

Sprawozdanie z webinarium INP PAN pn. „Zasada *ne bis in idem* w prawie konkurencji i regulacji sektorowej – w kierunku większej ochrony przed podwójnym oskarżeniem i ukaraniem?”, Warszawa, 6 grudnia 2022 roku

W dniu 6 grudnia 2022 r. odbyło się zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk otwarte seminarium on-line pn. „Zasada *ne bis in idem* w prawie konkurencji i regulacji sektorowej – w kierunku większej ochrony przed podwójnym oskarżeniem i ukaraniem?”. Spotkanie otworzył i poprowadził dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN, referaty wygłosiło zaś troje zaproszonych prelegentów, tj. prof. dr hab. Monika Szwarc (INP PAN), dr Kamil Dobosz (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie) oraz mgr Artur Szmigielski (INP PAN).

Pierwszy z prelegentów, dr Kamil Dobosz, przedstawił uczestnikom spotkania referat na temat „Najnowsze orzecznictwo TSUE wobec zasady *ne bis in idem* w prawie konkurencji – re-wizja czy afirmacja”. Na początku przybliżył on uregulowanie omawianej zasady w art. 50 Karty Praw Podstawowych UE¹ (dalej: KPP), przesłanki determinujące jej zastosowanie, a także zarys historyczny orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) w zakresie stosowania zasady *ne bis in idem* sprzed marca 2022 roku². Prelegent przypomniał, że kluczowe z punktu widzenia rozpatrywanej zasady jest wydanie w tej samej sprawie sekwencyjnie dwóch rozstrzygnięć o charakterze karnym, nawet jeśli w pierwszym rozstrzygnięciu doszłoby, używając języka prawa karnego, do uniewinnienia oskarżonego. Ważne jest przy tym, aby rozstrzygnięcie to uzyskało walor prawomocności. Prelegent przypomniał także, że na potrzeby prawa konkurencji kryterium *idem* interpretowane było swoiście. Wymagano mianowicie łącznego spełnienia trzech przesłanek: tożsamości podmiotowej, tożsamości przedmiotowej i również tożsamości chronionego interesu prawnego.

Po tym wprowadzeniu prelegent przystąpił do omówienia zmian w antymonopolowym orzecznictwie TS w kwestii zakazu dwukrotnego merytorycznego rozpoznawania tej samej sprawy. Do zmian tych doszło, zdaniem prelegenta, w związku z dwoma wydanymi w marcu 2022 r. wyrokami TS w sprawach *bpost*³ oraz *Nordzucker*⁴. Dr Kamil Dobosz podkreślił przy tym różnice między omawianymi wyrokami. Ten w sprawie C-151/20 *Nordzucker* dotyczył relacji postępowań prowadzonych przez dwa krajowe organy konkurencji (austriacki oraz niemiecki), a konkretnie interwencji organu austriackiego w sprawie naruszeń wywołujących skutek na terytorium Austrii, nad którymi pochylił się już wcześniej niemiecki organ ochrony konkurencji. Trybunał stwierdził, że w tej sprawie brakuje kumulatywnej realizacji przesłanek *ne bis in idem*. Wynikało to z różnego,

¹ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 2012/C 326/02.

² Prelegent przypomniał następujące wyroki, w których TS odwoływał się do zasady *ne bis in idem*: wyr. TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation* (ECLI:EU:C:2012:72); wyr. TS z 18.05.2006 r. w sprawie C-397/03 P *Archer Daniels* (ECLI:EU:C:2006:328); wyr. TS z 29.06.2006 r. w sprawie C-289/04 P *Showa Denko* (ECLI:EU:C:2006:431); wyr. TS z 3.04.2019 r. w sprawie C-617/17 *PZU* (ECLI:EU:C:2019:283); wyr. TS z w połączonych sprawach C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P *Aalborg Portland i in.* (ECLI:EU:C:2004:6).

³ Wyr. TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20 *bpost* (ECLI:EU:C:2022:202).

⁴ Wyr. TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-151/20 *Nordzucker* (ECLI:EU:C:2022:203).

w przypadku każdego z ww. organów, zakresu terytorialnego interwencji. Według TS jeżeli pierwszy z organów antymonopolowych zastosował art. 101 TFUE⁵ i odpowiadające mu krajowe przepisy prawa konkurencji do stwierdzenia antykonkurencyjnego celu lub skutku na terytorium pierwszego państwa członkowskiego (tu: Niemiec), drugi z organów był uprawniony do zbadania sprawy na podstawie art. 101 TFUE i odpowiadających mu przepisów prawa krajowego ze względu na antykonkurencyjny cel lub skutek zachowania na terytorium tego państwa (tu: terytorium Austrii). Wyrok ten stanowił również rewizję wobec dotychczasowego orzecznictwa, ze względu na odejście od kryterium tożsamości chronionego interesu jako jednej z przesłanek stosowania zasady *ne bis in idem*.

Obok powyższego wyroku prelegent przedstawił sprawę C-117/20 *bpost*. Jej istota dotyczyła wydania przez krajowy organ antymonopolowy po ponad półtorej roku od wydania decyzji przez organ regulacyjny dla rynku pocztowego, wobec tego samego podmiotu (*bpost*) i za te same zachowania decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej. Trybunał uznał, że przepisy KPP nie stoją na przeszkodzie wymierzeniu osobie prawnej kar przez każdy z organów. Nie odstąpiono jednak od kryterium interesu (celu) jako przesłanki stosowania zasady *ne bis in idem*. W sprawie *bpost* TS zweryfikował takie cele, tj. po stronie organu regulacyjnego była to ochrona przed naruszeniami przepisów mających za przedmiot liberalizację danego rynku (tu: rynek pocztowy), po drugiej – była to ochrona europejskich przepisów prawa konkurencji poprzez zakaz nadużywania pozycji dominującej oraz zapewnienie niezakłóconej konkurencji na tym rynku. TS w treści wyroku wskazał, że organy krajowe powinny mieć możliwość wyboru pewnych reakcji prawnych, za pomocą różnych procedur, które razem mogą stanowić spójną całość, pod warunkiem, że nie będą one nad wymiar uciążliwe dla jednostki. Z uwagi na to, TS stwierdził, że w przypadku różnych celów interesu ogólnego, w ramach analizy proporcjonalności kumulacji postępowań i sankcji, kumulacja może zostać uzasadniona pod warunkiem, że postępowania są komplementarne i że dodatkowe obciążenie, jakie stanowi wspomniana kumulacja, może być uzasadnione dwoma realizowanymi celami⁶. Prelegent podkreślił, że w wyroku *bpost* TS sformułował warunki, kiedy możliwe jest prowadzenie interwencji przez różne organy, tj. istnienie przepisów umożliwiających kumulację postępowań oraz zapewnienie koordynacji pomiędzy tymi organami. Taka koordynacja pomiędzy organami powinna jednak zostać zamknięta w krótkim czasie. Zdaniem prelegenta nie lada wyzwanie będzie stanowiło dokładne określenie ostatniej przesłanki wskazującej na czas postępowań, zauważywszy, iż w sprawie *bpost* TS uznał, że okres 1,5 roku spełnia tę przesłankę. Biorąc pod uwagę wątpliwości dotyczące definicji prowadzenia postępowań w „krótkim czasie”, konieczności prawomocności orzeczeń, a także problemu podwójnej karalności prelegent wskazał, że nowe odczytanie zasady *ne bis in idem* przez TS znacząco ogranicza pewność prawa.

Kolejna prelegentka, prof. dr hab. Monika Szwarc, przedstawiła referat na temat „Dopuszczalność ograniczenia *ne bis in idem* w prawie Unii Europejskiej – jak pogodzić ogień z wodą”. Pani Profesor rozpoczęła swoją prezentację od przypomnienia definicji zasady *ne bis in idem* w art. 54 Konwencji Wykonawczej do układu z Schengen⁷, art. 50 KPP oraz art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7

⁵ Wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012.

⁶ Wyr. TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20 *bpost* (ECLI:EU:C:2022:202), pkt 49.

⁷ Konwencja Wykonawcza do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 roku (Dz. Urz. L 239, 22/09/2000 P. 0019 – 0062).

do EKPC⁸. Następnie prof. Szwarc zadała kluczowe dla dalszej dyskusji pytanie o to, czy możliwe jest ujednoczenie zasady *ne bis in idem* w prawodawstwie w odniesieniu do wszystkich obszarów prawa. Odwołując się do kryteriów zastosowania tej zasady w sprawach *Engel*⁹ oraz *Bonda*¹⁰, prof. Szwarc przedstawiła problem tożsamości czynu (*idem*) jako tożsamości zdarzenia poprzez porównanie kryteriów zgodności w przywołanych przez nią sprawach. Prelegentka zwróciła uwagę, że postępujące rozszerzanie – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem – zastosowania zasady *ne bis in idem* prowadziłoby do ograniczenia możliwości prowadzenia różnych postępowań w przypadku „zderzenia” odpowiedzialności karnej oraz administracyjnej. Podejście to koryguje wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie *A. i B. p. Norwegii*¹¹ oraz wyrok TS w sprawie *C-524/15 Menci*¹². Prelegentka porównała zarazem podejście ETPC i TS. Według prof. Szwarc wyrok ETPC pokazuje ewolucję oceny tożsamości czynu. Sprawa tocząca się przed ETPC dotyczyła oszustwa związanego z płatnością VAT (niezadeklarowanie kwot organom podatkowym), a kary na skarżących nałożone zostały zarówno w postępowaniu podatkowym, jak i karnym. Trybunał uznał te postępowania za wystarczająco ściśle powiązane co do meritum i co do czasu, co doprowadziło ETPC do uznania, że oba te postępowania razem stanowiły spójną reakcję na to samo naruszenie, a w konsekwencji – że nie nastąpiło naruszenie art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC. Odmienne podejście przyjął TS w wyroku w sprawie *Menci*, choć stan faktyczny oraz prawny był porównywalny ze sprawą *A. i B. p. Norwegii*. Po ustaleniu karnego charakteru administracyjnej sankcji nałożonej przez włoski organ podatkowy, a następnie zbadaniu tożsamości czynu TS stwierdził, że kumulacja postępowań stanowi ograniczenie zasady *ne bis in idem*. Wpłynęło to na możliwość kumulacji postępowań na enumeratywnie określonych warunkach (określonych w art. 52 ust. 1 KPP), tj. ograniczenie prawa zostało ustanowione ustawą, a jednocześnie szanuje istotę tego prawa oraz cechuje się proporcjonalnością. W związku z powyższym, prelegentka uznała, że unijny Trybunał zagwarantował szerokie zastosowanie zasady *ne bis in idem*, przy jednoczesnym dopuszczeniu jego ograniczania na podstawie art. 52 ust. 1 KPP.

W świetle stanowiska TS prowadzenie postępowania karnego w sprawie, w której nałożono już niepodlegającą zaskarżeniu sankcję administracyjną o charakterze karnym, choć może wchodzić w zakres zastosowania zasady *ne bis in idem*, nie narusza art. 50 KPP, gdy kary te zmierzają do realizacji celu interesu ogólnego uzasadniającego kumulację postępowań i sankcji, służąc celom dodatkowym oraz zawierają zasady zapewniające koordynację ograniczającą ciężary ponoszone przez karanego w wyniku kumulacji postępowań i gwarantującą, że surowość wszystkich nałożonych sankcji odpowiada zasadzie proporcjonalności. W ten sposób ciężar argumentacji przenosi się dopiero na etap samego karania. Przekształca to zasadę *ne bis in idem* w narzędzie miarkowania kary. Zdaniem prof. Szwarc ostatecznie prowadzi to do pozbawienia ochrony jednostki poprzez możliwość skorzystania z zasady *ne bis in idem* dopiero na końcowym etapie, jakim jest nałożenie kary.

Ostatni referat pt. „Zastosowanie zasady *ne bis in idem* wobec jednoczesnego stosowania Aktu o rynkach cyfrowych (DMA) oraz przepisów prawa konkurencji” przedstawił mgr Artur

⁸ Protokół Nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzony dnia 22 listopada 1984 r. w Strasburgu.

⁹ Wyr. ETPC z 23.11.1976 r. w sprawie *Engel i inni v. Holandia*, 5100/71.

¹⁰ Wyr. TS z 5.06.2012 r. w sprawie *C-489/10 Bonda* (ECLI:EU:C:2012:319).

¹¹ Wyr. ETPC z 15.11.2016 r. w sprawie *A i B v. Norwegia*, (Skargi: nr 24130/11 i 29758/11).

¹² Wyr. TS z 20.03.2018 r. w sprawie *C-524/15 Menci* (ECLI:EU:C:2018:197).

Szmigielski. Prelegent podkreślił aktualność poruszanej problematyki, co wynika z rosnącego zainteresowania organów ochrony konkurencji interwencjami wobec podmiotów działających na rynkach cyfrowych (w tym wobec tzw. strażników dostępu, *gatekeeperów*). Prelegent przypomniał, że przepisy Aktu o Rynkach Cyfrowych (DMA)¹³ nie zastępują reguł konkurencji (mają być stosowane „bez uszczerbku dla art. 101 i 102 TFUE”), jednak w rzeczywistości obowiązki nałożone tym Aktem na przedsiębiorców bazują na dotychczasowych sprawach antymonopolowych. Zwiększa to ryzyko równoległego stosowania DMA, unijnych i krajowych reguł konkurencji oraz specyficznych regulacji krajowych. Prelegent odnotował, że Akt o rynkach cyfrowych ma respektować zasadę *ne bis in idem*, co mają zapewnić zawarte w jego treści normy kolizyjne, takie jak zakaz nakładania przez państwa członkowskie na *gatekeeperów* dodatkowych obowiązków w celu zapewnienia kontestowalnych i uczciwych rynków czy zakaz podejmowania przez organy krajowe decyzji sprzecznych z decyzją przyjętą przez KE na podstawie DMA. Mgr Szmigielski podkreślił, że ostateczny tekst DMA został skorygowany w stosunku do wcześniejszego projektu już po wyrokach TS w sprawach C-151/20 *Nordzucker* oraz C-117/20 *bpost*, tak aby uwzględnić wynikające z nich wymogi związane z respektowaniem zasady *ne bis in idem*.

W dalszej części swojego wystąpienia prelegent wyszczególnił dwa scenariusze zbiegu przepisów DMA i przepisów prawa konkurencji, kiedy mógłby powstać problem podwójnego karania. Pierwszy scenariusz wiąże się z możliwością prowadzenia przez Komisję Europejską odrębnych postępowań w tej samej sprawie na podstawie DMA i na podstawie unijnego prawa konkurencji. Scenariusz ten prelegent uznał jednak za mało prawdopodobny. Drugi scenariusz, w którym mógłby aktualizować się problem podwójnego karania, prelegent wiąże z sytuacją, w której postępowaniu na podstawie DMA prowadzonemu przez KE towarzyszy postępowanie na gruncie krajowego oraz unijnego prawa konkurencji prowadzone przez organ lub organy krajowe. W takich przypadkach zdaniem prelegenta mogłoby realnie dojść do nałożenia dwóch sankcji w charakterze karnym, co spełniłoby zarówno warunek *bis* (dwa postępowania prowadzące do nałożenia kary), jak i warunek *idem* (tożsamość sprawcy i faktów). Taka kumulacja postępowań mogłaby zostać uzasadniona zgodnie z omawianym w trakcie seminarium aktualnym orzecznictwem TS. Dopuszcza ono bowiem ograniczenie zastosowania zasady *ne bis in idem*, gdy służy to osiągnięciu celu uzupełniającego w stosunku do celu ochrony niezakłóconej konkurencji, występuje proporcjonalność skumulowanych sankcji oraz koordynacja postępowań, a także ścisły związek czasowy pomiędzy postępowaniami. Wystąpienie zakończyło się przedstawieniem przesłanek koordynacji postępowań organów NCA oraz KE, a także przytoczeniu słuchaczom wątpliwości (jeszcze nierozstrzygniętych) związanych z przestrzeganiem zasady *ne bis in idem* wynikających z wprowadzenia nowej regulacji.

Ostatnia część seminarium rozpoczęła się od refleksji prof. G. Materny, że obecne polskie uregulowania z zakresu ochrony konkurencji – biorąc za przykład wyłączenie antymonopolowej odpowiedzialności menedżerów w sprawach zmów przetargowych – zapewniają wyższy standard ochrony przed podwójnym karaniem niż wynikający z zaprezentowanego orzecznictwa. Z tym twierdzeniem zgodziła prof. M. Szwarc, podkreślając, że po wyroku TS w sprawie C-524/15 *Menci* zasada *ne bis in idem* została pozbawiona funkcji gwarancyjnej. Analiza przeniesiona została

¹³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z dnia 14 września 2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych) (Dz. Urz. UE L 265 z 12.10.2022, s. 1–66).

aktualnie na etap oceny nadmierności sankcji, co jednak według prelegentki jest już zupełnie inną zasadą (proporcjonalności). Kolejno na zwiększenie znaczenia proporcjonalności kar w stosunku do zasady pewności prawa zwrócił uwagę dr K. Dobosz. Prelegent podkreślił, że nakładanie kar na przedsiębiorców może wpływać na ich decyzje biznesowe w przypadku potencjalnie różnych wysokości kar od dwóch różnych organów, co rzutowałoby m.in. na ich decyzje w sprawie zaskarżenia wydanych orzeczeń przez organy pod kątem opłacalności ich przyjęcia lub odwoływania się. W takim wypadku mogliby spekulować, kara którego z organów byłaby dla przedsiębiorców korzystniejsza, co również jego zdaniem może znacząco ograniczyć zasadę pewności prawa. Z przedmówcami zgodził się mgr A. Szmigielski. Odnosząc się jednak do orzecznictwa sprzed wyroku w sprawie C-117/20 *bpost*, zauważył zdecydowany postęp, jeśli chodzi o stosowanie zasady *ne bis in idem* poprzez wzrost gwarancji jej realizacji na gruncie prawa konkurencji. Na koniec pomiędzy panelistami wywiązała się dyskusja nad zagadnieniem proporcjonalności kary oraz zasadnością stosowania *ne bis in idem* jako instrumentu służącemu miarkowaniu kar.

Kamil Flis

aplikant radcowski, Kancelaria Hansberry Tomkiel

E-mail: k.flis@hansberrytomkiel.com