

Affaire C-151/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

27 mars 2020

Jurisdiction de renvoi :

Oberster Gerichtshof (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

12 mars 2020

Partie requérante et appelante :

Bundswettbewerbsbehörde

Parties défenderesses et intimées :

1. Nordzucker AG
2. Südzucker AG
3. Agrana Zucker GmbH

**Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche)
statuant en appel en matière d'ententes**

[OMISSIS]

L'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), en qualité de juridiction d'appel dans les affaires en matière d'ententes [OMISSIS], a

ordonné

ce qui suit dans le cadre du recours en matière d'ententes introduit par la partie requérante, la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale de la concurrence, Vienne, Autriche) [OMISSIS] à l'encontre des parties défenderesses 1. Nordzucker AG, Braunschweig, [OMISSIS] Allemagne, [OMISSIS] 2. Südzucker AG, Mannheim, [OMISSIS] Allemagne, [OMISSIS] 3. Agrana Zucker GmbH, Vienne [OMISSIS], pour constatation [article 28, paragraphe 1, du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes) de 2005] et fixation d'une amende [article 87, paragraphe 2, lu en combinaison avec article 142, point 1, sous a) et d), du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes) de 1988 et avec l'article 29,

point 1, sous a) et d), du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes) de 2005], dans la procédure introduite en appel par la requérante contre l'ordonnance de l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne, Autriche, statuant en matière de d'ententes) du 15 mai 2019 [OMISSIS] : [Or. 2]

A. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie au titre de l'article 267 TFUE des questions préjudicielles suivantes :

1. Le troisième critère posé par la jurisprudence de la Cour en matière de concurrence pour l'application du principe « ne bis in idem », à savoir celui selon lequel le même intérêt juridique protégé doit être concerné, doit-il également être appliqué lorsque les autorités de la concurrence de deux États membres sont appelées à appliquer aux mêmes faits et à l'égard des mêmes personnes, outre la réglementation nationale, les mêmes règles de droit européen (en l'espèce, l'article 101 TFUE) ?

En cas de réponse affirmative à cette question :

2. Dans un tel cas d'application parallèle du droit de la concurrence européen et national, le même intérêt juridique est-il protégé ?

3. En outre, aux fins de l'application du principe « ne bis in idem », importe-t-il de savoir si la première – chronologiquement – décision de l'autorité de la concurrence d'un État membre infligeant une amende a pris en compte les effets que l'atteinte à la concurrence a eus, en pratique, dans l'autre État membre dont l'autorité de la concurrence n'a statué qu'ultérieurement dans la procédure de droit de la concurrence qu'elle a menée ?

4. Une procédure dans laquelle, en raison de la participation d'une partie concernée au programme national de clémence, une infraction au droit de la concurrence ne peut qu'être constatée, est-elle également une procédure soumise au principe « ne bis in idem », ou un tel constat simple d'infraction peut-il être dressé indépendamment du résultat d'une procédure antérieure [Or. 3] relative à l'imposition d'une amende (dans un autre État membre) ?

B. Il est sursis à statuer jusqu'à réception de la décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne [OMISSIS].

Motifs :

I. Les faits :

Le groupe de sociétés de la première partie défenderesse au principal est l'un des plus importants producteurs de sucre en Europe. Le groupe de sociétés de la deuxième partie défenderesse au principal appartient à l'un des plus grands producteurs mondiaux de sucre, d'amidon et de fruits comptant au total 29 usines sucrières. La troisième partie défenderesse au principal, qui se trouve sous le

contrôle de la deuxième partie défenderesse au principal, exploite deux usines sucrières en Autriche et dispose, par l'intermédiaire de filiales, d'autres usines sucrières situées en Hongrie, en République tchèque, en Slovaquie, en Roumanie et en Bosnie (auparavant également en Bulgarie).

En ce qui concerne les produits, les marchés pour la production et la commercialisation du sucre peuvent, en principe, être répartis en un marché du sucre destiné à l'industrie et un marché du sucre destiné à la consommation des ménages. Ces marchés se distinguent par le circuit de distribution et la taille du contenant.

Les différents instruments réglementaires nationaux relatifs aux marchés du sucre ont été remplacés par l'organisation européenne du marché du sucre (OCM sucre) en 1968. L'objectif fondamental était d'assurer la culture européenne de betteraves sucrières et l'autosuffisance dans l'approvisionnement en sucre européen des entreprises européennes de transformation du sucre et des consommateurs européens. À cette fin, des quotas de production ont été attribués aux États membres [Or. 4], que ces derniers répartissaient ensuite entre leurs producteurs respectifs ; l'exportation des quantités excédentaires était subventionnée.

En 2004, une sentence arbitrale de l'OMC a contraint l'UE d'arrêter ou de réduire fortement les subventions à l'exportation. Par conséquent, l'OCM sucre de 2006 (règlement CE n° 318/2006) a été adoptée le 24 novembre 2005. L'objectif était de réduire la production de sucre d'environ 6 millions de tonnes. Pour mener à bien ce processus, la Commission a recensé chaque mois tous les stocks de toutes les entreprises sucrières. Elle a mis ces données à la disposition de toutes les entreprises sous forme compacte. Toutes les importations et exportations étaient également recensées.

En Allemagne, le marché du sucre était dominé, depuis des décennies, par les entreprises de trois grands producteurs qui incluent la première partie défenderesse au principal et la deuxième partie défenderesse au principal. Dans la mesure où, historiquement, les usines sucrières des entreprises se sont principalement créées par fusion avec les usines sucrières voisines, elles ne sont pas réparties sur le territoire allemand, mais constituent des ensembles presque fermés, les usines de la première partie défenderesse au principal se situant dans le nord et celles de la deuxième partie défenderesse au principal dans le sud. Étant donné que le sucre destiné à l'industrie est un produit homogène qu'il n'est pas possible de différencier sur le plan qualitatif, du moins en Europe centrale, et que les coûts de transport jouent un rôle important, il n'était pas rationnel, du point de vue commercial, de livrer du sucre destiné à l'industrie à des clients très éloignés des propres sites de production. La notion de « principe du marché local » a été retenue pour qualifier la répartition du marché allemand entre les zones de vente principales des trois grands producteurs allemands qui en résultait [Or. 5]. Les marchés étrangers n'étaient pas visés par cette notion, y compris ceux sur lesquels, comme en Autriche, opéraient des filiales de producteurs de sucre allemands. La

troisième défenderesse au principal opère dans une large mesure de façon autonome sur les marchés qu'elle dessert et est considérée comme le producteur de sucre autrichien.

La sentence arbitrale de l'OMC a incité certains producteurs dont le quota dépassait la demande régionale à gagner des clients en dehors de leur zone de livraison traditionnelle ou de leur pays. En particulier, une entreprise française a tenté, en offrant des bas prix, d'acquérir des clients industriels dans les zones de vente traditionnelles des trois grands producteurs de sucre allemands. L'adhésion à l'UE de plusieurs États d'Europe orientale et centrale, qui a pris effet le 1^{er} mai 2004, a également provoqué une inquiétude sur le marché allemand. Au plus tard à partir de l'année 2004, plusieurs réunions se sont donc tenues entre les directeurs commerciaux de l'époque en charge en Allemagne du sucre destiné à l'industrie pour la première et la deuxième défenderesses au principal. À cette occasion a été soulignée l'importance pour les entreprises allemandes d'esquiver la nouvelle pression concurrentielle en ne se faisant pas mutuellement concurrence par intrusion dans les zones de vente principales traditionnelles des autres producteurs. L'Autriche n'était pas mentionnée lors de ces discussions. La troisième partie défenderesse au principal n'a pas non plus participé à ces discussions. Les responsables de la troisième partie défenderesse au principal, en particulier son gérant, n'avaient pas non plus connaissance de ces discussions avant le début de la présente procédure. **[Or. 6]**

En ce qui concerne la zone de vente autrichienne, l'ouverture des frontières orientales de l'UE a revêtu une importance décisive. Alors que, jusque-là, la troisième partie défenderesse au principal était presque totalement protégée de la concurrence grâce à la situation géographique de l'Autriche, elle devait désormais craindre pour la première fois des offensives concurrentielles provenant, notamment, de Slovaquie et de République tchèque. À la fin de l'année 2005, la troisième partie défenderesse au principal a constaté que certains clients industriels dont elle était jusqu'alors le fournisseur exclusif s'approvisionnaient en sucre en Slovaquie. Il était évident que les livraisons slovaques ne pouvaient provenir que de la filiale de la première partie défenderesse au principal puisque la deuxième entreprise slovaque la plus importante était une filiale de la troisième partie défenderesse au principal elle-même. Le 22 février 2006, lors d'un entretien téléphonique portant sur d'autres sujets d'intérêt pour le groupe, le gérant de la troisième partie défenderesse au principal a informé le directeur commercial de la deuxième partie défenderesse au principal de l'existence de ces livraisons vers l'Autriche et lui a demandé s'il connaissait quelqu'un à qui en parler auprès de la première partie défenderesse au principal. Le directeur commercial de la deuxième partie défenderesse au principal a alors décidé de prendre lui-même l'affaire en charge. Immédiatement après l'entretien téléphonique, il a appelé le directeur commercial de la première partie défenderesse au principal et l'a informé des livraisons vers l'Autriche. Il a laissé percer un certain agacement et a, à tout le moins, fait allusion à de possibles conséquences pour le marché allemand. Le directeur commercial de la première partie défenderesse au principal n'a pris aucun engagement à son égard, mais il a pris au sérieux le risque pour la

« paix concurrentielle » sur le marché allemand et a fait état de cet entretien dans un courriel du 23 février 2006 destiné à son collègue et au directeur général de la première partie défenderesse au principal. Il a, en outre, demandé oralement au directeur général [Or. 7] comment il devait réagir aux propos. Ce dernier lui a donné instruction de ne pas réagir du tout, et en particulier de ne pas donner de réponse. Le directeur commercial de la première partie défenderesse au principal n'a donc plus abordé ce thème. Il a toutefois exprimé auprès du responsable commercial de la filiale slovaque le souhait de ne pas étendre les exportations vers l'Autriche. Ce dernier a interprété comme une instruction ce souhait exprimé par une personne, à ses yeux importante, issue de la maison mère du groupe et il était prêt à la mettre en œuvre.

Ces démarches internes à la première partie défenderesse au principal n'ont pas été perçues par la troisième partie défenderesse au principal car cette dernière a continué à relever des livraisons vers l'Autriche en provenance de Slovaquie et elle ignorait les objectifs initialement plus ambitieux de la filiale de la première partie défenderesse au principal pour l'année 2006. L'entretien téléphonique du 22 juin 2006 entre la première et la deuxième parties défenderesses au principal est demeuré le seul mentionnant le marché autrichien. Il n'a pas pu être établi que le gérant de la troisième partie défenderesse au principal avait été informé de l'entretien téléphonique du directeur commercial de la deuxième partie défenderesse au principal avec le directeur commercial de la première partie défenderesse au principal. Lors de nouveaux entretiens personnels entre les représentants des parties défenderesses au principal en 2006, 2007 et 2008, le marché autrichien n'a pas été évoqué.

Par décision du 18 février 2014 passée en force de chose jugée [OMISSIS], le Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand a infligé à la deuxième partie défenderesse au principal, en tant que personne concernée à titre accessoire, une amende de 195 500 000 euros, au motif que [Or. 8] plusieurs intéressés (nominativement désignés), en tant que membres de ses organes ayant le droit de la représenter, en tant que fondés de pouvoir ou en tant que personnes chargées d'agir pour la direction de l'établissement ou de l'entreprise, avaient enfreint intentionnellement, au cours de la période allant de la fin de l'année 2001 au plus tard jusqu'au 26 mars 2009, en différents endroits de la République fédérale d'Allemagne, l'interdiction de conclure des accords entre entreprises concurrentes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur ou parce qu'elles ont omis, par négligence, de prendre les mesures de surveillance nécessaires pour éviter cette violation de l'interdiction des ententes, laquelle aurait été empêchée ou rendue beaucoup plus difficile par une surveillance appropriée. La raison en était que les responsables de la première partie défenderesse au principal, de la deuxième partie défenderesse au principal et de la troisième entreprise allemande mettaient en œuvre, tant pour le sucre destiné à l'industrie que pour le sucre destiné à la consommation des ménages, un accord de respect mutuel des zones de vente principales des concurrents (« principe du marché local »). Dans ce contexte, le

Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand a constaté que des rencontres régulières entre les représentants de la première et de la deuxième parties défenderesses au principal avaient eu lieu de 2004 à 2007, voire jusqu'à l'été 2008. Le contenu de l'entretien téléphonique du 22 février 2006 concernant l'Autriche, mentionné ci-dessus, entre le directeur commercial de la deuxième partie défenderesse au principal et le directeur commercial de la première partie défenderesse au principal, est expressément reproduit au point 12 de cette décision en matière d'amende qui ne compte que près de 22 pages.

2. Arguments et conclusions des parties : [Or. 9]

La **partie requérante** a demandé qu'il soit constaté que la première partie défenderesse au principal a enfreint l'article 101 TFUE et l'article 1^{er} du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes) de 2005, ainsi que l'article 9, lu en combinaison avec l'article 18, du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes) de 1988, et qu'il soit infligé à la deuxième partie défenderesse au principal une amende de 12 460 000 euros pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 21 septembre 2006 ainsi qu'une autre amende de 15 390 000 euros, en responsabilité solidaire avec la troisième partie défenderesse au principal, pour la période du 22 septembre 2006 au 31 octobre 2008.

Selon la partie requérante, les incertitudes pesant sur la future organisation du marché du sucre et l'élargissement à l'est de l'UE le 1^{er} mai 2004 ont provoqué une chute des prix qui aurait incité les première et deuxième parties défenderesses au principal à entrer expressément en contact. Cette démarche aurait abouti à l'approche de base selon laquelle les zones de vente principales respectives, constituées en pratique, devaient être respectées par les autres concurrents. Cette approche de base aurait été confirmée par des discussions se tenant à intervalles réguliers, environ deux fois par an, et aurait implicitement inclus d'autres marchés principaux, tels que l'Autriche. Dans ce contexte, des contacts auraient eu lieu concernant le marché autrichien lors de l'entretien téléphonique du 22 février 2006. Par la suite, il y aurait eu une série de rencontres (identifiées) concernant le marché autrichien qui auraient fait écho au concept de monopole territorial promis à la troisième partie défenderesse au principal. Les contacts individuels entre les participants à l'entente devraient être appréciés dans leur ensemble et dans leur contexte plus large. Une participation active de la troisième partie défenderesse au principal pourrait être constatée à partir de la première rencontre personnelle du 22 septembre 2006. Dès lors, à compter de cette date et jusqu'au 31 octobre 2008, la troisième partie défenderesse au principal serait solidairement responsable **[Or. 10]** avec la deuxième partie défenderesse au principal. L'article 101 TFUE serait applicable aux comportements en cause. Les exceptions visées à l'article 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 et à l'article 2 du règlement (CEE) n° 26/1962 ne pourraient pas être invoquées. La question de l'interdiction des doubles sanctions [principe « ne bis in idem »] ne serait pas pertinente puisque le Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand n'aurait traité que les ententes ayant eu des effets sur le marché

allemand. Le droit communautaire admettrait que, dans le cas d'une infraction couvrant plusieurs États membres, les autorités nationales appliquent des sanctions de manière parallèle, pour autant que les amendes restent limitées aux effets sur les territoires respectifs. Tel serait le cas de la décision du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand. En revanche, en l'espèce, seuls seraient poursuivis les effets sur le marché autrichien.

La **première partie défenderesse au principal** concluait au rejet, pour défaut d'intérêt légitime, de la demande en constatation dirigée contre elle. De son point de vue, si l'Autriche a, certes, toujours été incluse implicitement dans l'« approche de base », ce n'était toutefois toujours qu'en tant que « terrain secondaire » en raison des faibles volumes de ventes. Dans les contacts incriminés concernant l'Autriche, la première partie défenderesse au principal aurait donc principalement voulu éviter des représailles résultant de comportements sur le marché autrichien et une « guerre des prix » sur le « terrain principal » que constitue l'Allemagne.

La **deuxième partie défenderesse au principal** concluait au rejet, pour défaut de fondement, de la demande d'infliger une amende. Selon elle, la répartition de fait des zones de vente principales serait due à la situation respective des **[Or. 11]** usines sucrières et aux frais de transport élevés. Eu égard à cette situation, l'« approche de base » résulterait des circonstances commerciales elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de la conforter par des ententes. En outre, une « entente » explicite, à supposer qu'elle existe, n'aurait pas non plus porté « implicitement » sur l'Autriche. Il n'y aurait pas eu d'accords rigoureux en ce qui concerne l'Autriche. La troisième partie défenderesse au principal aurait toujours géré de manière autonome les affaires sucrières au sein du groupe de la deuxième partie défenderesse au principal. À l'occasion d'un entretien téléphonique le 22 juin 2009, des importations vers l'Autriche en provenance de Slovaquie auraient été signalées. Le gérant de la troisième partie défenderesse au principal aurait demandé si le directeur commercial de la deuxième partie défenderesse au principal disposait, auprès de la première partie défenderesse au principal, d'une personne de contact avec laquelle aborder ce sujet. Ensuite, le directeur commercial de la deuxième partie défenderesse au principal a évoqué la situation lors d'un entretien téléphonique avec le directeur commercial de la première partie défenderesse au principal sans prendre lui-même position à cet égard.

Elle rappelle que, par décision du 18 février 2014 passée en force de chose jugée, le Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand a infligé une amende à la deuxième partie défenderesse au principal. L'objet de cette amende serait, entre autres, l'entretien téléphonique du 22 février 2006. Il serait dès lors interdit, en vertu du principe « ne bis in idem » également reconnu en droit des ententes, d'infliger à la deuxième partie défenderesse au principal une amende supplémentaire pour les mêmes faits.

La **troisième partie défenderesse au principal** concluait également au rejet de la demande d'imposer une amende. Le système des zones de vente principales aurait émergé pour des raisons de logique commerciale. La troisième partie défenderesse au principal soutient ne pas avoir été impliquée dans les contacts qui, selon la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale autrichienne de la concurrence), **[Or. 12]** auraient été établis entre la première et la deuxième parties défenderesses au principal à la suite de la modification du comportement sur le marché d'un producteur français. Il serait vrai que le gérant de la troisième partie défenderesse au principal a tenté d'obtenir un contact avec la première partie défenderesse au principal, mais il n'aurait toutefois pas demandé à ce que l'on intervienne auprès de la première partie défenderesse au principal et n'en aurait pas non plus été informé. Enfin, les accords critiqués par la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale autrichienne de la concurrence) seraient exclus du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE car ils relèveraient de l'exception relative à l'agriculture visée à l'article 209, paragraphe 1, du règlement n° 1308/2013 et, par conséquent, de l'article 2, paragraphe 2, point 5, du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes) qui lui est identique.

3. La procédure antérieure :

La **juridiction de première instance** a rejeté le recours. En ce qui concerne la demande de constatation à l'encontre de la première partie défenderesse au principal, elle a jugé que la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale autrichienne de la concurrence) n'avait pas d'intérêt légitime à demander une constatation à l'égard d'une entreprise pour laquelle elle s'est abstenue de demander la condamnation à une amende en raison de l'application de la réglementation sur la clémence.

Elle a écarté l'existence d'une exception pour l'agriculture au titre du règlement n° 1308/2013. Selon elle, rien n'indiquerait que jusqu'en février 2006, l'Autriche ait été incluse dans l'approche de base relative au respect des zones de vente traditionnelles allemandes. Il ne saurait pas non plus être question d'une inclusion « implicite » de l'Autriche dans l'approche de base relative à la répartition des zones de vente allemandes avant le 22 février 2006. Lors de l'entretien téléphonique qui s'est tenu à cette date, au cours duquel il a été demandé, en substance, d'exercer une influence visant à tout le moins à la modération en 2006 des livraisons effectuées vers l'Autriche par la **[Or. 13]** filiale slovaque de la première partie défenderesse au principal, demande suivie de sa mise en œuvre, une entente contraire au droit de la concurrence, conformément à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, aurait toutefois été conclue entre la première et la deuxième parties défenderesses au principal, entente dont le caractère sensible doit être supposé. Cet accord ne serait pas susceptible de bénéficier d'une dérogation pour incidence négligeable. Cependant, le principe « ne bis in idem » fait également partie intégrante de la procédure d'amende en droit des ententes. Dans l'hypothèse où un certain aspect des comportements, et donc aussi le degré de leur illégalité, aurait déjà fait l'objet d'une sanction infligée par une autre autorité nationale de la

concurrence, une nouvelle sanction serait contraire au principe « ne bis in idem ». En l'espèce, tel serait le cas pour l'accord du 22 février 2006.

En ce qui concerne la troisième partie défenderesse au principal, la juridiction de première instance n'a pu constater aucune participation à un accord ou à une pratique concertée restrictifs de la concurrence.

Dans son **appel** dirigé contre cette décision, **la requérante** demande à ce qu'il soit constaté, en raison de l'accord conclu lors de l'entretien téléphonique du 22 février 2006 entre la première et la deuxième parties défenderesses au principal, que la première partie défenderesse au principal a enfreint l'article 101 TFUE (anciennement article 81 CE) et les articles 1^{er} ainsi que 9, lu en combinaison avec l'article 18, du Kartellgesetz (loi autrichienne sur les ententes), et à ce qu'une amende d'un montant approprié soit infligée à la deuxième partie défenderesse au principal pour les mêmes infractions. Sur le fond, l'appelante conteste l'application du principe « ne bis in idem » faite par la juridiction de première instance. Selon l'appelante, les territoires pour lesquels une amende a été infligée, en tenant compte du chiffre d'affaires qui y est réalisé, n'auraient pas été examinés alors que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne l'exige [**Or. 14**]. Cette décision serait contraire à l'application décentralisée du droit de la concurrence dans l'UE, prévue par le règlement (CE) n° 1/2003, qui autoriserait une action parallèle entre deux ou plusieurs autorités exécutives. La demande de constatation à l'encontre de la première partie défenderesse au principal serait également recevable. La juridiction de première instance n'aurait pas tenu compte de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-68[1]/11, Schenker & Co.

La première partie défenderesse au principal n'a pas déposé de **mémoire en réponse** au recours en appel. La deuxième partie défenderesse au principal estime que le principe « ne bis in idem » est applicable ; la troisième partie défenderesse au principal considère que l'appel n'est pas dirigé contre la décision à son égard.

4. Motifs du renvoi préjudiciel :

4.I. En ce qui concerne la deuxième partie défenderesse au principal :

[OMISSIS] [demande initiale réduite en appel]

La deuxième partie défenderesse au principal a été condamnée en Allemagne au paiement d'une amende pour des faits qui incluaient également la seule infraction à la concurrence qui reste pertinente en l'espèce, à savoir l'entretien téléphonique du 22 juin 2006. La deuxième partie défenderesse au principal fait valoir qu'elle ne peut pas se voir de nouveau infliger une amende pour ce comportement. [**Or. 15**]

4.I.1. Remarques générales sur le principe « ne bis in idem »

4.I.1.1. Le principe « ne bis in idem », qui n'est traditionnellement ancré que dans le droit national [OMISSIS], s'est imposé dans un cadre intégré comme le cadre communautaire grâce à sa prévision dans des normes conventionnelles expresses, telles que l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS), l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH, mais aussi l'article 7 de la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ou l'article 10 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des États membres de l'Union européenne (voir conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-397/03 P, point 99).

4.I.1.2. Dans le cadre du droit de la concurrence, en particulier dans le cadre des poursuites ou sanctions parallèles de la Commission et des autorités nationales de la concurrence, la Cour a considéré dans une jurisprudence constante que le principe « ne bis in idem » ne pouvait être appliqué que si trois critères cumulatifs étaient réunis en ce qui concerne la composante « identité », à savoir a) l'identité des faits ; b) l'identité des contrevenants et c) l'identité de l'intérêt juridique protégé. À cet égard, ce principe doit également être observé dans les procédures tendant à l'infliction d'amendes en matière de concurrence (arrêts de la Cour C-17/10 Toshiba, point 94 ; C-238/99 P, Limburgse Vinyl, point 59 ; C-204/00 P, Aalborg Portland, points 338 à 340 ; [Or. 16] C-289/04 P, Showa Denko, point 50) et interdit qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours (arrêt C-238/99 P, Limburgse Vinyl, point 59).

Dans l'arrêt de la Cour C-204/00, Aalborg Portland, point 338, la Cour a rappelé ces critères et expliqué qu'une entreprise ne saurait se prévaloir du principe « ne bis in idem » lorsque la Commission a sanctionné une entreprise pour un comportement distinct de celui imputé à la même entreprise et ayant fait l'objet d'une décision antérieure d'une autorité nationale de la concurrence, y compris lorsque ces deux décisions portent sur des contrats et des accords indissociablement liés.

Dans l'arrêt C-17/10, Toshiba, point 94, la Cour a réitéré le principe de l'exigence d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé.

Cette jurisprudence s'appuie sur une réflexion qui remonte à l'arrêt du 13 février 1968 dans l'affaire 14/68, *Walt Wilhelm*, et qui a donc été menée dans les premières décennies de l'intégration européenne. Depuis lors, le droit national et le droit de l'Union ont connu une intégration de plus en plus forte et il existe une certaine tension, notamment, entre le troisième critère que constitue

l'identité de l'intérêt juridique tel qu'appliqué en droit de la concurrence, et [Or. 17] des actes plus récents tels que, notamment, l'article 50 de la Charte, mais également le protocole n° 7 à la CEDH entré en vigueur en 1988 ou la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS) signée en 1990.

4.I.1.3. En effet, à cet égard, l'identité d'une infraction est déterminée, en droit de l'Union, sur la base de deux critères seulement : identité des faits et du contrevenant. En revanche, la qualification juridique, ou l'intérêt protégé, ne sont pas déterminants aux fins de l'application du principe « ne bis in idem ». La Cour a suivi cette approche, qui s'inspire étroitement de la jurisprudence récente de la Cour EDH, dans des affaires relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (C-436/04, Van Esbroeck, point 36 ; C-524/15, Luca Menci, point 35 ; C-150/05, Van Straaten, point 53 ; voir également conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-617/17, Powszechny Zakład, point 25 et jurisprudence citée).

4.I.1.4. Dans une procédure concernant l'article 54 de la CAAS, l'affaire C-436/04, Van Esbroeck, points 27 et suivants, la Cour a longuement examiné l'objection selon laquelle l'identité de l'infraction suppose également l'identité de sa qualification juridique ou des intérêts juridiques protégés. Elle y a relevé que cette disposition utilise les termes « les mêmes faits » et qu'elle vise donc la seule matérialité des faits en cause, à l'exclusion de leur qualification juridique. Par conséquent, cette disposition se distingue des termes figurant dans d'autres instruments internationaux qui consacrent le principe « ne bis in idem ». Ainsi, l'article 14, paragraphe 7, du pacte international relatif aux droits civils et politiques et [Or. 18] l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH utilisent la notion d'« infraction », ce qui implique la pertinence du critère de la qualification juridique des faits comme condition d'application du principe « ne bis in idem » consacré par ces derniers instruments.

4.I.1.5. Toutefois, dans son arrêt ultérieur du 10 février 2009, n° 14939/03, Zolotukhin c. Russie, la Cour EDH s'est référée à cette différenciation terminologique. Même si l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH et l'article 50 de la Charte utilisent le terme « offense » [infraction], la CAAS, la Convention américaine des droits de l'homme et le Statut de la Cour pénale internationale utilisent en revanche les termes « same cause » [mêmes faits], « same acts » [mêmes faits] et « same conduct » [mêmes actes] ; une interprétation du terme « offense » [infraction] figurant à l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH dans le sens d'une prise en considération également de la qualification juridique et de l'objectif (donc de l'intérêt juridique atteint), affaiblirait les garanties qui y sont consacrées. Dès lors, même dans le cadre de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH, seul importe de déterminer si les circonstances factuelles poursuivies étaient essentiellement les mêmes, leur qualification juridique étant indifférente.

4.I.2. En ce qui concerne les aspects territoriaux du principe « ne bis in idem »

4.I.2.1. De manière générale, il n'existe pas de principe de droit international public qui interdise aux autorités publiques, y compris les juridictions, de différents États de poursuivre et de condamner une personne physique ou morale pour les mêmes faits que ceux pour lesquels ladite personne a déjà été jugée dans un autre État (arrêt de la Cour C-289/04 P, Showa Denko, point 58). Dans cette affaire, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le principe « ne bis in idem » peut être invoqué [Or. 19] dans l'hypothèse où la Commission exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par le droit de l'Union après que des entreprises ont été sanctionnées par les autorités d'un État tiers en raison de leur participation à une entente au motif d'une violation des règles de concurrence applicables dans cet État, lorsque ces autorités sont intervenues dans le cadre de leurs compétences respectives (voir conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-617/17, Powszechny Zakład, point 35).

Dans le contexte de cette jurisprudence, relative aux poursuites ou sanctions parallèles par la Commission et les autorités de la concurrence d'États tiers, la Cour a souligné la nature internationale du comportement incriminé et les différences entre les systèmes juridiques respectifs, y compris les finalités et objectifs des règles de fond pertinentes respectives en matière de concurrence ainsi que l'intérêt juridique spécifique protégé par les règles de concurrence de l'Union. Elle a aussi pris soin de souligner que cette situation, dans laquelle la Commission et les autorités de l'État tiers interviennent dans le cadre de leurs compétences respectives, doit être distinguée de celle dans laquelle le comportement anticoncurrentiel se cantonne exclusivement au sein du champ d'application territorial de l'ordre juridique de l'Union (et de ses États membres) (C-289/04, Showa Denko, points 51 et 53 ; voir conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-617/17, Powszechny Zakład, point 36).

4.I.2.2. L'intervention des autorités communautaires, d'une part, et des autorités d'un État tiers (États-Unis), d'autre part, se trouve également à l'origine de l'arrêt de la Cour C-397/03, Archer Midlands. Conformément à cet arrêt, l'identité des faits fait défaut [Or. 20] lorsque la sanction infligée dans l'État tiers ne vise que les applications ou les effets de l'entente sur le marché de cet État et la sanction communautaire que les applications ou les effets de celle-ci sur le marché communautaire.

4.I.2.3. L'arrêt de la Cour C-17/10, Toshiba, portait sur la question de savoir si des sanctions pouvaient être infligées, d'une part, par les autorités tchèques de la concurrence en vertu du droit national tchèque de la concurrence et, d'autre part, par les autorités communautaires en vertu du droit de l'Union. Il était déterminant dans cette affaire que les autorités tchèques aient entendu sanctionner uniquement les effets d'une entente sur le territoire tchèque avant l'adhésion de la République tchèque à l'UE, alors que la décision antérieure des autorités communautaires n'avait pas porté sur les effets anticoncurrentiels de l'entente sur le territoire tchèque avant l'adhésion de la République tchèque à l'UE (voir points 99 à 103).

La Cour s'est fondée, à cet égard, sur la méthode suivie en pratique par la Commission, à savoir les effets sur les États membres et les États de l'EEE concrètement pris en considération ainsi que les modalités de calcul de l'amende (point 101), et n'a pas repris le raisonnement de l'avocate générale dans ses conclusions (point 131), selon lequel le principe « ne bis in idem » interdit d'emblée qu'au sein de l'EEE, plusieurs autorités de la concurrence ou juridictions sanctionnent les restrictions de concurrence – par effet ou par objet – produites par une seule et même entente sur des territoires différents.

4.I.2.4. Le point de savoir si ces principes doivent également s'appliquer dans un cas dans lequel deux États membres de [Or. 21] l'Union européenne sont appelés à appliquer non seulement leur droit national, mais également le droit de l'Union en matière de concurrence, dans le cadre de procédures en droit de la concurrence concernant des faits identiques et la même personne et visant un comportement intervenu alors qu'ils étaient membres de l'UE, ne ressort pas jusqu'à présent de la jurisprudence de la Cour.

4.I.3. En ce qui concerne le « paquet modernisation » de la Commission européenne :

Le « paquet modernisation » adopté par la Commission européenne dans le domaine voisin de la compétence des autorités de la concurrence ne clarifie pas non plus ces questions.

4.I.3.1. Le considérant 37 du règlement n° 1/2003, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2004 en vertu de son article 45, paragraphe 2, indique que ce règlement respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus en particulier par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par conséquent, il doit être interprété et appliqué dans le respect de ces droits et principes. Le considérant 18 du règlement n° 1/2003 déclare que l'objectif est que chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité. En vertu de l'arrêt de la Cour C-17/10, Toshiba, points 89 et 90, cela ne saurait toutefois être interprété en ce sens que l'autorité nationale perd sa compétence pour appliquer le droit national lorsque la Commission a elle-même adopté une décision.

4.I.3.2. De même, l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 prévoit que lorsque les autorités de la concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même [Or. 22] décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue certes pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte, mais ce fait n'entraîne pas pour les autres autorités la perte de leur compétence. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de la concurrence d'un État membre la traite.

En vertu de l'article 13, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, une autorité de la concurrence d'un État membre ou la Commission peut rejeter une plainte dont elle

est saisie contre un accord, une décision d'association ou une pratique, lorsque cette plainte a déjà été traitée par une autre autorité de la concurrence.

4.I.3.3. À cet égard, la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de la concurrence indique, à son point 12, qu'une intervention parallèle de plusieurs autorités nationales de concurrence peut être indiquée lorsqu'un accord ou une pratique a des effets substantiels sur la concurrence essentiellement sur leurs territoires respectifs et que l'intervention d'une seule autorité serait insuffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction et/ou la sanctionner de manière appropriée. Chaque autorité nationale de la concurrence intervient alors « en ce qui concerne son territoire ».

4.I.3.4. Or, dans la mesure où ces textes de droit dérivé cherchent en premier lieu, sans édicter de règles strictes, à établir un système de répartition des compétences aussi efficace et élastique que possible au sein du réseau des autorités de la concurrence [Or. 23], ils n'apportent en fin de compte pas d'élément de réponse à la question de l'application du principe « ne bis in idem ».

4.I.3.5. La Cour ne s'est pas prononcée sur la question de l'application du principe « ne bis in idem » à un cas tel qu'en l'espèce, dans lequel deux autorités nationales de la concurrence interviennent à l'encontre des mêmes personnes en raison du même comportement, ce qui conduit à la première et à la deuxième questions préjudicielles.

4.I.4. Pertinence de la prise en compte effective ?

4.I.4.1. Il pourrait toutefois être déduit tant de la jurisprudence de la Cour concernant les États tiers (en particulier de l'arrêt C-17/10, Toshiba) que de la communication de la Commission européenne précédemment mentionnée, que la question de savoir si, dans la première décision infligeant une sanction, les effets du comportement anticoncurrentiel dans l'autre État ont, en pratique, été pris en compte, joue un rôle déterminant.

4.I.4.2. Tel est également l'argument repris par l'appelante dans la présente affaire, qui considère qu'aucune amende n'a été infligée par la décision du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand pour les effets de l'entente sur l'Autriche.

4.I.4.3. En revanche, la juridiction de première instance a une autre position sur cette question et renvoie aux constatations figurant dans la décision infligeant l'amende du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand au sujet de l'entretien téléphonique du 22 juin 2006 entre la première et la deuxième parties défenderesses au principal, constatations qui présentent une importance particulière au regard de la brièveté de la décision (22 pages par rapport à la « communication des griefs » qui comprend environ 400 pages). La juridiction de première instance souligne la pertinence de ces constatations pour [Or. 24] le marché autrichien. Contrairement à l'avis du vice-président du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand du 28 juin 2019, rendu

postérieurement à la décision de la juridiction de première instance, avis selon lequel, conformément à la pratique décisionnelle du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) allemand, les décisions de ce dernier ne sanctionneraient en principe que les effets anticoncurrentiels en Allemagne, les détails relatifs au calcul de l'amende, notamment les chiffres d'affaires sur lesquels repose ce calcul ainsi que leur origine, ne ressortent pas de la décision du département compétent du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence).

4.I.4.4. La question qui se pose ensuite est donc celle de savoir si la prise en compte, en pratique, des effets d'une infraction au droit européen de la concurrence dans un autre État membre est pertinente aux fins de l'application du principe « ne bis in idem », ce qui fait l'objet de la troisième question.

4.II. En ce qui concerne la première partie défenderesse au principal :

4.II.1. Le statut de clémence

La Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale de la concurrence) autrichienne a accordé à la première partie défenderesse au principal le bénéfice de mesures de clémence. Dans son arrêt C-681/11, Schenker, la Cour a jugé que l'article 101 TFUE ainsi que les articles 5 et 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 doivent être interprétés en ce sens que, dans le cas où l'existence d'une infraction à l'article 101 TFUE est établie, les autorités nationales de la concurrence peuvent exceptionnellement se limiter à constater cette infraction sans infliger une amende lorsque l'entreprise concernée a participé à un programme national de clémence. [Or. 25]

Par conséquent, la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale de la concurrence) autrichienne [OMISSIS] a demandé que le comportement anticoncurrentiel de la première partie défenderesse au principal soit constaté en vertu de l'article 101 TFUE également.

4.II.2. Simple constatation de l'infraction

Or, selon la jurisprudence de la Cour, le principe « ne bis in idem » ne doit être respecté que dans les procédures tendant à l'infliction d'amendes, relevant du droit de la concurrence (arrêts de la Cour C-17/10, Toshiba, point 94 ; C-238/99 P, Limburgse Vinyl, point 59 ; C-204/00 P, Aalborg Portland, points 338 à 340 ; C-289/04 P, Showa Denko, point 50 ; également, en ce qui concerne l'article 54 de la CAAS : C-398/12, Rn. 41). En effet, conformément aux arrêts C-238/99 P, Limburgse Vinyl, point 59 et C-17/10, Toshiba, point 94, le principe « ne bis in idem » interdit qu'une entreprise soit non seulement condamnée une nouvelle fois, mais même seulement poursuivie, du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours.

4.II.3. « Ne bis in idem » en cas de simple constatation ?

La question se pose donc de savoir si une simple procédure de constatation dans laquelle, en raison de la participation du contrevenant au programme national de clémence, son infraction au droit européen et national de la concurrence peut seulement être constatée, constitue encore une procédure visant à infliger des amendes, dans le cadre de laquelle le principe « ne bis in idem » doit être appliqué, et si une **[Or. 26]** simple procédure de constatation de ce type constitue une seconde poursuite non autorisée. Il convenait, à cet égard, de poser la quatrième question.

B. [OMISSIS] [Suspension de la procédure]

Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche)

en qualité de juridiction d'appel en matière d'ententes

Vienne, le 12 mars 2020

[OMISSIS] [signature]