawców naruszenia jest oczywista.

[25] Szczegółowo w mojej opinii w sprawie bpost (C-117/20, pkt 136–141 wraz z pkt 142–151 z kolejnymi przykładami ilustrującymi).

[26] Trybunał użył, ściślej mówiąc, określenia „wspólnotowe i krajowe prawo dotyczące karteli". Wyrok z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in. (14/68, EU:C:1969:4, pkt 3).

46. Co się tyczy przepisów materialnych, rozporządzenie nr 1/2003 wyraźnie upoważnia krajowe organy ochrony konkurencji do stosowania art. 101 i 102 TFUE [27]. Określa ona również zasady mające na celu zapewnienie spójności w ich stosowaniu. Niemniej jednak być może to właśnie przepisy rozporządzenia nr 1/2003 dotyczące instytucji i procedur ustanawiają dość złożony system „Europejskiej Sieci Konkurencji", pociągający za sobą udział zarówno Komisji, jak i krajowych organów ochrony konkurencji, co ma służyć jednolitemu stosowaniu art. 101 i 102 TFUE. Ponadto przyjęcie przez prawodawcę Unii dyrektywy (UE) 2019/1 [28] stanowi odpowiedź na dostrzeżone luki w obecnym systemie. Dyrektywa ta nadaje krajowym organom ochrony konkurencji uprawnienia umożliwiające im większą skuteczność w egzekwowaniu art. 101 i 102 TFUE w dziedzinach objętych poszczególnymi rozdziałami tego instrumentu [29].

47. W świetle tej systemowej przebudowy trudno przyjąć pogląd, że przepisy prawa konkurencji Unii i krajowe przepisy prawa konkurencji nie zbliżyły się do siebie, od czasu gdy Trybunał omawiał kwestię ich relacji w wyroku Wilhelm i in. Takie stwierdzenie wydaje się słuszne nie tylko wówczas, gdy weźmie się pod uwagę dokładne sformułowanie użyte przez Trybunał w tym wyroku przywołujące „wspólnotowe i krajowe prawo dotyczące *karteli*" [30], ale również jeżeli uwzględnić bardziej ogólne odniesienie do „praktyk ograniczających konkurencję" [31] w późniejszym orzecznictwie.

48. Z drugiej strony, jeżeli skupić się na konkretnych przepisach, nie można powiedzieć z bezwzględną pewnością, że w pewnych obszarach reguł konkurencji nie występują już (czy też nie mogą już występować) żadne rozbieżności [32]. Artykuł 3 rozporządzenia nr 1/2003, w przeciwieństwie do poprzedzającego je rozporządzenia nr 17, nie tylko reguluje stosunek między unijnymi a krajowymi przepisami prawa konkurencji, ale również wprost uznano w nim, że istnieją przypadki, w których pod względem materialnym krajowe reguły konkurencji mogą różnić się od reguł unijnych.

49. Co się tyczy krajowego stosowania art. 101 i 102 TFUE, z art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 wynika, że państwa członkowskie nie mogą wobec porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych stosować przepisów bardziej rygorystycznych niż istniejące na szczeblu Unii. Państwa członkowskie mogą jednak czynić to w odniesieniu do *jednostronnego zachowania* przedsiębiorstw. Istnieje zatem różnica pod względem dopuszczalnego pola manewru w odniesieniu do szczegółowych przepisów krajowych w zależności od tego, czy dane zachowanie wchodzi w zakres art. 101 czy art. 102 TFUE.

[27] Częściowo miało to już miejsce na podstawie rozporządzenia nr 17 w odniesieniu do art. 85 i 86 WE – rozporządzenie Rady (EWG) nr 17: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz.U. 1962, 13, s. 204 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 1, s. 3).

[28] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz.U. 2019, L 11, s. 3).

[29] Jak wynika z nagłówków odpowiednich rozdziałów dyrektywy 2019/1, dziedziny te odnoszą się do niezależności i zasobów krajowych organów ochrony konkurencji, uprawnienia do wykonywania zadań, ustalania kar, programów łagodzenia kar, wzajemnej pomocy i terminów przedawnienia.

[30] Wyrok z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in. (14/68, EU:C:1969:4, pkt 3). Wyróżnienie własne.

[31] Zobacz na przykład wyrok z dnia 10 lipca 1980 r., Giry i Guerlain i in. (253/78 i od 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, pkt 15).

[32] W pracach prawodawczych, które doprowadziły do przyjęcia rozporządzenia nr 1/2003, Komisja zauważyła, że wiele (z ówczesnych 15) państw członkowskich przyjęło krajowe przepisy o ochronie konkurencji, które odzwierciedlały treść art. 81 i 82 WE. Jednocześnie przyznała, że nie ma żadnej formalnej harmonizacji, a różnice występują zarówno na poziomie prawa, jak i w praktyce. Zobacz pkt 1 pkt A „Kontekst" akapit trzeci i pkt 2 lit. C ppkt 2 lit. a) akapit drugi uzasadnienia do wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu i zmieniającego rozporządzenia (EWG) nr 1017/68 (EWG), nr 2988/74 (EWG), nr 4056/86 i (EWG) nr 3975/87 („rozporządzenia wprowadzającego w życie art. 81 i 82 traktatu"), COM(2000) 0582 wersja ostateczna (Dz.U. 2000, C 365 E, s. 284).

50. Co więcej, w art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003 przewidziano jeszcze większą przestrzeń dla zróżnicowania, jeżeli chodzi o krajowe przepisy dotyczące koncentracji przedsiębiorstw, i zastrzeżono możliwość dalszego stosowania przepisów krajowych, które w sposób przeważający dążą do celu odmiennego niż ten, do którego prowadzą art. 101 i 102 TFUE. Ostatnia z możliwości znajduje ponadto potwierdzenie w motywie 9 rozporządzenia nr 1/2003, w którym stwierdzono między innymi, że „państwa członkowskie mogą […] wprowadzić w życie na własnym terytorium ustawodawstwo krajowe, które zakazuje lub nakłada sankcje za działania nieuczciwych praktyk handlowych, czy to jednostronne, czy wynikające z zawartej umowy".

51. W ujęciu strukturalnym normatywna interakcja między przepisami prawa Unii a przepisami krajowymi ujęta w art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 przewiduje co najmniej cztery różne scenariusze. *Po pierwsze*, w pełni pokrywają się pod względem materialnym sytuacje objęte art. 101 TFUE, w których państwa członkowskie nie mogą przyjmować bardziej rygorystycznych przepisów. *Po drugie*, sytuacje objęte zakresem art. 102 TFUE w dużej mierze się pokrywają, ale nie zupełnie, i wówczas państwa członkowskie mogą przyjmować bardziej rygorystyczne przepisy [33]. *Po trzecie*, istnieje częściowa harmonizacja kontroli koncentracji przedsiębiorstw. *Po czwarte*, i co prawdopodobnie najważniejsze, istnieje odrębna przestrzeń normatywna zastrzeżona dla państw członkowskich, jeżeli chodzi o ich przepisy krajowe, które realizują inne cele niż cele, do których prowadzą art. 101 i 102 TFUE, przy czym jako przykład podaje się krajowe przepisy dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych.

52. Tym samym w art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 przyznano, że przepisy prawa konkurencji Unii i krajowe przepisy prawa konkurencji nie są identyczne, a przynajmniej nie we wszystkich aspektach [34]. Potencjalna różnica dotyczy jednak normatywnej jakości interesu (lub celu), do którego się dąży. Nie chodzi tu po prostu o odmienny zakres geograficzny.

53. Innymi słowy, nie uważam, aby sama (ilościowa) różnica w zakresie terytorialnym tego samego naruszenia, a zatem rozpatrywanego przepisu, świadczyła per se o (jakościowej) różnicy w interesie prawnym [35]. Podczas gdy prawo konkurencji Unii obejmuje sytuacje, w których dochodzi do wpływu na handel między państwami członkowskimi, krajowe prawo konkurencji ma zastosowanie do sytuacji krajowych. W mojej ocenie różnica ta wskazuje na terytorialny zakres naruszenia, ewentualnie w powiązaniu z wagą ingerencji w chroniony interes prawny, ale niekoniecznie na różną jakość tego chronionego interesu prawnego [36].

54. Prościej rzecz ujmując, kartel cenowy uzgodniony i funkcjonujący w Republice Czeskiej prawdopodobnie będzie wpływać w sposób jakościowy na ten sam chroniony interes prawny, niezależnie od tego, czy w ostatecznym rozrachunku i z perspektywy wpływu na handel między

[33] W kwestii pojęcia „bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych", o których mowa w art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, zob. przykładowo L.T. Feteira, The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: United (Should) We Stand?, *Wolters Kluwer Law International*, 2015, s. 62–67.

[34] Zapewne dlatego rzecznik generalna J. Kokott zauważyła w swojej opinii w sprawie Toshiba Corporation i in., że zasadniczo początkowe stwierdzenie z wyroku Wilhelm i in. nadal obowiązuje (C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 81).

[35] Zobacz także R. Nazzini, Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis In Idem as a Limiting Principle, w: B. van Bockel (red.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2016, s. 159.

[36] Rzecznik generalny D. Ruiz-Jarabo Colomer uznał, że „test zakresu terytorialnego zachowania bezprawnego nie ma charakteru materialnego, ale przymiotnikowy, ponieważ nie wpływa na charakter naruszenia, ale na jego nasilenie". Nie zgodził się z poglądem przyjętym w wyroku Wilhelm i in., stwierdzając, że „przepisy, które gwarantują wolną konkurencję w Unii Europejskiej, nie zezwalają na rozróżnienie między odrębnymi obszarami – obszarem wspólnotowym i obszarami krajowymi, jak gdyby były to przedziały wodoszczelne. Obydwa sektory zajmują się nadzorem wolnej i otwartej konkurencji na wspólnym rynku, przy czym w jednym rozważa się ją w całości, a w drugim z perspektywy odrębnych części, przy czym istota pozostaje ta sama". Zobacz opinie rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera: w sprawie Aalborg Portland i in./Komisja (C-217/00 P, EU:C:2003:83, pkt 176, 173 i przypis 121); a także w sprawie Aalborg Portland i in./Komisja (C-213/00 P, niepublikowana, EU:C:2003:84, pkt 94, 91 i przypis 71).

państwami członkowskimi zastosowanie będzie mieć jedynie przepis krajowy odzwierciedlający art. 101 TFUE [37], czy art. 101 TFUE wraz z tym przepisem krajowym, czy może jedynie sam art. 101 TFUE.

55. Ten złożony obraz reguluje bowiem ogólna zasada, w myśl której krajowe przepisy prawa konkurencji mają zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy prawo Unii nie przewiduje przepisów szczególnych [38]. Jednakże w zakresie, w jakim obydwa zbiory przepisów rzeczywiście się pokrywają lub w każdym razie gdy przewidują sankcje za ten sam zbiór okoliczności faktycznych, tożsamość chronionego interesu prawnego na szczeblu unijnym i krajowym należy ustalić *in concreto*, w odniesieniu do konkretnych przepisów, które mają zastosowanie w tej samej sprawie na obu szczeblach.

56. Jeżeli zastosować to podejście w niniejszej sprawie, z art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 wynika, że jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji (lub sąd krajowy) stosuje swoje prawo krajowe do zachowania w rozumieniu art. 101 TFUE, które wpływa na handel między państwami członkowskimi, musi on również stosować art. 101 TFUE. Innymi słowy, jeżeli dane zachowanie wchodzi *również* w zakres art. 101 TFUE, krajowe organy ochrony konkurencji lub sądy muszą *również* stosować ten przepis [39].

57. Następnie, jak wynika z art. 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 1/2003, rezultat zastosowania prawa krajowego do sytuacji objętej art. 101 TFUE *nie może różnić się* od rezultatu osiągniętego w przypadku zastosowania samego art. 101 TFUE. Bez uszczerbku dla kwestii tego, co w takim razie stanowi wartość dodaną w równoległym stosowaniu krajowego prawa konkurencji w takim scenariuszu [40], trudno w każdym razie wyobrazić sobie, jak odpowiednie cele rozpatrywanego uregulowania krajowego i art. 101 TFUE mogłyby się różnić. Co więcej, gdy dwa organy ochrony konkurencji stosują następnie ten sam przepis prawa Unii, a mianowicie art. 101 TFUE, od którego nie wolno im uczynić odstępstwa na szczeblu krajowym, wtedy z pewnością konkretny interes prawny, do którego ochrony dążą obydwa organy ochrony konkurencji, musi być również identyczny.

58. Krótko mówiąc, odpowiedź na drugie pytanie powinna być następująca: to, czy unijne prawo konkurencji i krajowe prawo konkurencji chronią ten sam interes prawny, należy ustalić poprzez zbadanie konkretnych zastosowanych przepisów. Wymaga to dokonania oceny, czy rozpatrywane przepisy krajowe odbiegają od przepisów Unii. Jeżeli organy ochrony konkurencji dwóch państw członkowskich stosują art. 101 TFUE i odpowiadający mu przepis krajowego prawa konkurencji, wówczas chronią ten sam interes prawny.

[37] Obecnie § 3 zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (ustawy o ochronie konkurencji), z późniejszymi zmianami.

[38] Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 maja 2011 r., Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, pkt 33). Zobacz także wyroki: z dnia 5 czerwca 2014 r., Kone i in. (C-557/12, EU:C:2014:1317, pkt 32); z dnia 7 grudnia 2010 r., VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, pkt 56, 57), w których stwierdzono odpowiednio, że prawo krajowe musi zapewniać „pełną skuteczność prawa konkurencji Unii" i nie może zagrażać skutecznemu stosowaniu tego prawa przez krajowe organy ochrony konkurencji, co jest celem rozporządzenia nr 1/2003.

[39] W tym względzie motyw 3 dyrektywy 2019/1 stanowi, że „[w] praktyce większość krajowych organów ochrony konkurencji stosuje krajowe prawo konkurencji równolegle z art. 101 i 102 TFUE".

[40] Co, muszę przyznać, nadal nie jest dla mnie całkiem jasne. Pierwotny wniosek Komisji dotyczący rozporządzenia nr 1/2003 zawierał w projekcie art. 3 nieco bardziej logiczną regułę, zgodnie z którą „w przypadku gdy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka w rozumieniu art. 81 traktatu lub nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, *wspólnotowe prawo konkurencji stosuje się z wyłączeniem krajowych przepisów prawa konkurencji*". Wyróżnienie własne. Zobacz wniosek dotyczący rozporządzenia Rady w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu i zmieniającego rozporządzenia (EWG) nr 1017/68, (EWG) nr 2988/74, (EWG) nr 4056/86 i (EWG) nr 3975/87 („rozporządzenia wprowadzającego w życie art. 81 i 82 traktatu"), COM(2000) 0582 wersja ostateczna (Dz.U. 2000, C 365 E, s. 284).

3. Tożsamość istotnych okoliczności faktycznych: czas i przestrzeń

59. Przejdę teraz do pytania trzeciego. Sąd odsyłający zwraca się z pytaniem, czy istotne jest, że BKA wzięło pod uwagę skutki rozpatrywanego kartelu w innym państwie członkowskim, a więc – jak rozumiem – na rynku austriackim.

60. Na to pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

61. Jak w swojej opinii w sprawie Toshiba stwierdziła rzecznik generalna J. Kokott: „[k]artele są zakazane i ścigane właśnie dlatego, że oddziałują ze szkodą dla konkurencji lub w każdym razie mogą mieć negatywny wpływ na konkurencję”[41]. Zauważyła też, że „[t]ego, czy w danym przypadku takie zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji było zamierzone lub zostało spowodowane, nie można oceniać w sposób abstrakcyjny, lecz musi to być zawsze badane w odniesieniu do określonego okresu i określonego obszaru”[42].

62. Innymi słowy, aby ustalić, czy zasada *ne bis in idem* wyklucza prowadzenie drugiego postępowania, istotne jest określenie czasu i przestrzeni, do których odnosi się dane ograniczenie. W wyroku Toshiba Trybunał zgodził się w tym względzie z rzecznik generalną i podkreślił, że zachowania przedsiębiorstw „mającego na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji lub tym skutkującego nie można oceniać w sposób abstrakcyjny, lecz należy badać w odniesieniu do określonego *obszaru* […], na którym zachowanie to miało na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji lub tym skutkowało, oraz w odniesieniu do *okresu*, w którym dane zachowanie realizowało taki cel lub wywierało taki skutek”[43]. Zdaniem Trybunału zarówno obszar, jak i okres są istotnymi elementami, które stanowią o tożsamości *okoliczności faktycznych*[44].

63. W kolejnych punktach niniejszej opinii pokrótce odniosę się na tej podstawie do tożsamości czasu i przestrzeni w postępowaniu głównym. Po pierwsze, w świetle informacji zawartych w aktach sprawy mogę jedynie postawić hipotezę co do tego, czy BKA brało pod uwagę również skutki niedozwolonego zachowania w odniesieniu do rynku austriackiego (a). Po drugie, zajmę się kwestią, która może najlepiej zostać rozstrzygnięta przez Trybunał, a mianowicie czy taka eksterytorialna penalizacja skutków określonego zachowania, które najwyraźniej urzeczywistniły się w innym państwie członkowskim, byłaby faktycznie prawnie możliwa (b).

a) Obszar wzięty pod uwagę przez BKA pod względem faktycznym

64. Z postanowienia odsyłającego wynika, że w decyzji BKA odtworzono treść rozmowy telefonicznej z dnia 22 lutego 2006 r. dotyczącej Austrii. Jednocześnie w ramach postępowania odwoławczego przed sądem odsyłającym BWB powołuje się na tę samą rozmowę telefoniczną.

65. Jest całkowicie możliwe, że jedna rozmowa telefoniczna mogła dotyczyć kilku rynków geograficznych. W tym względzie jednak brak jest jasności, czy BKA rzeczywiście wzięło pod uwagę skutki rozpatrywanego kartelu dotyczącego podziału rynku wywierane na rynku austriackim i co w zasadzie w niniejszej sprawie faktycznie oznacza „wzięcie pod uwagę skutków”.

41 Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 128).

42 Ibidem, pkt 129.

43 Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 99). Wyróżnienie własne.

44 Ibidem, pkt 99. Zobacz także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 130).

66. Aby można było uruchomić ochronę przewidzianą zasadą *ne bis in idem*, nie wystarczy, by określone zachowanie lub zbiór okoliczności faktycznych zostały wspomniane i przytoczone w decyzji. Identyczny element stanu faktycznego musi zostać uznany za istotny pod względem prawnym, a jego skutki zakwalifikowane i ocenione jako takie. Czy w odniesieniu do niniejszej sprawy BKA, stwierdzając naruszenie prawa konkurencji, wzięło pod uwagę takie elementy stanu faktycznego dotyczące rozpatrywanej rozmowy telefonicznej? Czy z decyzji BKA wynika, że ten krajowy organ ochrony konkurencji ścigał i karał odpowiednie przedsiębiorstwa również w odniesieniu do rynku austriackiego? Czy też BKA uznało tę rozmowę za środek dowodowy świadczący o naruszeniu dotyczącym rynku niemieckiego? [45]

67. Zakładam, że decyzja krajowego organu ochrony konkurencji powinna zawierać informacje, czy to w odniesieniu w pierwszej kolejności do określenia rynku właściwego, który wzięto pod uwagę, czy – co ważniejsze – w odniesieniu do stwierdzenia, gdzie i kiedy jego zdaniem dopuszczono się naruszenia reguł konkurencji.

68. Do sądu odsyłającego należy w razie konieczności zbadanie i ustalenie odpowiedzi na te pytania, co powinno odbywać się we współpracy z BKA, aby można było ustalić faktyczny zakres działania tego krajowego organu ochrony konkurencji. Współpraca ta mogłaby mieć miejsce pośrednio, przy wsparciu BWB [46], lub bezpośrednio [47].

69. Wreszcie, jak wspomniał sąd krajowy w swoim postanowieniu i na co zwróciły uwagę niektóre zainteresowane strony, przy obliczaniu całkowitej kwoty grzywny BKA uwzględniło obrót zainteresowanych przedsiębiorstw jedynie na terytorium Niemiec. W wyroku Toshiba Trybunał wskazał bowiem w kontekście podobnym jak w przypadku obliczania grzywien przez Komisję, że taki czynnik może mieć znaczenie dla sprawy [48].

70. Jednakże o ile taki czynnik może rzeczywiście stanowić użyteczny wskaźnik pośredni, trudno uznać go sam w sobie za rozstrzygający. Po pierwsze, wymaga to nieco rozumowania wstecznego. Niemniej odwrócony związek przyczynowy może nie zawsze zadziałać: fakt, że organ obliczył grzywnę w określony sposób, a nie w inny, może wynikać z przyczyn niezwiązanych z zamierzonym zakresem decyzji. Po drugie, do chwili obecnej wykształciła się pewna konwergencja w praktyce krajowych organów ochrony konkurencji w kwestii obliczania wysokości grzywien [49]. Praktyka ta jednak nie jest w pełni zharmonizowana i siłą rzeczy częściowo kształtowana jest przez rozbieżne przepisy i praktyki krajowe.

[45] Na podstawie okoliczności faktycznych sprawy przedstawionych przez sąd odsyłający (zob. pkt 11 powyżej) można z równym prawdopodobieństwem stwierdzić, że rozmowa telefoniczna dotycząca rynku austriackiego mogła zostać „wzięta pod uwagę" jako poszlakowy dowód bezprawnego ograniczenia konkurencji, które dotyczyło rynku niemieckiego w rozpatrywanym okresie.

[46] Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 krajowy organ ochrony konkurencji jest z pewnością uprawniony również do zwrócenia się o ostateczną decyzję innego krajowego organu ochrony konkurencji, w tym fragmentów uznanych za poufne.

[47] Nie istnieje konkretny przepis rozporządzenia nr 1/2003, który uprawniałby sąd krajowy do żądania odpisu ostatecznej decyzji wydanej przez krajowy organ ochrony konkurencji z innego państwa członkowskiego. Mimo to uważam za całkowicie uzasadnione, aby sąd krajowy mógł wystąpić o taką ostateczną decyzję albo na podstawie art. 12 ust. 1, albo art. 15 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, stosowanych w drodze analogii, albo z powołaniem się bezpośrednio na art. 4 ust. 3 TUE.

[48] Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 101).

[49] Szereg krajowych organów ochrony konkurencji już w przeszłości stosowało się w tej kwestii do wskazówek Komisji. Ponadto nowa dyrektywa 2019/1, która nie ma jednak zastosowania ratione temporis w postępowaniu głównym, harmonizuje w rozdziale V pewne aspekty nakładania kar.

71. Podsumowując, uściślenie zakresu geograficznego (i potencjalnie czasowego) decyzji BKA jest kwestią faktyczną wymagającą ustalenia przez sąd krajowy. Kwestią, którą należy zająć się na wcześniejszym etapie i która stanowi zagadnienie bardziej odpowiednie do rozstrzygnięcia przez Trybunał, jest to, czy krajowy organ ochrony konkurencji ma prawo do nakładania kar za eksterytorialne skutki danego naruszenia.

b) Obszar, który krajowy organ ochrony konkurencji może wziąć pod uwagę pod względem prawnym

72. Niezależnie od tego, co BKA uczyniło pod względem faktycznym, czy pod względem prawnym mogło ono stwierdzić naruszenie reguł konkurencji na rynku austriackim i karać za nie? W tym względzie stanowiska stron w niniejszym postępowaniu są rozbieżne.

73. Agrana stwierdza, że decyzja krajowego organu ochrony konkurencji stosującego art. 101 TFUE nie może ograniczać się do skutków na terytorium krajowym. Jeżeli krajowe organy ochrony konkurencji stosują art. 101 TFUE, muszą one analizować wszystkie aspekty rozpatrywanego ograniczenia konkurencji na rynku wewnętrznym.

74. BWB utrzymuje natomiast, że zasada terytorialności ogranicza uprawnienia krajowego organu ochrony konkurencji do nakładania kar do terytorium kraju. Tak też postąpiło BWB, opierając obliczenie grzywny nałożonej na Südzucker na wysokości obrotu na rynku austriackim. Zasada terytorialności wyklucza zatem możliwość naruszenia zasady *ne bis in idem*, ponieważ geograficzny zakres sankcjonowanego zachowania będzie zawsze różny. Podobnego zdania jest rząd niemiecki. Krajowy organ ochrony konkurencji może karać jedynie za naruszenie prawa konkurencji w odniesieniu do własnego terytorium, co znajduje odzwierciedlenie w obliczaniu grzywny na podstawie obrotu przedsiębiorstwa w danym państwie członkowskim.

75. Rząd belgijski uważa, że jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji stosuje art. 101 TFUE, musi postępować tak, jak postąpiłaby Komisja, to jest brać pod uwagę wszystkie skutki rozpatrywanego ograniczenia dla konkurencji na rynku wewnętrznym. Wiąże się to jednak z dwoma ograniczeniami. Po pierwsze, prawo konstytucyjne i tradycje państwa członkowskiego mogą zakazać krajowemu organowi ochrony konkurencji nakładania kar za skutki eksterytorialne. Po drugie, nakładanie kar za skutki eksterytorialne jest w każdym razie możliwe jedynie za porozumieniem z krajowym organem ochrony konkurencji, na którego terytorium skutki te wystąpiły.

76. Na wstępie pragnę przypomnieć, że ściganie karne i karanie tradycyjnie reguluje zasada terytorialności. Oczywiście istnieje możliwość, by państwo próbowało „sięgać poza swoje granice" i dążyło do karania zachowań, które miały miejsce gdzie indziej. Może się tak zdarzyć w sytuacjach regulowanych jurysdykcją szczególną, czy to w odniesieniu do określonych rodzajów osób (mianowicie własnych obywateli), czy w odniesieniu do określonych rodzajów przestępstw (mianowicie przestępstw wymierzonych w interes danego państwa niezależnie od miejsca ich popełnienia lub określonego rodzaju odrażających zbrodni objętych jurysdykcją uniwersalną itp.).

77. Niemniej jednak we wszystkich tych przypadkach skutecznej eksterytorialności najważniejsze jest, aby istniała *wyraźna podstawa prawna*, czy to w prawie krajowym, czy w międzynarodowym, czy w prawie Unii. Godnym wzmianki i nowszym przykładem tego rodzaju eksterytorialnego uprawnienia w prawie Unii jest uprawnienie wiodącego organu nadzorczego na podstawie mechanizmu kompleksowej współpracy przewidzianego rozporządzeniem (UE) 2016/679

(„RODO”) do prowadzenia dochodzenia i w razie konieczności nałożenia kar za całość transgranicznego przetwarzania dokonywanego przez administratora lub podmiot przetwarzający w obrębie Unii [50]. Chociaż stwierdzenie, że dokładne granice kompetencji w tym systemie nie podlegają dyskusji, byłoby przesadzone [51], nie ma wątpliwości, że istnieją zarówno przepis materialny, jeżeli chodzi o zgodność przetwarzania danych z prawem, jak i wyraźna klauzula kompetencyjna powierzająca danemu organowi nadzorczemu uprawnienie pozwalające mu na podejmowanie przy stosowaniu przepisów prawa materialnego działań w wymiarze eksterytorialnym.

78. Jakie stanowisko konceptualne przyjęto w tym względzie w rozporządzeniu nr 1/2003? Muszę przyznać, że niełatwo to przedstawić w sposób skondensowany.

79. Z jednej strony istnieją wyraźne przesłanki, że rozważano zasięg transgraniczny. Po pierwsze, punktem wyjścia dla powstania ciążącego na władzach krajowych obowiązku stosowania art. 101 i 102 TFUE jest sytuacja, która *może mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi*. Wydaje się, że mogłoby to aktywować właściwe dla krajowego organu ochrony konkurencji uprawnienie do ścigania i karania za eksterytorialne skutki danego naruszenia.

80. Po drugie, tezę te zdaje się potwierdzać art. 13 rozporządzenia nr 1/2003. Ustęp pierwszy tego przepisu stanowi, że krajowy organ ochrony konkurencji może zawiesić postępowanie lub odrzucić wniosek, jeżeli *tym samym* porozumieniem, tą samą decyzją związku lub tą samą praktyką *zajmuje się* inny organ [52]. Podobnie w ustępie drugim tego przepisu stwierdzono, że krajowy organ ochrony konkurencji może odrzucić wniosek w sprawie porozumienia, decyzji związku lub praktyki uzgodnionej, jeżeli sprawa jest już *rozpatrywana* przez inny organ ochrony konkurencji [53].

81. Po trzecie, interpretację, w myśl której działalność krajowego organu ochrony konkurencji może mieć zasięg eksterytorialny, zdaje się potwierdzać również wydany przez Komisję komunikat w sprawie współpracy. W komunikacie tym określono, że w odniesieniu do art. 13 określenie „zajmuje się tą sprawą”, zawarte w tym przepisie, „nie oznacza jedynie, że inny organ ochrony rozpatruje skargę, lecz że prowadzi on albo prowadził dochodzenie w sprawie na własny rachunek” [54]. W komunikacie stwierdzono ponadto, że art. 13 „może zostać powołany w wypadku, gdy porozumienie albo praktyka dotyczy tych samych naruszeń na tych samych właściwych rynkach produktów lub geograficznych” [55].

[50] Artykuł 56 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. 2016, L 119, s. 1).

[51] Jak ostatnio pokazał wyrok z dnia 15 czerwca 2021 r., Facebook Ireland i in. (C-645/19, EU:C:2021:483).

[52] Wyróżnienie własne. Chociaż przepis ten stanowi, że „okoliczność, iż jeden organ zajmuje się tą sprawą, jest wystarczającą podstawą dla innych organów do zawieszenia postępowania toczącego się przed nimi lub odrzucenia wniosku”, komunikat w sprawie współpracy stanowi, że krajowy organ ochrony konkurencji nie ma obowiązku zawieszenia postępowania ani odrzucenia wniosku. Wynika to z faktu, że współpraca na podstawie rozporządzenia nr 1/2003 opiera się na elastyczności. Obwieszczenie [Komunikat] Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji (Dz.U. 2004, C 101, s. 43, pkt 22) (zwany dalej „komunikatem w sprawie współpracy”).

[53] Wyróżnienie własne.

[54] Ibidem, pkt 20.

[55] Ibidem, pkt 21.

82. Ponadto w tym samym komunikacie przedstawiono szczegółowo pojęcie „organu właściwego do prowadzenia sprawy" występujące w komunikacie w sprawie współpracy w kontekście danego naruszenia prawa konkurencji[56]. Jeżeli kompetencje krajowego organu ochrony konkurencji we wszystkich sytuacjach są ograniczone do terytorium kraju, wówczas pojęcie „organu właściwego do prowadzenia sprawy" nie ma większego sensu, chyba że uznamy, że niektóre części naruszenia mogą pozostać bezkarne ze względu na ograniczenia terytorialne kompetencji takiego „organu właściwego do prowadzenia sprawy". Natomiast jeżeli przyjąć, że skuteczna ochrona konkurencji na rynku wewnętrznym może wymagać, by dane postępowanie w sprawie zachowania antykonkurencyjnego było prowadzone wyłącznie przez jeden właściwy krajowy organ ochrony konkurencji, wówczas faktycznie taki krajowy organ ochrony konkurencji powinien mieć możliwość prowadzenia postępowania co do całości zachowania, aby żadna jego część nie pozostała bezkarna.

83. Niezależnie od powyższego komunikat w sprawie współpracy trudno uznać za wiążący akt prawa Unii i zapewne znaczenie możliwości „zawieszenia postępowania lub odrzucenia wniosku" na podstawie art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 nie jest sprawą prostą. Jednakże z art. 13 rozpatrywanego jako całość wynika, że możliwe jest częściowe pokrywanie się terytorialne. Jeżeli uprawnienia każdego krajowego organu ochrony konkurencji byłyby ściśle ograniczone do terytorium kraju, jaki pożytek byłby z zawieszania postępowania lub odrzucania skargi w obliczu postępowania dotyczącego tego samego zachowania prowadzonego przed innym krajowym organem ochrony konkurencji? Oczywiście istnieje wiele różnych, choć powiązanych spraw, w których kontekście zawieszenie może być uzasadnione, ale „odrzucenie" zdaje się mieć sens tylko wówczas, gdy obydwa krajowe organy ochrony konkurencji mają do czynienia z tą samą sprawą, włącznie z tym samym zakresem geograficznym.

84. Z drugiej strony należy przyznać, że są to wszystko zwykłe „pośrednie wskazówki" świadczące o tym, iż przy opracowywaniu rozporządzenia nr 1/2003 rozważano kwestię eksterytorialności. Poza tym zgadzam się jednak z rządem niemieckim, że w rozporządzeniu nr 1/2003 brak jest kluczowego przepisu, który faktycznie w sposób jasny przypisywałby krajowemu organowi ochrony konkurencji możliwość prowadzenia postępowań w wymiarze eksterytorialnym. Jak trafnie zauważył ten rząd, art. 5 rozporządzenia nr 1/2003, zatytułowany „Uprawnienia organów ochrony konkurencji państw członkowskich", w którym zwykle należałoby się spodziewać podobnej klauzuli upoważniającej, nie zawiera żadnej wzmianki na ten temat. Nie stanowi on zatem wystarczającej podstawy prawnej dla wydawania przez krajowy organ ochrony konkurencji decyzji eksterytorialnej, jeżeli takiej podstawy nie przewidziano w prawie krajowym. Takiego samego zdania jest również rząd belgijski.

85. Zgadzam się z tymi rządami, że aby uprawnienia krajowego organu ochrony konkurencji mogły być wykonywane eksterytorialnie, musi istnieć odpowiednia podstawa prawna, która w obecnym stanie prawa Unii może pochodzić wyłącznie z krajowego porządku prawnego. Można jeszcze krótko dodać, że rząd niemiecki stwierdził, iż takiej podstawy nie można znaleźć również w prawie niemieckim.

86. Pragnę podkreślić, że taka propozycja jest w pełni zgodna z brzmieniem art. 101 TFUE, w którym rzeczywiście jednym z wymienionych warunków stosowania jest wpływ na handel między państwami członkowskimi. Wydaje mi się jednakże niemożliwe interpretowanie

[56] Krajowy organ ochrony konkurencji można uznać za taki, jeżeli, po pierwsze, porozumienie lub praktyka, które mają istotne lub przewidywalne skutki dla konkurencji na jego terytorium, są realizowane na jego terytorium lub z niego pochodzą, po drugie, organ jest w stanie skutecznie położyć kres naruszeniu, a po trzecie, jest w stanie zgromadzić – ewentualnie z pomocą innych organów – materiał dowodowy konieczny do udowodnienia naruszenia. Ibidem, pkt 8.

art. 101 TFUE, będącego zasadniczo przepisem materialnym, jako równoważnego z klauzulą upoważniającą, przyznającą każdemu krajowemu organowi ochrony konkurencji prawo do ścigania i karania wszelkich zachowań antykonkurencyjnych w dowolnym miejscu w Unii Europejskiej [57].

87. Sugeruję zatem, aby na pytanie trzecie odpowiedzieć, że fakt, iż krajowy organ ochrony konkurencji wziął pod uwagę eksterytorialne skutki danego zachowania antykonkurencyjnego we wcześniejszej decyzji, o ile miał do tego prawo na podstawie przepisów krajowych, ma znaczenie dla badania możliwości zastosowania zasady *ne bis in idem* w postępowaniu prowadzonym później. Artykuł 50 karty uniemożliwia krajowemu organowi ochrony konkurencji lub sądowi karanie zachowania antykonkurencyjnego, które było już przedmiotem wcześniejszego postępowania zakończonego ostateczną decyzją wydaną przez inny krajowy organ ochrony konkurencji. Taki zakaz ma jednakże zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim czasowy i geograficzny zakres przedmiotu obydwu postępowań jest taki sam.

C. Zasada ne bis in idem w postępowaniu, w którym zastosowano program łagodzenia kar

88. W pytaniu czwartym sąd odsyłający zastanawia się, czy zasada *ne bis in idem* ma zastosowanie w postępowaniu, w którym zastosowano program łagodzenia kar i w którym z tego powodu nie doszło do nałożenia grzywny.

89. Na pytanie to należy moim zdaniem udzielić odpowiedzi twierdzącej.

90. Po pierwsze, na poziomie pojęciowym rząd włoski słusznie przypomina, że zasada *ne bis in idem* chroni nie tylko przed nałożeniem drugiej grzywny w tej samej sprawie, ale również przed ponownym ściganiem [58]. Samo wszczęcie drugiego postępowania w tej samej sprawie stanowi moim zdaniem naruszenie gwarancji zawartej w art. 50 karty. Z powodów, które szczegółowo przedstawiłem w opinii w sprawie bpost [59], nie zgadzam się również w tej kwestii ze stanowiskiem, które Trybunał przyjął w tym względzie w orzecznictwie Menci [60].

91. Po drugie, pytanie czwarte pytanie odnosi się do sytuacji, kiedy krajowy organ ochrony konkurencji prowadzi postępowanie, w którym przedsiębiorstwo wnosi o skorzystanie z programu łagodzenia kar. Taki program pozwala na uprzywilejowane traktowanie przedsiębiorstw, które zdecydowały się na współpracę z właściwym organem ochrony konkurencji w toku dochodzenia w sprawie naruszeń art. 101 TFUE [61].

[57] W świetle tych rozważań można jedynie podziwiać jasność pierwotnego wniosku Komisji w tym względzie (zob. przypis 40 powyżej) i żałować, że nie został on zachowany.

[58] Zobacz przykładowo wyrok z dnia 3 kwietnia 2019 r., Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, pkt 29, 30).

[59] Opinii w sprawie C-117/20, pkt 107–110.

[60] Pytanie czwarte sądu odsyłającego dobrze ilustruje bowiem jeden z problemów konceptualnych wyroku Menci. Zakładam, że samo stwierdzenie niezgodności z prawem bez nałożenia kary może z definicji odpowiadać elementowi proporcjonalności rozpatrywanego ograniczenia z art. 52 ust. 1 karty. Tym bardziej dwa równoległe postępowania przeciwko temu samemu przedsiębiorstwu w następstwie dwóch procedur łagodzenia kar nie mogłyby nigdy naruszyć zasady *ne bis in idem*, skoro nie nałożono grzywien. Jednakże raz jeszcze należy zaznaczyć, że zasady *ne bis in idem* nie można ograniczyć do kontroli ex post facto proporcjonalności kar łącznych.

[61] Zobacz przykładowo art. 2 pkt 15 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej objętych przepisami prawa krajowego (Dz.U. 2014, L 349, s. 1). Zobacz także art. 2 ust. 1 pkt 16 dyrektywy 2019/1.

92. Tymczasem zwolnienie z grzywny lub jej obniżenie nie są w żaden sposób zagwarantowane automatycznie. Zależy to od szeregu warunków, których wspólnym motywem jest „wartość dodana" współpracy przedsiębiorstwa przy wykryciu i ukaraniu zakazanego porozumienia [62]. Zależnie od okoliczności wnioskodawcy występującemu o złagodzenie kary przysługuje (lub nie przysługuje) pełne lub częściowe zwolnienie z kary, podczas gdy stwierdza się naruszenie przez niego prawa konkurencji [63]. Zatem choć zachowanie lub rozstrzygnięcie w postępowaniu krajowym może ulec zmianie w wyniku zastosowania programu łagodzenia kar, istotne jest, że mimo wszystko są to odrębne postępowania wymagające udziału wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw, w tym podmiotu wnioskującego o złagodzenie kary.

93. Po trzecie, nawet jeżeli wszystko przebiega pomyślnie dla przedsiębiorstwa objętego programem łagodzenia kar i ostatecznie zostaje ono w pełni zwolnione z grzywny, postępowanie i tak zakończy się stwierdzeniem naruszenia prawa konkurencji przez podmiot wnioskujący o złagodzenie kary. W związku z tym, jak rozumiem, na mocy prawa krajowego nadal – ujmując rzecz metaforycznie – zapadnie „orzeczenie o winie". Takie orzeczenie mogłoby być dość ważne dla przyszłości zainteresowanego przedsiębiorstwa lub zainteresowanych przedsiębiorstw. Jeżeli w przyszłości przedsiębiorstwo to zostałoby ponownie uznane za odpowiedzialne za naruszenie prawa konkurencji, uprzednie skazanie i „recydywa" prawdopodobnie spowodowałyby automatyczne podwyższenie grzywny. Jednocześnie nie można wykluczyć, że na autorytatywne stwierdzenie bezprawnego zachowania przedsiębiorstwa przez właściwy organ władzy publicznej lub sąd, do którego może mieć dostęp opinia publiczna [64], mogą powoływać się osoby prywatne domagające się naprawienia szkody wyrządzonej danym zachowaniem antykonkurencyjnym [65].

94. Krótko mówiąc, nie dostrzegam żadnego zasadniczego powodu, dla którego możliwość stosowania i zakres zasady *ne bis in idem* należałoby oceniać w różny sposób w zależności od tego, czy w danym postępowaniu w dziedzinie prawa konkurencji doszło do zastosowania programu łagodzenia kar, nawet jeśli rzeczywiście skutkuje to pełnym zwolnieniem z grzywny. W tym świetle nie zgadzam się zatem z raczej poszlakowym argumentem przedstawionym przez Komisję, że zastosowanie zasady *ne bis in idem* powinno zależeć od tego, czy istnieje możliwość utraty przez Nordzucker statusu podmiotu wnioskującego o złagodzenie kary i tym samym nadal można nałożyć grzywnę.

95. Proponuję zatem, by odpowiedź na czwarte z postawionych pytań brzmiała w ten sposób, że zasada *ne bis in idem* zapisana w art. 50 karty ma zastosowanie również w kontekście postępowania krajowego, w którym zastosowano program łagodzenia kar i które nie prowadzi do nałożenia grzywny.

[62] Zobacz także komunikat Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych (Dz.U. 2006, C 298, s. 17, pkt 8).

[63] Konkretne zasady zależą od prawa krajowego. BWB wyjaśnia, że postępowanie zostało wszczęte, ponieważ wniosek o złagodzenie kary jest cywilnym postępowaniem niekontradyktoryjnym prowadzonym na podstawie art. 38 Kartellgesetz z 2005 r. W przeciwieństwie do postępowania przed Komisją postępowanie krajowe nie jest zintegrowane z globalnym postępowaniem obejmującym wszystkie pozostałe strony, lecz jest prowadzone niezależnie. Nie pociąga ono za sobą nałożenia grzywny lub obniżenia jej do zera. Sąd stwierdza natomiast popełnienie naruszenia po zwolnieniu z kary przez BWB.

[64] Jeżeli stwierdzenie naruszenia reguł konkurencji wraz z całością zgromadzonego materiału dowodowego stanowiącego część rozumowania sądu zawarte jest w orzeczeniu wydanym przez sąd, wówczas wyłączony wydaje się parasol ochronny w postaci rozdziału II dyrektywy 2014/104. Jest jednak mało prawdopodobne, by sytuacja była diametralnie różna w przypadku analogicznej ostatecznej decyzji w sprawie naruszenia wydanej przez krajowy organ ochrony konkurencji (w przeciwieństwie do zwykłych pism procesowych lub dowodów przedkładanych w procedurach łagodzenia kar, takich jak wymienione w art. 6 ust. 6 dyrektywy 2014/104).

[65] W ten sposób zlikwidowany zostanie duży ciężar dowodowy, jaki mógłby spoczywać na podmiocie prywatnym chcącym wytoczyć „samodzielne" powództwo o odszkodowanie za naruszenie reguł konkurencji, aby możliwe było ustalenie w świetle okoliczności faktycznych dokładnej treści takiej decyzji, a mianowicie, że doszło do naruszenia reguł konkurencji. Zobacz także moja opinia w sprawie Stichting Cartel Compensation i Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, pkt 93–96).

V. Podsumowanie

96. Proponuję Trybunałowi, by na pytania przedstawione przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) odpowiedział następująco:

1) Możliwość zastosowania zasady *ne bis in idem* zapisanej w art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej opiera się na badaniu „idem" określonego przez tożsamość sprawcy, istotnych okoliczności faktycznych oraz chronionego interesu prawnego.

2) To, czy prawo konkurencji Unii i krajowe prawo konkurencji chronią ten sam interes prawny, należy ustalić poprzez zbadanie konkretnych zastosowanych przepisów. Wymaga to dokonania oceny, czy rozpatrywane przepisy krajowe odbiegają od przepisów Unii. Jeżeli organy ochrony konkurencji dwóch państw członkowskich stosują art. 101 TFUE i odpowiadający mu przepis krajowego prawa konkurencji, wówczas chronią ten sam interes prawny.

3) Okoliczność, że krajowy organ ochrony konkurencji wziął pod uwagę eksterytorialne skutki danego zachowania antykonkurencyjnego we wcześniejszej decyzji, o ile był do tego uprawniony na podstawie prawa krajowego, ma znaczenie dla badania możliwości zastosowania zasady *ne bis in idem* w postępowaniu prowadzonym później. Artykuł 50 karty uniemożliwia krajowemu organowi ochrony konkurencji lub sądowi karania antykonkurencyjnego zachowania, które było już przedmiotem wcześniejszego postępowania zakończonego ostateczną decyzją wydaną przez inny krajowy organ ochrony konkurencji. Taki zakaz ma jednakże zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim czasowy i geograficzny zakres przedmiotu obydwu postępowań jest taki sam.

4) Zasada *ne bis in idem* zapisana w art. 50 karty ma zastosowanie również w kontekście postępowania krajowego, w którym zastosowano program łagodzenia kar i które nie prowadzi do nałożenia grzywny.