

Sprawa C-311/24**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

29 kwietnia 2024 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Oberlandesgericht Wien (Austria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

26 kwietnia 2024 r.

Wnioskodawca:

Bundесwettbewerbsbehörde

Druga strona postępowania:

M. GmbH

Przedmiot postępowania głównego

Wymierzenie odpowiedniej grzywny zgodnie z § 6 ust. 2 Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (ustawy o uczciwych warunkach konkurencji) (FWBG) za wezwania do zapłaty skierowane do dostawców

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia art. 6 ust. 1 lit. e) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (zwanej dalej „dyrektywą 2019/633”); zgodność z tą dyrektywą prawa austriackiego; art. 267 TFUE

Pytania prejudycjalne

1.a. Czy art. 6 ust. 1 lit. e) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (dyrektywy 2019/633) należy interpretować w ten sposób, że przepis ten w przypadku, gdy nabywca na podstawie jednolicie umotywowanej decyzji wbrew art. 3 ust. 1 d) wspomnianej dyrektywy wzywa do zapłaty w tym samym dniu oddzielnie różnych dostawców, którzy podlegają ochronie na podstawie art. 1 tej dyrektywy, stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym te wezwania do zapłaty są oceniane w całości jako jedno jednolite naruszenie (jedność czynu) z możliwością wyłącznie jednokrotnego nałożenia sankcji?

1.b. Czy dla udzielenia odpowiedzi na pytanie 1.a. w świetle wymogu zawartego w art. 6 ust. 1 zdanie ostatnie dyrektywy (UE) 2019/633, zgodnie z którym sankcja musi być skuteczna, proporcjonalna i odstraszająca oraz uwzględniać charakter, czas trwania, powtarzanie się i wagę naruszenia, ma znaczenie okoliczność, że zgodnie z krajowym austriackim przepisem ustanawiającym sankcję (§ 6 ust. 2 FBWG) można wymierzyć grzywnę z tego tytułu w kwocie nieprzekraczającej (tylko) 500 000 EUR?

2. W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie 1.a.:

Czy art. 6 ust. 1 lit. e) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (dyrektywy 2019/633) należy interpretować w ten sposób, że każde wezwanie do zapłaty skierowane do poszczególnych dostawców – jeżeli narusza zakaz zawarty w art. 3 ust. 1 lit. d) dyrektywy (UE) 2019/633 – należy oceniać jako podlegającą sankcji odrębną praktykę handlową, z tytułu której należy orzec oddzielną sankcję (grzywnę) zgodnie z zasadą kumulacji, a zatem należy nałożyć wiele grzywien, biorąc pod uwagę okoliczność, że krajowy austriacki przepis ustanawiający sankcję (§ 6 ust. 2 FBWG) przewiduje wymierzenie grzywny nieprzekraczającej 500 000 EUR?

Powołane przepisy prawa Unii i prawa międzynarodowego

Artykuł 101 ust. 3 TFUE

Artykuł 102 TFUE

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu, art. 25

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (dyrektywa 2019/633)

Artykuł 6 ust. 1 lit. e) oraz ust. 1 zdanie ostatnie dyrektywy 2019/633 stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, aby każdy z ich organów egzekwowania prawa dysponował zasobami i wiedzą fachową niezbędnymi do wykonywania swoich obowiązków, i przyznają mu uprawnienia do:

[...]

e) nakładania na sprawcę naruszenia grzywny lub wszczynania postępowania w celu nałożenia na sprawcę naruszenia grzywny i innych równie skutecznych sankcji oraz zastosowania środków tymczasowych, zgodnie z przepisami i procedurami krajowymi;

[...]

Sankcje, o których mowa w akapicie pierwszym lit. e), muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające oraz uwzględniać charakter, czas trwania, powtarzanie się i wagę naruszenia”.

Artykuł 4 protokołu dodatkowego nr 7 do europejskiej konwencji praw człowieka

Orzecznictwo sądów Unii i trybunałów międzynarodowych

Wyrok z dnia 8 lipca 1999 r., Komisja/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356

Wyrok z dnia 1 lipca 2010 r., AstraZeneca/Komisja, T-321/05, EU:T:2010:266

Wyrok z dnia 5 czerwca 2012 r., Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319

Wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r., Fresh Del Monte Produce/Komisja oraz Komisja/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P i C-294/13 P, EU:C:2015:416

Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Villeroy & Boch – Belgia/Komisja, C-642/13 P, EU:C:2017:58

Wyrok z dnia 20 marca 2018 r., Menci, C-524/15, EU:C:2018:197

Wyrok z dnia 12 września 2019, Maksimovic i in., C-64/18, C-140/18, C-146/18 i C-148/18, EU:C:2019:723

Wyrok z dnia 22 października 2020 r., Silver Plastics i Johannes Reifenhäuser/Komisja, C-702/19 P, EU:C:2020:857

Wyrok z dnia 22 marca 2022 r., Nordzucker i in., C-151/20, EU:C:2022:203

Wyrok z dnia 16 czerwca 2022 r., Sony Corporation i Sony Electronics/Komisja, C-697/19 P, EU:C:2022:478

Wyrok z dnia 16 czerwca 2022 r., Toshiba Samsung Storage Technology i Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Komisja, C-700/19 P, EU:C:2022:484

Wyrok z dnia 9 listopada 2023, Altice Group Lux/Komisja, C-746/21 P, EU:C:2023:836

ETPC, wyrok z dnia 10 lutego 2009, Zolotukhin przeciwko Rosji, skarga nr 14939/03

Powołane krajowe przepisy i orzecznictwo

Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (ustawa o uczciwych warunkach konkurencji) (BGBl. I 2021/239, FWBG), za pomocą której dokonano transpozycji dyrektywy 2019/633:

W § 5a ust. 2 pkt 1–5 FWBG został dosłownie przetransponowany art. 1 ust. 2 lit. a)–e) dyrektywy 2019/633, a § 5a ust. 3 FWBG określa przestrzenny związek sprzedaży z Unią Europejską zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2019/633.

Paragraf 5a FWBG brzmi:

„(1) Przepisy niniejszej sekcji regulują zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych związanych ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych. Mają one na celu transpozycję dyrektywy (UE) 2019/633 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, Dz.U., nr L 111 z dnia 25 kwietnia 2019 r., s. 59 (zwanej dalej »dyrektywą (EU) 2019/633«). Sekcja pierwsza oraz Kartellgesetz 2005 (ustawa antymonopolowa z 2005 r.) – KartG 2005, BGBl. I, nr 61/2005, pozostają nienaruszone.

(2) Przepisy niniejszej sekcji mają zastosowanie do niektórych nieuczciwych praktyk handlowych, które występują w związku ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych przez:

1. dostawców, których roczny obrót nie przekracza 2 000 000 EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 2 000 000 EUR;

2. dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 2 000 000 EUR, lecz nie przekracza 10 000 000 EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 10 000 000 EUR;

3. dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 10 000 000 EUR, lecz nie przekracza 50 000 000 EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 50 000 000 EUR;

4. dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 50 000 000 EUR, lecz nie przekracza 150 000 000 EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 150 000 000 EUR;

5. dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 150 000 000 EUR, lecz nie przekracza 350 000 000 EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 350 000 000 EUR.

[...]

(3) Niniejsza sekcja ma zastosowanie do transakcji sprzedaży, w których dostawca lub nabywca, lub jeden i drugi, mają siedzibę lub miejsce zamieszkania w Unii.

[...]”.

Paragraf 5c ust. 1 FWBG: „Praktyki handlowe wymienione w załączniku I są zakazane. [...]”.

Tytuł załącznika I do FWBG brzmi: „Praktyki handlowe zakazane w każdych okolicznościach:”.

Punkt 4 załącznika I do FWBG brzmi: „Nabywca żąda od dostawcy płatności niezwiązanych ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych dostawcy”.

Zakazana praktyka wymieniona w § 5c w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG odpowiada praktyce wymienionej w art. 3 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2019/633. Transpozycja tego ustanawiającego zakaz przepisu została dokonana w identycznym brzmieniu.

Paragraf 5b pkt 2 FWBG brzmi:

„»nabywca« oznacza osobę fizyczną lub prawną, niezależnie od tego, gdzie znajduje się siedziba lub miejsce zamieszkania tej osoby, lub organ publiczny w Unii, które kupują produkty rolne i spożywcze; termin »nabywca« może obejmować grupę takich osób fizycznych i prawnych;”.

Paragraf 5b pkt 3 FWBG brzmi:

„»dostawca« oznacza producenta rolnego lub osobę fizyczną bądź prawną, niezależnie od tego, gdzie znajduje się ich siedziba lub miejsce zamieszkania,

sprzedających produkty rolne i spożywcze; termin »dostawca« może obejmować grupę takich producentów rolnych lub grupę takich osób fizycznych i prawnych, takich jak organizacje dostawców i zrzeszenia takich organizacji;”.

Definicje „nabywcy” i „dostawcy” zawarte w § 5b pkt 2 i pkt 3 FWBG mają identyczne brzmienie jak definicje zawarte w dyrektywie 2019/633 (art. 2 pkt 2 dyrektywy 2019/633).

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (ustawa z dnia 23 stycznia 1974 r. o czynach zagrożonych karą sądową) [Strafgesetzbuch (kodeks karny) – StGB], BGBl. I, nr 60/1974, § 28 ust. 1

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (ustawa o karach administracyjnych z 1991 r.) – VStG, BGBl. I, pkt 52/1991, § 22 ust. 2

Kartellgesetz 2005 (ustawa antymonopolowa z 2005 r.) – KartG 2005, BGBl. I, nr. 61/2005; § 1, § 2, § 4a, § 5, § 29, § 33

Wyrok OGH [Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego)] z dnia 20 czerwca 2001 r., 11 Os 51/11a

Wyrok OGH z dnia 27 lutego 2006 r., 16 Ok 52/05

Wyrok OGH z dnia 11 kwietnia 2007 r., 13 Os 1/07g

Wyrok OGH z dnia 17 września 2013 r., 11 Os 73/13i

Wyrok OGH z dnia 8 października 2015 r., 16 Ok 2/15b

Wyrok OGH z dnia 11 maja 2023 r., 16 Ok 3/23m

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Druga strona postępowania została mocno dotknięta ekonomicznie skutkami, jakie pandemia koronawirusa wywarła na turystykę oraz związanym z tym brakiem klientów w sektorze detalicznej sprzedaży żywności i stanęła w obliczu ogromnego wzrostu kosztów, szczególnie w dziedzinie energii, a także wysokiej inflacji i zwiększonych kosztów finansowania związanych ze zmianami stóp procentowych.
- 2 Druga strona postępowania zatrudniła firmę doradczą, której zadaniem było wsparcie jej we wdrażaniu „procesu transformacji”, aby móc zapewnić długoterminowe kontynuowanie działalności przedsiębiorstwa oraz jego konkurencyjność.
- 3 Strategiczna reorientacja przewidywała transformację we wszystkich obszarach przedsiębiorstwa, w szczególności jednak w kategorii zarządzanie, logistyka,

marketing, a także przeprojektowanie placówek sprzedaży (np. zaplanowano powiększenie półek z nową wysokością pomieszczenia, co spowodowało konieczność nowych niższych podłóg).

- 4 Za radą firmy doradczej druga strona postępowania zorganizowała w dniu 16 maja 2023 r. internetową „Konferencję z okazji Dnia Dostawcy”, w ramach której przedstawiła swoim dostawcom przeglądowo aktualną sytuację rynkową i związane z nią problemy oraz poniesione przez nią aktualne straty. Jako perspektywę na przyszłość wyjaśniono proces transformacji, w jakim znajdowała się druga strona postępowania.
- 5 W trakcie konferencji z okazji dnia dostawcy druga strona postępowania zapowiedziała swoim dostawcom, że zwróci się z prośbą o wsparcie finansowe procesu transformacji.
- 6 W dniu 17 maja 2023 r. w nawiązaniu do powyższej zapowiedzi wysłano wiadomości elektroniczne z załączonymi fakturami pro forma z kwotami ryczałtowymi o różnej wysokości. Faktury służyły celowi oraz ogólnemu planowi sfinansowania kosztów procesu transformacji poprzez wkład pieniężny dostawców. W każdym przypadku adresatem wiadomości był jeden dostawca i zostały one wysłane w tym samym czasie.
- 7 Te wiadomości elektroniczne mają jednakowe brzmienie w przypadku wszystkich dostawców – z wyjątkiem kwoty na fakturze pro forma i rozróżnienia w zależności od tego, czy dany dostawca wziął udział w konferencji z okazji dnia dostawcy, czy nie:

„[...]

Aby móc przeprowadzić [ten proces transformacji], potrzebujemy Państwa wsparcia. W szczególności [druga strona postępowania] oczekuje, że jako kluczowy klient zainwestują Państwo 15 000 EUR [uwaga: w wiadomościach elektronicznych są różne kwoty] w naszą wspólną przyszłość.

Zamówiliśmy już w tym celu fakturę pro forma.

Będziemy śledzić Państwa gotowość do zapewnienia wsparcia jako partner. Prosimy mieć na uwadze, że Państwa inwestycja trwale wzmocni nasze partnerstwo i będzie wsparciem w budowaniu wspólnej, pełnej sukcesów przyszłości. Od Państwa zależy przekształcenie tego planu w rzeczywistość”.

- 8 W dniu 10 listopada 2023 r. wnioskodawca złożył przeciwko drugiej stronie postępowania 16 osobnych wniosków do sądu antymonopolowego o wymierzenie odpowiedniej grzywny zgodnie z § 6 ust. 2 FWBG, podnosząc w uzasadnieniu, że druga strona postępowania naruszyła § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG z tego względu, że jako nabywca zażądała od 16 dostawców płatności niezwiązanej ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych.

- 9 Senatsabteilung des Oberlandesgerichts Wien (izba wyższego sądu krajowego w Wiedniu), która złożyła wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, rozpatruje cztery wezwania do zapłaty w wysokości od 10 000 do 18 000 EUR.

Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 10 Zdaniem **wnioskodawcy** każde wezwanie do zapłaty stanowi naruszenie przez drugą stronę postępowania § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG.
- 11 Niezbędny dla zastosowania sekcji drugiej FWBG stosunek obrotów (określony w § 5a ust. 2 FWBG) pomiędzy obrotem drugiej strony postępowania jako nabywcy w rozumieniu § 5b pkt 2 FWBG a obrotem dostawcy w rozumieniu § 5b pkt 3 FWBG jest spełniony.
- 12 **Druga strona postępowania** kwestionuje naruszenie FWBG, ponieważ nie wystąpiła z żądaniem płatności, o których mowa w § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG. Zwróciła się ona jedynie z prośbą o inwestycję z wyraźnym wskazaniem na dobrowolność płatności.

Argumenty dotyczące osobnego złożenia wniosków

- 13 **Wnioskodawca** utrzymuje, że druga strona postępowania 16 razy naruszyła § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG z tego względu, że zażądała od 16 różnych dostawców płatności w różnej wysokości, zakazanej na mocy § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 z załącznika I do FWBG.
- 14 Dyrektywa 2019/633 została przetransponowana za pomocą właściwej części FWBG. Dobór słów w dyrektywie 2019/633 oraz w FWBG pozwala jednoznacznie stwierdzić, że zgodne z wolą prawodawcy jest dokonywanie oceny popełnionych naruszeń na podstawie indywidualnie zaangażowanego dostawcy i indywidualnie zaangażowanego nabywcy lub uwzględnienie tych dwóch podmiotów jako głównego kryterium oceny, co skutkuje ustaleniem ich tożsamości. Wynika to już z definicji „nabywcy” i „dostawcy”, ponieważ definicja obu tych terminów stanowi, że pod tymi pojęciami należy rozumieć „osobę fizyczną lub prawną, niezależnie od tego, gdzie znajduje się siedziba lub miejsce zamieszkania tej osoby” lub „grupę takich osób fizycznych i prawnych”. W związku z przepisami dotyczącymi obliczania odpowiedniego obrotu rocznego (§ 5a ust. 2 FWBG) można stwierdzić, że za „nabywcę” lub „dostawcę” – w oparciu o definicje „przedsiębiorstwa samodzielnego”, „przedsiębiorstwa partnerskiego” i „przedsiębiorstwa powiązanego” zawarte w załączniku do zalecenia 2003/361/WE – należy uważać zasadniczo pojedyncze i samodzielne przedsiębiorstwa, chyba że występuje grupa przedsiębiorstw.
- 15 Formułując zagrożenie karą, ustawodawca austriacki zdecydował się zamiast stawki procentowej od obrotu rocznego ustalić maksymalną kwotę 500 000 EUR (§ 6 ust. 2 FWBG).

- 16 W ustawowym wykazie poszczególnych zakazanych nieuczciwych praktyk handlowych jest używana liczba pojedyncza w odniesieniu do „dostawcy” lub „nabywcy”. Zamierzone użycie formy pojedynczej jest logicznie powiązane z podlegającym uwzględnieniu rocznym obrotem zgodnie z § 5a FWBG, który zasadniczo należy obliczać jedynie dla „przedsiębiorstwa samodzielnego”, „przedsiębiorstwa partnerskiego” i „przedsiębiorstwa powiązanego”. Konkretny wybór liczby pojedynczej w odniesieniu do „dostawcy” lub „nabywcy” wynika w szczególności ze sformułowania nieuczciwej praktyki handlowej zgodnie z pkt 4 załącznika I do FWBG. Zgodnie z tym przepisem żądanie jednej lub kilku płatności (użycie liczby mnogiej) od dostawcy stanowi nieuczciwą praktykę handlową.
- 17 Z celu ochronnego dyrektywy 2019/633 oraz sekcji drugiej FWBG wynika konieczność prowadzenia zasadniczo oddzielnego postępowania w stosunku do każdego dostawcy dotkniętego nieuczciwą praktyką handlową nabywcy.
- 18 Dyrektywa 2019/633 przetransponowana w sekcji drugiej FWBG nie stanowi – jak twierdzi druga strona postępowania – „szczególnego prawa antymonopolowego”. Przeciwnie, ma zostać stworzone otoczenie regulacyjne, w którym proces negocjacji między podmiotami działającymi w łańcuchu dostaw produktów spożywczych prowadzi do uczciwego rezultatu.
- 19 W tym względzie należy dokonać rozróżnienia między problemami wynikającymi z potencjalnie nieuczciwych praktyk handlowych a problemami dotyczącymi zachowań antykonkurencyjnych. Dyrektywa 2019/633 nie ma na celu ani ochrony konkurencji jako instytucji, ani ochrony konsumentów przed wprowadzającą w błąd reklamą i innymi nieuczciwymi praktykami, lecz utrzymanie odpowiedniej równowagi interesów pomiędzy dostawcami i ich odbiorcami w sektorze B2B (zob. motywy 1 i 6).
- 20 Ponadto z motywów 7 i 14 dyrektywy 2019/633 można jasno wywieść, że producenci w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych są tymi adresatami ochrony, których należy chronić przed bezpośrednimi lub pośrednimi negatywnymi skutkami nieuczciwych praktyk handlowych. W tym względzie zawsze bierze się pod uwagę względną siłę przetargową pomiędzy indywidualnym dostawcą a indywidualnym nabywcą, którą należy oceniać na podstawie odpowiedniego obrotu rocznego.
- 21 Właśnie istnienie dysproporcji w tej sile przetargowej – pomiędzy indywidualnym dostawcą a indywidualnym nabywcą – otwiera zakres stosowania dyrektywy 2019/633 i tym samym konieczność zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych. Dysproporcja w sile przetargowej stanowi zatem istotną cechę identyfikacyjną indywidualnego naruszenia. W odniesieniu do tożsamości czynu należy uwzględnić ze względu na cel ochronny – wynikający z dyrektywy 2019/633 – indywidualną relację pomiędzy nabywcą a dostawcą, na podstawie której należy ocenić również indywidualny stopień bezprawia zastosowanej nieuczciwej praktyki handlowej.

- 22 Również Komisja Europejska jasno wskazuje w uzasadnieniu wniosku w sprawie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych [wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorstwami w łańcuchu dostaw żywności z dnia 12 kwietnia 2018 r., COM(2018) 173 wersja ostateczna, 2018/0082 (COD), („wniosek w sprawie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych”) eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173, strona odwiedzona w dniu 3 stycznia 2024 r.], że zakres regulacji prawa antymonopolowego różni się od zakresu regulacji zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych oraz że te kompleksy regulacyjne istnieją obok siebie niezależnie i uzupełniająco. Wreszcie warto zwrócić uwagę również na podstawę prawną, na której opiera się przyjęcie dyrektywy 2019/633. Gdyby intencją było stworzenie reguł konkurencji (szczególnego prawa antymonopolowego) dla łańcucha dostaw produktów rolnych i spożywczych, jako podstawa prawna byłby do dyspozycji art. 103 TFUE. Z możliwości tej jednak nie skorzystano. Zamiast tego został wybrany art. 43 ust. 2 TFUE, który służy realizacji celów wspólnej polityki rolnej i rybołówstwa.
- 23 Oznacza to, że brak jest podstawy do stosowania wypracowanej w europejskim prawie konkurencji figury prawnej jednolitego, złożonego i ciągłego naruszenia.
- 24 Formułując zagrożenie karą, ustawodawca austriacki zdecydował się – inaczej niż w prawie antymonopolowym – ustalić stałą kwotę maksymalną zamiast stawki procentowej. W ramach tej maksymalnej kwoty przy ustalaniu konkretnej grzywny istotne będzie również to, do której klasy wielkości obrotu (§ 5a ust. 2 FWBG) należy nabywca. O ile w przypadku nabywcy podlegającemu pkt 1 leg cit zagrożenie karą nieprzekraczającą 500 000 EUR ma całkowicie egzystencjonalne znaczenie, o tyle w przypadku nabywcy z wyższych klas obrotu aż do pkt 6 leg cit nie wydaje się ono odpowiednie dla właściwego odzwierciedlenia poważnych i znaczących naruszeń w obrębie wspólnej kwoty maksymalnej. Przeciwnie, podobnie jak w prawie karnym administracyjnym, należy tu przyjąć, że zastosowanie ma zasada kumulacji, wobec czego za każde indywidualne naruszenie należy wyznaczyć karę pieniężną ramach 500 000 EUR. W kontekście dotychczasowych uwag oraz w świetle wykładni zgodnej z dyrektywą oznacza to, że sekcja druga FWBG zasadniczo zakłada indywidualną ocenę przypadku, a także prowadzenie oddzielnych postępowań.
- 25 Prowadzenie 16 indywidualnych postępowań nie stanowi zatem sztucznego rozdzielenia, lecz jest wymagane na podstawie indywidualnych kryteriów oceny określonych w FWBG.
- 26 **Druga strona postępowania** podnosi przeciwko oddzielnemu złożeniu wniosków i prowadzeniu oddzielnych postępowań, że u podstaw wszystkich 16 wniosków złożonych oddzielnie przez wnioskodawcę leży ten sam stan faktyczny, a zatem chodzi o zarzut popełnienia jednego jedyne go naruszenia. Sztuczny podział na 16 postępowań narusza zasadę „ne bis in idem”.

- 27 W kwestii istnienia tego samego czynu karalnego ETPC opierał się w ostatnim czasie głównie na podlegającym ocenie stanie faktycznym (tych samych faktach) (zasadniczo wyrok ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., 14939/03, Zolotukhin przeciwko Rosji, pkt 71 i nast., 82 i nast.). Naruszenie art. 4 protokołu dodatkowego nr 7 do EKPC ma wobec tego miejsce, gdy te same okoliczności prowadzą do wielokrotnego ścigania lub karania z powodu identycznych lub zasadniczo tych samych faktów („identical facts or facts which are substantially the same”). Zgodnie z orzecznictwem ETPC „idem” należy przyjąć zawsze wtedy, gdy oba przestępstwa wynikają z identycznych lub zasadniczo tych samych okoliczności faktycznych. Zdaniem ETPC należy koncentrować się w tym względzie na tych faktach, które stanowią zbiór konkretnych okoliczności faktycznych nierozdzielnie powiązanych ze sobą w czasie i przestrzeni. Zdaniem OGH należy przyjąć istnienie tego samego czynu, „idem” – niezależnie od jego kwalifikacji prawnej czy naruszonego dobra prawnego – jeżeli u podstaw postępowań lub orzeczeń leży ten sam stan faktyczny. Przykładowo OGH podkreślił w sprawie 11 Os 73/13i, że: *„Jako kryteria oceny należy brać pod uwagę czas popełnienia czynu, miejsce popełnienia czynu, przedmiot czynu, sam czyn, sprawcę, ofiarę czynu oraz spowodowany lub zamierzony skutek. Zespół faktów, które ze swej natury są ze sobą nierozdzielnie powiązane i zbiegają się w czasie i przestrzeni, nie może być dzielony na sztucznie wyodrębnione działania”*.
- 28 Ta definicja „idem” prowadzi do tego, że zarzut naruszenia § 5c ust. 1 w związku z pkt 5 załącznika I do FWBG podniesiony przez wnioskodawcę przeciwko drugiej stronie postępowania w 16 postępowaniach dotyczy jednego, tego samego stanu faktycznego.
- 29 Paragraf 6 ust. 2 FWBG stanowi, że sąd antymonopolowy „[...] może wymierzyć grzywnę nieprzekraczającą kwoty 500 000 EUR”.
- 30 Wszczynając oddzielne postępowania, wnioskodawca obchodzi ustawowy nakaz przewidujący **jedną** grzywnę nieprzekraczającą kwoty 500 000 EUR. Prowadzi to nie tylko do nadmiernego obciążenia wyników finansowych drugiej strony postępowania, ale także do zwielokrotnienia kosztów procesowych i nadmiernego obciążenia działalności sądu.
- 31 Ponieważ wszystkie prośby o inwestycje skierowane do dostawców są oparte na ogólnym planie zrekompensowania kosztów procesu transformacji poprzez wkład finansowy ze strony dostawców produktów rolnych i spożywczych, aby móc zapewnić w ten sposób dalszą egzystencję drugiej strony postępowania, ma tu miejsce jednolite działanie.
- 32 Posiłkowo druga strona postępowania podnosi, że chodzi o zarzut **jednolitego i ciągłego naruszenia**. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem naruszenie prawa antymonopolowego może wynikać nie tylko z pojedynczego działania, ale również z szeregu działań, a nawet z zachowania o charakterze ciągłym, nawet jeżeli jeden lub większa liczba elementów tego szeregu działań lub tego

zachowania ciągłego także mogłyby stanowić, same w sobie i odrębnie, naruszenie rzeczono przepisu (wyrok Trybunału w sprawie C-697/19 P, pkt 62). Jest to figura prawna stworzona w drodze orzecznictwa sądowego, która ma swoje korzenie w kluczowym orzeczeniu Trybunału w sprawie C-49/92 P. Sądy europejskie stwierdziły w tym względzie, że „[...] stwierdzone porozumienia i uzgodnione praktyki [...] ze względu na ich wspólny cel stanowiły część systemów regularnych spotkań w celu ustalenia docelowych cen i kwot, które z kolei stanowiły część szeregu wysiłków danych przedsiębiorstw, w ramach których realizowano jeden cel gospodarczy polegający na zakłóceniu rozwoju cen. Sztuczne byłoby zatem rozbijanie tego ciągłego zachowania charakteryzującego się jednym celem i postrzeganie go jako kilku samodzielnych naruszeń”.

Również w Austrii w odniesieniu do naruszeń konkurencji stosuje się w utrwalonym orzecznictwie figurę prawną jednolitego i ciągłego naruszenia (16 Ok 2/15b).

Pojęcie jednolitego i ciągłego naruszenia zakłada istnienie „całościowego planu”, w który wpisują się różne działania ze względu na ich identyczny cel, i to niezależnie od okoliczności, że jedno lub większa liczba takich działań mogą równie, same w sobie i rozpatrywane odrębnie, stanowić naruszenie prawa konkurencji.

- 33 Orzecznictwo europejskie stosuje tę figurę prawną również w przypadku naruszeń art. 102 TFUE/§ 5 KartG. Zdaniem Sądu (T-321/05, pkt 892 i nast.) przy stosowaniu figury prawnej jednolitego i ciągłego naruszenia należy zbadać, czy działania te były wzajemnie komplementarne.
- 34 Figura prawna jednolitego i ciągłego naruszenia ma zastosowanie również do naruszeń FWBG tudzież przepisów transponujących dyrektywę 2019/633 w § 5a i nast. FWBG, jeżeli naruszenia są wzajemnie komplementarne, to znaczy są one podobne w sposobie ich popełnienia, pozostają w ścisłym związku czasowym i opierają się na całościowym zamiarze lub całościowym planie, ponieważ przepisy mające na celu transpozycję dyrektywy 2019/633 w § 5a i nast. FWBG oraz wymienione tam naruszenia mają – pod względem celu ochronnego, celu legislacyjnego i skutku – systematykę, która jest w dużym stopniu podobna do zakazów antymonopolowych określonych w art. 102 TFUE/§ 5 KartG.
- 35 Zachowanie drugiej strony postępowania wobec 16 dostawców dotyczy zbioru okoliczności faktycznych, które ze swej natury są ze sobą nierozzerwalnie powiązane. Koncepcja inwestycyjna została w całości opracowana przez firmę doradcą wynajętą przez drugą stronę postępowania i została przez tę stronę (częściowo) zaakceptowana. Celem było umożliwienie lepszej obecności na rynku poprzez restrukturyzację i dodatkowe inwestycje. W tym celu do inwestowania mieli zostać zaproszeni w szczególności dostawcy silni finansowo, którzy mieli przyczynić się do utrzymania swojego odbiorcy. W tych okolicznościach należy przyjąć, że wymieniony powyżej wymóg „całościowego planu” jest jednoznacznie spełniony w ramach próby o inwestycję.

- 36 Analiza celu dyrektywy 2019/633 oraz FWBG prowadzi do zakwalifikowania FWBG do prawa konkurencji tudzież prawa antymonopolowego.
- 37 Z motywów dyrektywy 2019/633 wynika, że ma ona chronić tych dostawców w sposób specyficzny dla danego sektora przed odbiorcami mającymi znaczącą pozycję na rynku. W tym celu dyrektywa 2019/633 definiuje szereg „zachowań”, które najwidoczniej powinny być całkowicie lub względnie zakazane. W oczy rzuca się to, że takie zachowania przedsiębiorstw o dominującej pozycji na rynku i tak już stanowią naruszenie z zakresu kontroli nadużyć w ramach prawa antymonopolowego. Wymienione praktyki wykazują dużą bliskość do prawa antymonopolowego. Dyrektywa 2019/633 i prawo antymonopolowe realizują ogółem tę samą podstawową ideę „ochrony przed nierównowagą na rynku”.
- 38 W szczególności brzmienie motywu 9, a konkretnie „si[ła] przetargow[a], któr[a] odpowiad[a] ekonomicznej zależności dostawcy od nabywcy”, ustanawia bezpośredni związek z regulacją kontroli nadużyć zgodnie z § 5 KartG/art. 102 TFUE.
- 39 Również określenie „uczciwych i zwiększających efektywność porozumień” jest w swoich podstawowych elementach porównywalne z odstępstwami zawartymi w art. 101 ust. 3 TFUE tudzież § 2 KartG.
- 40 Wreszcie nie można pominąć strukturalnej konstrukcji dyrektywy 2019/633, a także § 5a i nast. FWBG, która w odniesieniu do „katalogu zakazów” w dużej mierze jest podobna do przepisów o tej samej nazwie zawartych w rozporządzeniach dotyczących antymonopolowych wyłączeń grupowych, tzw. „czarnej listy” oraz pod pewnymi warunkami dozwolonych praktyk, tzw. „szarej listy”.
- 41 W świetle powyższego należy w rezultacie stwierdzić, że figura prawna jednolitego i ciągłego naruszenia została wypracowana dla całościowych stanów faktycznych, takich jak niniejszy. Systematyka sytuacji faktycznych § art. 5a i nast. FWBG jest oparta na prawie antymonopolowym, w szczególności na § 5 KartG, którego zakres zastosowania różni się od dyrektywy 2019/633 i FWBG jedynie w odniesieniu do wymogu ścisłej dominacji na rynku. W rezultacie sztuczne byłoby dzielenie spójnego naruszenia charakteryzującego się całościowym planem na różne naruszenia tylko dlatego, że jest ono ścigane na podstawie § 5a i nast. FWBG, a nie na podstawie § 5 KartG. Przeciwnie, orzecznictwo dotyczące jednolitego i ciągłego naruszenia należy stosować również do naruszeń FWBG.
- 42 Niezastosowanie figury prawnej jednolitego i ciągłego naruszenia lub przestępstwa ciągłego naruszałoby również unijną zasadę równoważności.
- 43 Obowiązek zapewnienia praktycznej skuteczności prawa Unii, który opiera się na ciężącym na państwach członkowskich obowiązku lojalności i współpracy zgodnie z art. 4 ust. 3 TUE, obejmuje przy jego wykonywaniu również skuteczną ochronę podmiotowych sytuacji prawnych wynikających z obiektywnej normy

postępowania. Z tego wynikają konkretne wymogi dotyczące kształtu mającego zastosowanie prawa krajowego w przypadku braku wymogów prawa europejskiego. Materialne i proceduralne reguły karania naruszeń prawa UE muszą być równoważne regułom, za pomocą których są karane odpowiednie naruszenia prawa krajowego (zasada równoważności).

- 44 Dotyczy to również relacji pomiędzy § 5a i nast. FWBG, opierającym się na prawie Unii (dyrektywie 2019/633), a krajowymi przepisami § 1 i nast. KartG. Autonomia proceduralna, a także w pewnym stopniu materialna swoboda kształtowania przepisów (przy dokonywaniu transpozycji dyrektywy) kończy się tam, gdzie równoważność jest zakłócona. Takie zakłócenie równoważności miałyby miejsce, gdyby krajowe egzekwowanie § 4a i nast. FWBG odbywało się według innych warunków egzekwowania pomimo znacznego podobieństwa do KartG. Wynika to również z samej dyrektywy 2019/633, zgodnie z którą gwarantowane (na mocy prawa Unii) prawa nabywcy do obrony muszą być szanowane przez organy egzekwowania prawa (motyw 35 i art. 6 ust. 2 dyrektywy 2019/633). Te prawa do obrony nie mogą być zawężane przez szeroki podział (ciągłego) naruszenia, albowiem byłoby to sprzeczne z równoważnością.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 45 Mając na uwadze cel określony w dyrektywie 2019/633, a mianowicie stworzenie równowagi w odniesieniu do często występujących różnic w sile przetargowej między dostawcami a nabywcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, konieczne jest dokonanie oceny transpozycji krajowej w świetle tego założenia. Następnie należy dokonać kwalifikacji prawnej sankcji grzywny, o której mowa w § 6 ust. 2 FWBG, a na koniec należy przedstawić austriacką doktrynę dotyczącą zbiegu w przypadku wielokrotnych naruszeń prawa i umieścić ten system w powiązaniu z dyrektywą 2019/633.
- 46 Brak równowagi sił ekonomicznych istniejący między dostawcą i odbiorcą (nabywcą) został wyrażony w art. 1 dyrektywy 2019/633 za pomocą progów obrotu, które zostały transponowane do prawa austriackiego na mocy § 5a ust. 2 pkt 1–5 FWBG. Paragraf 5a pkt 1–5 FWBG ustanawia zgodnie z dyrektywą 2019/633 maksymalne i minimalne progi obrotu jako przesłankę zastosowania § 5a i nast. FWBG.
- 47 Motywy dyrektywy 2019/633 nie zostały włączone do FWBG. W materiałach legislacyjnych, konkretnie w objaśnieniach do rządowego projektu ustawy (ErlRV 1167 XXVII. GP, 1) w sprawie FWBG, są one jednak odpowiednio przytaczane.
- 48 Paragraf 6 ust. 2 FWBG, w drodze transpozycji art. 6 dyrektywy 2019/633, przewiduje nałożenie grzywny jako sankcji w razie naruszenia zakazu nieuczciwych praktyk handlowych.
- 49 Zdaniem sądu odsyłającego ten ustanawiający sankcję przepis ma charakter karnoprawny.

Grzywna zgodnie z austriacką ustawą antymonopolową

- 50 Grzywna przewidziana w austriackiej ustawie antymonopolowej stanowi pod względem jej celu i skutków sankcję o charakterze quasi karnym [Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) w: RIS-Justiz RS0120560]. Grzywny, o których mowa w § 29 KartG, mają na celu ukaranie popełnionego czynu niezgodnego z prawem (represja) oraz, niezależnie od tego, czy niedozwolone zachowanie nadal trwa lub czy jego skutki nadal istnieją, zapobieganie popełnianiu dalszych naruszeń (prewencja). Grzywny antymonopolowe są środkiem przymusu państwowego i dlatego zaliczają się do prawa karnego sensu largo (Koprivnikar/Mertel w: Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 29 KartG 2005).
- 51 Grzywna na podstawie § 29 KartG spełnia także kryteria określone przez Trybunał w sprawie C-151/20 w odniesieniu do zaklasyfikowania jej jako sankcji o charakterze karnym.
- 52 W sprawie C-151/20 Trybunał stwierdził w tym względzie:

„Punkt 29: Artykuł 50 karty stanowi, że »[n]ikt 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«. Zasada *ne bis in idem* zakazuje zatem kumulacji zarówno postępowań, jak i sankcji o charakterze karnym w rozumieniu tego artykułu za te same czyny przeciwko tej samej osobie (wyrok z dnia 20 marca 2018 r., Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).

Punkt 30: W odniesieniu do oceny karnego charakteru postępowania sądowego i kar takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego, należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału istotne są trzy kryteria. Pierwszym z nich jest kwalifikacja prawna naruszenia w prawie wewnętrznym, drugim – charakter samego naruszenia i trzecim – stopień surowości sankcji grożącej zainteresowanemu (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 czerwca 2012 r., Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, pkt 37; a także z dnia 20 marca 2018 r., Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, pkt 26, 27).

Punkt 31: Jednakże stosowanie art. 50 karty nie ogranicza się tylko do postępowań i sankcji kwalifikowanych jako »karne« przez prawo krajowe, lecz obejmuje – niezależnie od takiej kwalifikacji w prawie krajowym – postępowania i sankcje, które należy uważać za mające charakter karny na podstawie dwóch pozostałych kryteriów wymienionych w poprzednim punkcie (zob. podobnie wyrok z dnia 20 marca 2018 r., Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, pkt 30)».

Grzywna na podstawie § 6 ust. 2 FWBG

- 53 Kryteria ustalone w związku z kwalifikacją grzywny, o której mowa w KartG, jako sankcji o charakterze karnym spełnia także § 6 ust. 2 FWBG.

- 54 Zagrożenie grzywną przewidziane w § 6 ust. 2 FWBG transponuje nakaz nałożenia sankcji przewidziany w art. 6 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2019/633. Zgodnie z art. 6 ust. 2 FWBG przy wymierzaniu grzywny należy brać pod uwagę wagę i czas trwania naruszenia prawa, wzbogacenie osiągnięte przez czas trwania naruszenia prawa, stopień winy oraz możliwości ekonomiczne. Zgodnie z wymogami art. 6 ust. 1 zdanie ostatnie dyrektywy 2019/633 sankcja musi być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca oraz uwzględniać charakter, czas trwania, powtarzanie się i wagę naruszenia. Tym samym art. 6 ust. 1 dyrektywy 2019/633 przewiduje jako kryterium dla stopnia ciężkości sankcji grożącej danym osobom (sprawa C-151/20, Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH), że w drodze tej sankcji należy skutecznie karać popełniony czyn niezgodny z prawem (represja) oraz zapobiega się popełnianiu dalszych naruszeń w sensie odstrasżającym (prewencja). Ponieważ skutki represyjne i zapobiegawcze jako typowe cechy kary (OGH 16 Ok 52/05) muszą zostać osiągnięte zgodnie z jasnymi wymogami określonymi w art. 6 ust. 1 zdanie ostatnie dyrektywy 2019/633, dokonana w Austrii transpozycja w § 6 ust. 2 FWBG z limitem nieprzekraczającym 500 000 EUR stanowi sankcję o charakterze karnym.
- 55 W świetle tej kwalifikacji prawnej austriackiej normy ustanawiającej sankcję jako nakazu nałożenia sankcji o charakterze karnym należy udzielić odpowiedzi na pytanie, w jakiej formie należy ukarać zachowanie, za pomocą którego wielokrotnie naruszono § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I FWBG [art. 3 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2019/633], co zarzuca wnioskodawca w przedmiotowych postępowaniach.

Koncepcje w austriackim prawie karnym w przypadku wielokrotnego naruszenia prawa – doktryna dotycząca zbiegu

- 56 W odróżnieniu od austriackiego Strafgesetzbuch (kodeksu karnego) (StGB) i austriackiego Verwaltungsstrafgesetz (ustawy o karach administracyjnych) (VStG) w FWBG brakuje regulacji dotyczącej formy nakładania sankcji w przypadku popełnienia kilku naruszeń.
- 57 Austriackie prawo antymonopolowe również nie zawiera żadnej normy w tym zakresie (zob. Koprivnikar/Mertel w: Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, § 29, pkt 5).
- 58 W przypadku powtarzających się, ciągłych naruszeń prawa konkurencji – na warunkach, które zostaną jeszcze bliżej wyjaśnione poniżej – utrwalone orzecznictwo i dominująca doktryna wypracowały figurę prawną jednolitego i ciągłego naruszenia, która dogmatycznie traktuje wielokrotne naruszenia w rozumieniu idealnego zbiegu jako jeden czyn.
- 59 W niniejszej sprawie pojawia się pytanie, czy figura prawna jednolitego i ciągłego naruszenia podlega zastosowaniu w przypadku wielokrotnych naruszeń FWBG.

W tym względzie konieczna jest bardziej szczegółowa analiza figury prawnej jednolitego i ciągłego naruszenia.

Jednolite i ciągle naruszenie

- 60 Rozporządzenie nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 101 i 102 TFUE posługuje się w art. 25 ust. 2 terminem ciągłego naruszenia.
- 61 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału jednolite i ciągle naruszenie ma miejsce wtedy, gdy istnieje całościowy plan, w który wpisują się różne działania ze względu na ich identyczny cel polegający na zakłóceniu konkurencji na rynku wewnętrznym, i to niezależnie od okoliczności, że jedno z tych działań lub większa ich liczba mogłyby również, same w sobie i rozpatrywane odrębnie, stanowić naruszenie art. 101 TFUE (wyroki Trybunału: C-702/19 P; C-642/13).
- 62 W przypadku gdy poszczególne działania z uwagi na identyczny cel polegający na zakłóceniu konkurencji na rynku wewnętrznym wpisują się w „całościowy plan”, Komisja jest uprawniona przypisać odpowiedzialność za te działania na podstawie udziału w naruszeniu postrzeganym jako całość (wyrok Trybunału C-642/13P; zob. podobnie wyrok w sprawach połączonych C-293/13 P i C-294/13 P, pkt 156 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 63 Jeżeli te przesłanki są spełnione, wówczas sztuczne byłoby rozdzielanie ciągłego zachowania charakteryzującego się jednym celem i konstruowanie z niego kilku niezależnych naruszeń (zob. wyroki Trybunału: C-642/13 P; C-702/19 P; C-700/19 P).
- 64 W przeciwieństwie do art. 25 rozporządzenia 1/2003 austriacka KartG nie dokonuje rozróżnienia między naruszeniami ciągłymi i innymi rodzajami naruszeń (Schwarz w: Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 33 KartG 2005).
- 65 Od orzeczenia w sprawie 16 Ok 2/15b figura prawna jednolitego i ciągłego naruszenia w przypadku naruszenia art. 101 TFUE została uznana także przez sąd najwyższy w Austrii.
- 66 OGH orzekł, że duża liczba bezprawnych, następujących po sobie zachowań stanowi ciągle naruszenie i jedność prawną wtedy, gdy zachowania te są ze sobą powiązane poprzez zbieżność celu (ten sam cel w przypadku wszystkich składników). Poszczególne działania częściowe muszą być jednakowe pod względem sposobu ich popełnienia, być ściśle powiązane czasowo i opierać się na całościowym zamiarze (16 Ok 2/15b).
- 67 Takie całościowe naruszenie charakteryzuje się ogólnie ciągłym antykonkurencyjnym zachowaniem uczestników kartelu o jednolitym celu gospodarczym (16 Ok 3/23m).

- 68 Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) podkreśla, że przy kwalifikowaniu różnych działań jako ciągłego naruszenia należy zbadać, czy istnieje między nimi stosunek komplementarności w tym znaczeniu, że każde z nich ma na celu wyeliminowanie jednego lub większej liczby skutków normalnej konkurencji oraz poprzez wzajemne oddziaływanie przyczynia się do urzeczywistnienia wszystkich skutków antykonkurencyjnych, do których dążą ich inicjatorzy w ramach całościowego planu zmierzającego do jednolitego celu. Całościowy plan nie musi istnieć od początku, ale może zostać wypracowany dopiero z biegiem czasu (16 Ok 2/15b).
- 69 Oznacza to, że zgodnie z jednomyślnym orzecznictwem Trybunału i OGH figura prawna jednolitego i ciągłego naruszenia w prawie konkurencji wymaga całościowego planu uczestników mającego na celu zakłócenie konkurencji poprzez ich działania.
- 70 Zastosowanie figury prawnej jednolitego i ciągłego naruszenia wypracowanej w prawie konkurencji w celu karania wielokrotnych naruszeń FWBG nie wydaje się zgodne z systemem:
- 71 Biorąc pod uwagę, że priorytetowym założeniem dyrektywy 2019/633, a tym samym FWBG, jest wyrównanie różnic w sile przetargowej między nabywcami i dostawcami działającymi w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych oraz okoliczność, że koncentruje się na względnej sile przetargowej (motyw 14 dyrektywy 2019/633), staje się jasne, że w przypadku wielokrotnych naruszeń zakazu nieuczciwych praktyk handlowych zakwalifikowanie tych działań jako jednolitego i ciągłego naruszenia nie udaje się ze względu na brak całościowego planu zakłócenia konkurencji w znaczeniu szeroko zakrojonej strategii mającej na celu wykluczenie. Głównym elementem oceny na podstawie FWBG jest zawsze indywidualny stosunek dostawy i istniejąca w jego ramach względna różnica w sile przetargowej.
- 72 Również doktryna austriacka odrzuca istnienie podstawy prawnej w związku z nieuczciwymi praktykami handlowymi dla stosowania figury prawnej jednolitego i ciągłego naruszenia wypracowanej w prawie konkurencji (Seper w: Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 6 FWBG, pkt 6).
- 73 Oznacza to, że kwestię sposobu ścigania wielokrotnego naruszenia zakazów uregulowanych w dyrektywie 2019/633 należy rozwiązać zgodnie z austriackim (administracyjnym) prawem karnym.
- 74 Jak zostanie zaraz zaprezentowane, sąd odsyłający wyraża wątpliwość, czy rozwiązanie na podstawie austriackiej dogmatyki jest zgodne z wymogami zawartymi w dyrektywie 2019/633.

Zasada absorpcji versus zasada kumulacji

- 75 Sposób postępowania w przypadku, gdy dana osoba popełni kilka naruszeń, jest uregulowany w austriackim prawie karnym w § 28 StGB oraz w austriackim prawie karnym administracyjnym w § 22 VStG.
- 76 Paragraf 28 ust. 1 StGB ustanawia tak zwaną zasadę absorpcji w przypadku kar tego samego rodzaju.
- 77 Paragraf 28 ust. 1 StGB stanowi: „Jeżeli ktoś popełnił w wyniku jednego lub kilku niezależnych czynów kilka przestępstw tego samego lub różnego rodzaju, i jeżeli przestępstwa te są rozpoznawane jednocześnie, orzeka się tylko jedną karę pozbawienia wolności lub tylko grzywnę, jeżeli zbiegające się przepisy przewidują tylko kary pozbawienia wolności lub tylko grzywny. Karę tę ustala się według przepisu, który przewiduje najwyższą karę. Z zastrzeżeniem nadzwyczajnego złagodzenia kary, nie można wymierzyć kary niższej niż najwyższa z kar minimalnych przewidzianych w zbiegających się przepisach”.
- 78 Natomiast austriackie prawo karne administracyjne przewiduje w § 22 ust. 2 VStG zasadę kumulacji jako zasadę podstawową w przypadku zbiegu kilku wykroczeń administracyjnych: „Jeżeli ktoś dopuścił się kilku wykroczeń administracyjnych w wyniku kilku niezależnych czynów lub jeżeli czyn podlega kilku niewyłączającym się wzajemnie karom, kary wymierza się równolegle. To samo dotyczy zbiegu wykroczeń administracyjnych z innymi działaniami przestępczymi podlegającymi ukaraniu przez organ administracji”.
- 79 Zasada kumulacji ma zastosowanie we wszystkich przypadkach właściwego zbiegu realnego i idealnego. Jeżeli więc sprawca popełnił kilka niezależnych czynów poprzez powtórzenie czynu, i tym samym ma miejsce zbieg realny, za każde wykroczenie administracyjne należy wymierzyć karę, wobec czego w rezultacie wymierza się kilka kar równolegle (Lewisch w: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG3, § 22, pkt 9).
- 80 W przypadku kumulacji kar należy jednak brać pod uwagę ograniczenia wynikające z prawa europejskiego, w szczególności zasadę proporcjonalności (wyroki Trybunału: C-64/18; C-746/21 P).
- 81 FWBG nie zawiera regulacji określającej, według jakiej zasady należy wymierzać sankcje w przypadku zbiegu naruszeń.
- 82 Mając na uwadze, że zastosowanie zasady kumulacji nie wymaga innego nakazu niż sam nakaz nałożenia sankcji jako taki, zasada absorpcji (zasada zaliczenia) musi zaś zawierać reguły łączenia kar, należy przyjąć, że w przypadku wielokrotnych naruszeń FWBG sankcje (grzywny) należy wymierzać równolegle w rozumieniu zasady kumulacji.
- 83 W świetle dogmatyki austriackiego (administracyjnego) prawa karnego ani zasada absorpcji, ani zasada kumulacji nie miałyby zastosowania w sprawie głównej,

ponieważ zachowanie zarzucane drugiej stronie postępowania przez wnioskodawcę należałoby ocenić jako faktyczną jedność czynu (przestępstwo ciągle).

Faktyczna jedność czynu – czyn jednorodny

84 Wraz z orzeczeniem Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego) wydanym przez izbę we wzmocnionym składzie w sprawie 13 Os 1/07g nastąpiła zmiana paradygmatu w przypadku istnienia jedności czynu z figury prawnej przestępstwa ciągłego na faktyczną jedność czynu.

85 Zgodnie z uzasadnieniem w sprawie 13 Os 1/07g:

„O ile we wcześniejszym orzecznictwie pod pojęciem »przestępstwa ciągłego« (zgodnie z wymaganymi niekiedy, aczkolwiek traktowanymi niejednolicie wymogami) łączono kilka czynów wyczerpujących te same znamiona (bez względu na to, czy usiłowane, czy dokonane), popełnionych w »całościowym zamiarze«, w nieznaną ustawie figurę prawnej jedności czynu z tym skutkiem, że poprzez samodzielne same w sobie jednorodne przestępstwa doszedłby do skutku tylko jeden czyn karalny, to Oberster Gerichtshof odrzucił już w istocie tę figurę prawną, potwierdzając jej proceduralną podzielność w orzeczeniu ustanawiającym zasadę w sprawie SSt 56/88 = EvBl 1986/123. [...]. Uznanie kontekstu ciągłości wyłącznie w oparciu o faktyczną jedność czynu stanowi zamierzone odrzucenie absolutnej teorii przestępstwa ciągłego i przychylenie się do specyficznej koncepcji przestępstwa. Różnica między figurą prawną przestępstwa ciągłego a faktyczną jednością czynu polega bowiem na tym, że figura prawna przestępstwa ciągłego jest wywodzona z ogólnej części prawa karnego materialnego, zaś figura faktycznej jedności czynu łączy ze sobą jednorodne czyny według indywidualnych znamion. Kryteria łączenia mogą być więc całkowicie różne w zależności od przestępstwa, przy czym nie powstają w związku z tym sprzeczności obejmujące cały system prawa karnego. W nawiązaniu do Jescheck/Weigend (711 i nast.) o faktycznej jedności czynu mówi się w przypadku prostego urzeczywistnienia znamion typu czynu, a więc spełnienia minimalnych przesłanek ustawowych znamion typu czynu, w szczególności w przypadku przestępstw wieloczynowych i przestępstw ciągłych (faktyczna jednolitość czynu sensu stricto) i tam, gdzie chodzi jedynie o intensywność jednolitego wykonania przestępstwa (SSt 56/88), to znaczy w przypadku wielokrotnego urzeczywistnienia znamion tego samego czynu w krótkim odstępie czasu, a więc w przypadku jedynie ilościowego spotęgowania (jednolita bezprawność) i o jednolitej motywacji (jednolita wina), nawet w razie naruszenia wysoce osobistych dóbr prawnych różnych podmiotów, a także w przypadku ciągłego urzeczywistniania znamion typu czynu, to znaczy dochodzenia do skutku określonego przez znamiona poprzez kilka indywidualnych aktów w wypadku jednolitych okoliczności czynu i jednolitej motywacji, na przykład przy przejściu od usiłowania do wykonania lub w przypadku włamania w dwóch etapach (faktyczna jedność czynu sensu largo)».

- 86 Faktyczna jedność czynu sensu largo jest od tego czasu figurą prawną stosowaną w utrwalonym orzecznictwie (RIS-Justiz RS0122006), jeżeli spełnione są następujące przesłanki:
- wielokrotne urzeczywistnienie znamion tego samego typu czynu, to znaczy ilościowe spotęgowanie (jednolita bezprawność),
 - w krótkim odstępie czasu,
 - przy jednolitej motywacji (jednolita wina).
- 87 Jeżeli przesłanki te są spełnione, figurę prawną faktycznej jedności czynu należy stosować także w przypadku naruszenia dóbr prawnych różnych podmiotów (Ratz w: Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar StGB, Vorbemerkungen zu §§ 28–31, pkt 89).
- 88 Zaszeregowanie różnych zachowań do faktycznej jedności czynu skutkuje jednorazowym urzeczywistnieniem znamion typu czynu (RIS-Justiz RS0120233; RS0122006). Faktyczna jedność czynu oznacza zarówno pod względem materialnym, jak i proceduralnym jeden czyn (11 Os 51/11a).
- 89 W prawie karnym administracyjnym w przypadku czynów umyślnych jest nadal stosowana figura prawną przestępstwa ciągłego. Austriacki Verwaltungsgerichtshof (trybunał administracyjny) definiuje przestępstwo ciągłe jako „szereg indywidualnych, niezgodnych z prawem działań, które ze względu na podobieństwo formy popełnienia i okoliczności zewnętrzne w ramach wciąż rozpoznawalnego związku czasowego”, ujęte w nawias „przez z góry powziętą jednolitą wolę” („całościowy zamiar”) „łączą się w jedno”, przy czym jednolita wola musi odnosić się do stopniowej realizacji ustalonego w ogólnych zarysach całościowego celu. Ostatnio ów sąd określił jednolitą wolę jako „pobudkę do wielokrotnych, podobnych działań przestępczych” (Lewisch w: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, § 22, pkt 20). Funkcją przestępstwa ciągłego jest sprzężenie wielokrotnych czynów („przestępstwa ciągłe”) w jedno „przestępstwo ciągłe”. W przypadku gdy ma miejsce przestępstwo ciągłe, to w rezultacie chodzi w sensie prawnym o jeden jedyny czyn, za który należy wymierzyć również jedną karę; wyłączona jest kumulacja kar za poszczególne indywidualne czyny popełnione w ciągłym kontekście (tamże, pkt 24).

Wnioski

- 90 Dla przypadków podlegających ocenie oznacza to, że zarzuty podniesione przez wnioskodawcę przeciwko drugiej stronie postępowania, w myśl których poprzez wysyłanie 16 e-maili wraz z fakturami pro forma do 16 różnych dostawców o przywołanej powyżej treści, które zostały wysłane w tym samym czasie, naruszyła ona § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG, należałoby zakwalifikować zgodnie z austriacką dogmatyką prawa karnego jako faktyczną jedność czynu.

- 91 Zarzut wnioskodawcy dotyczy wielokrotnego urzeczywistnienia znamion tego samego czynu, a mianowicie czynu określonego w § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG (jednolita bezprawność) w bezpośrednim związku czasowym, nawet w tym samym czasie, z jednakową motywacją w rozumieniu całościowego zamiaru przeprowadzenia procesu transformacji w tych samych towarzyszących okolicznościach zewnętrznych, a mianowicie w szczególności w wykonaniu porady wynajętej firmy doradczej (jednolita wina). Tym samym działania te należy zaszeregować jako prawną jedność czynu zgodnie z utrwalonym orzecznictwem krajowym (RIS-Justiz RS0122006), w związku z czym zarzucane przez wnioskodawcę drugiej stronie postępowania wielokrotne naruszenia FWBG należy ocenić jako jedno naruszenie FWBG.
- 92 Zatem – jeżeli po przeprowadzeniu postępowania dowodowego zarzuty wnioskodawcy miałyby okazać się słuszne – należałoby nałożyć grzywnę w ramach 500 000 EUR jedynie raz z uwagi na istnienie tylko jednego czynu, nawet gdyby dotyczył on 16 stosunków dostaw.
- 93 Jednakże zdaniem sądu odsyłającego wniosek ten stoi w sprzeczności z celem przyświecającym dyrektywie 2019/633, jakim jest wyrównanie różnic w sile przetargowej między dostawcami a nabywcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, ponieważ równowaga ta może zostać ustanowiona wyłącznie w oparciu o indywidualny stosunek dostaw. To, że w centrum analizy w rozumieniu dyrektywy 2019/633 znajduje się zawsze indywidualny stosunek dostaw i istniejąca w jego ramach względna różnica w sile przetargowej, wynika również z art. 1 dyrektywy 2019/633, który ustala stosunek obrotu rocznego między dostawcą a nabywcą i w przypadku istnienia tego stosunku rocznego obrotu przyjmuje, że pozycja przetargowa nabywcy zazwyczaj jest zagrożona (zob. także motyw 7 dyrektywy 2019/633). Cel ten wskazuje, aby w przypadku każdego naruszenia FWBG dokonywać oddzielnej analizy w odniesieniu do nabywcy i dostawcy z uwzględnieniem ich rocznych obrotów. W ten sposób na pierwszy plan zostaje wysunięty indywidualny stosunek z dostawcą.
- 94 Zaszeregowanie naruszeń FWBG przez nabywcę wobec wielu dostawców jako faktycznej jedności czynu powoduje, że względna siła przetargowa, w której często istniejąca nierównowaga była powodem wydania dyrektywy 2019/633, zostaje wycofana z centrum oceny. Ocena zachowania nabywcy wobec wielu dostawców jako faktycznej jedności czynu prowadzi ponadto do tego, że wymóg skuteczności, proporcjonalności i odstrasżającego charakteru grzywny nie jest w każdym razie spełniony, w związku z czym może ucierpieć skuteczność dyrektywy 2019/633. Natomiast, zdaniem sądu odsyłającego, kumulatywne nałożenie grzywien zgodnie z liczbą stosunków dostaw, których dotyczy naruszenie lub naruszenia, skutecznie uwzględniłoby względną siłę przetargową.
- 95 Ponieważ zgodnie z dogmatyką krajowego prawa karnego, a zatem i zgodnie z prawem austriackim nie można dokonać kumulacji grzywien, wnosi się do Trybunału o dokonanie wykładni dotyczącej dyrektywy 2019/633 oraz zgodności

z tą dyrektywą prawa austriackiego w rozumieniu zadanych pytań prejudycjalnych.

Streszczenie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

W przedmiocie pytania pierwszego:

- 96 Zgodnie z austriacką dogmatyką prawa karnego zarzucane przez wnioskodawcę drugiej stronie postępowania wysłanie kilku wezwań do zapłaty (faktur pro forma) niezwiązanych ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych 16 dostawcom w tym samym czasie, w wyniku tej samej motywacji (realizacja procesu transformacji), w tych samych okolicznościach, należałoby zaklasyfikować jako faktyczną jedność czynu w znaczeniu jednorazowego naruszenia § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika 1 do FWBG.
- 97 Sporne wydaje się, czy przez zakwalifikowanie tego zachowania zarzucanego przez wnioskodawcę jako faktycznej jedności czynu, co skutkuje nałożeniem (jednej) grzywny, zostaje osiągnięty w sposób równoważny i skuteczny cel określony w dyrektywie 2019/633, polegający na wyrównaniu różnic istniejących w sile przetargowej między dostawcami a nabywcami działającymi w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych. Pierwsze pytanie prejudycjalne oraz jego podpunkty 1a i 1b mają na celu wyjaśnienie, czy kwalifikacja jako jeden czyn, której należy dokonać zgodnie z dogmatyką krajową, jest zgodna z dyrektywą 2019/633.

W przedmiocie pytania drugiego:

- 98 Wobec braku regulacji dotyczącej wymierzenia sankcji w przypadku zbiegu kilku czynów karalnych w FWBG należałoby wymierzyć grzywnę kumulatywnie za każdy czyn, jeżeli zarzucane przez wnioskodawcę wielokrotne naruszenie § 5c ust. 1 w związku z pkt 4 załącznika I do FWBG należy zakwalifikować jako wielość czynów a nie jako jedność czynu. Drugie pytanie prejudycjalne dotyczy tego, czy zastosowanie zasady kumulacji w niniejszym przypadku jest zgodne z dyrektywą 2019/633.
- 99 Gdyby wynikająca z austriackiej dogmatyki kwalifikacja zarzucanego przez wnioskodawcę drugiej stronie postępowania zachowania wobec 16 dostawców jako faktycznej jedności czynu miała okazać się sprzeczna z dyrektywą i w związku z tym na pierwsze pytanie prejudycjalne miała zostać udzielona odpowiedź twierdząca, dla wydania przez sąd odsyłający orzeczenia konieczne jest wyjaśnienie, czy zastosowanie zasady kumulacji, a więc nałożenie kilku grzywien równolegle zgodnie z § 6 ust. 2 FWBG, jest zgodne z dyrektywą 2019/633.