

**Sag C-151/20****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

27. marts 2020

**Forelæggende ret:**

Oberster Gerichtshof (Østrig)

**Afgørelse af:**

12. marts 2020

**Sagsøger og appellat:**

Bundeswettbewerbsbehörde (konkurrencemyndigheden)

**Sagsøgte og appelindstævnte:**

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

**Hovedsagens genstand**

Overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF bl.a. gennem konkurrencestridige aftaler vedrørende det østrigske sukkermarked.

**Genstand for forelæggelsen**

Forbud mod dobbelt straf, når samme overtrædelse forfølges af myndigheder i forskellige medlemsstater, det beskyttede retlige godes betydning

**Præjudicielle spørgsmål**

1. Finder det tredje kriterium, som Domstolen har opstillet i sin praksis for anvendeligheden af princippet *ne bis in idem*, nemlig at det samme beskyttede

retlige gode skal være berørt, også anvendelse i tilfælde, hvor konkurrencemyndighederne i to medlemsstater for de samme faktiske omstændigheder og vedrørende de samme personer foruden de nationale retsregler også skal anvende de samme EU-regler (i den foreliggende sag artikel 101 TEUF)?

Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende:

2. Foreligger der i et sådant tilfælde, hvor europæiske og nationale konkurrenceregler anvendes parallelt, det samme beskyttede retlige gode?

3. Er det derudover relevant for anvendelsen af princippet *ne bis in idem*, om den tidsmæssigt første bødef afgørelse, som blev vedtaget af konkurrencemyndigheden i en medlemsstat, tog hensyn til de faktiske indvirkninger af overtrædelsen af konkurrencereglerne i den anden medlemsstat, hvis konkurrencemyndighed først derefter traf afgørelse i den af denne førte konkurrencesag?

4. Foreligger der også i en sag, hvor det på grund af en af procesdeltagernes deltagelse i det nationale kronvidneprogram kun er muligt deklatorisk at fastslå dennes overtrædelse af konkurrencereglerne, en sag, som er underlagt princippet *ne bis in idem*, eller kan en sådan ren konstatering af overtrædelsen ske uafhængigt af resultatet af en tidligere sag vedrørende pålæg af en bøde (i en anden medlemsstat)?

### **Anførte EU-retlige bestemmelser**

Artikel 101 TEUF, artikel 50 i Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, artikel 4 i syvende tillægsprotokol til Den europæiske menneskerettighedskonvention, artikel 54 i Schengenkonventionen, artikel 2 i forordning (EF) nr. 1184/2006, artikel 2 i forordning nr. 26/1962, artikel 209, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1308/2013, forordning (EF) nr. 318/2006, 18. og 37. betragtning til samt artikel 5, artikel 13, stk. 1 og 2, og artikel 23, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003

### **Anførte nationale bestemmelser**

§ 1, § 2, stk. 2, nr. 5, § 28, stk. 1, § 29, nr. 1, litra a) og d), og § 36 i Kartellgesetz 2005 (kartelloven af 2005) samt § 9, § 87, stk. 2, og § 142, nr. 1, litra a) og d), i Kartellgesetz 1988 (kartelloven af 1988)

### **Anførte domme fra Domstolen**

Dom af 18. juni 2013, C-681/11, Schenker & Co; dom af 14. februar 2012, C-17/10, Toshiba; dom af 15. oktober 2002, C-238/99 P, Limburgse Vinyl; dom af 7. januar 2004, C-204/00 P, Aalborg Portland; dom af 29. juni 2006, C-289/04 P,

Showa Denko; dom af 13. februar 1968, 14/68, Walt Wilhelm; dom af 18. maj 2006, C-397/03, Archer-Midlands; dom af 9. marts 2006, C-436/04, Esbroeck; dom af 20. marts 2018, C-524/15, Luca Menci; dom af 28. september 2006, C-150/05, Von Straaten

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne**

- 1 De to første sagsøgte koncerner (Nordzucker og Südzucker) er blandt de førende sukkerproducenter i Europa. Den tredje sagsøgte (Agrana), som kontrolleres af Südzucker, driver to sukkerfabrikker i Østrig og ejer gennem datterselskaber yderligere sukkerfabrikker i Østeuropa. I Tyskland har sukkermarkedet i årtier været domineret af virksomheder tilhørende tre store producenter, herunder de to sagsøgte. Af historiske grunde samt på grund af produktets homogenitet og de høje transportomkostninger var det tyske sukkermarked opdelt i de store tyske producenters kernesalgsområder (»hjemmemarkedsprincippet«). Udenlandske markeder var ikke omfattet, heller ikke markeder, hvor datterselskaber af de tyske sukkerproducenter var aktive, som det var tilfældet i Østrig. Den tredje sagsøgte agerer i vidt omfang selvstændigt på sine markeder og opfattes som den østrigske sukkerproducent.
- 2 På grund af udenlandske sukkerproducenters forsøg på at komme ind på markedet i Tyskland blev der senest fra 2004 afholdt flere møder mellem den første og den anden sagsøgte daværende salgsledere med ansvar for industrisukker. I denne forbindelse blev det fremhævet, at det var vigtigt at undvige det nye konkurrencetryk ved, at de tyske virksomheder undlod at konkurrere med hinanden ved at trænge ind på den anden producents traditionelle kerneafsætningsområder. Østrig blev ikke omtalt i disse samtaler. Den tredje sagsøgte deltog heller ikke i disse samtaler, og virksomhedens ansvarlige fik ikke noget at vide om dem.
- 3 Åbningen af EU's grænser mod øst fik stor betydning for det østrigske afsætningsområde. Omkring årsskiftet 2005/06 konstaterede den tredje sagsøgte, at nogle industrikunder, som man hidtil havde været eneleverandør til, købte sukker fra Slovakiet, åbenbart fra et datterselskab af den første sagsøgte. I forbindelse med en telefonsamtale om andre koncernanliggender den 22. februar 2006 informerede den tredje sagsøgte direktør også den anden sagsøgte salgsleder om disse leverancer til Østrig og spurgte ham, om han kendte nogen hos den første sagsøgte, som han kunne tale med om det. Den anden sagsøgte salgsleder ringede derefter til den første sagsøgte salgsleder og klagede over leverancerne til Østrig. Den første sagsøgte salgsleder lovede ham ikke noget, men tog risikoen for en »konkurrencemæssig fred« på det tyske marked alvorligt og orienterede i en e-mail af 23. februar 2006 sin kollega og den første sagsøgte administrerende direktør om samtalen. Denne instruerede ham mundtligt om ikke at reagere på dette. Den første sagsøgte salgsleder erklærede imidlertid over for den salgsansvarlige for det slovakiske datterselskab ønsket om ikke at udvide eksporten til Østrig. Denne betragtede dette ønske fra en for ham vigtig person i

koncerncentralen som en instruks og var indstillet på at gennemføre denne. Den tredje sagsøgte havde ikke kendskab til dette interne forløb hos den første sagsøgte. Telefonsamtalen den 22. juni 2006 var den eneste samtale mellem de sagsøgte, hvor det østrigske marked blev nævnt.

- 4 Ved endelig bødeafgørelse af 18. februar 2014 idømte Bundeskartellamt (den tyske konkurrencemyndighed) den anden sagsøgte som sekundært berørt (Nebenbetroffene) en bøde på 195 500 000 EUR, fordi flere ansvarlige personer i perioden fra senest udgangen af 2001 til den 26. marts 2009 forskellige steder i Forbundsrepublikken Tyskland forsætligt overtrådte forbuddet mod aftaler mellem indbyrdes konkurrerende virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, henholdsvis fordi virksomheden uagtsomt undlod de nødvendige tilsynsforanstaltninger for at forhindre denne overtrædelse af konkurrencereglerne, som kunne have været forhindret eller vanskeliggjort betydeligt ved behørigt tilsyn. Dette er baseret på, at ansvarlige personer hos den første sagsøgte, den anden sagsøgte og den tredje tyske virksomhed for såvel industrisukker som husholdningssukker praktiserede en aftale om at respektere konkurrenternes kerneafsetningsområder (»hjemmemarkedsprincippet«). I denne forbindelse konstaterede Bundeskartellamt (den tyske konkurrencemyndighed), at der havde fundet regelmæssige møder sted mellem den første og den anden sagsøgtes repræsentanter i perioden fra 2004 til 2007 henholdsvis sommeren 2008. I denne bødeafgørelse, som kun omfatter knap 22 sider, gengives udtrykkeligt indholdet af den ovenfor beskrevne telefonsamtale af 22. februar 2006 mellem den anden sagsøgtes salgsleder og den første sagsøgtes salgsleder vedrørende Østrig.
- 5 I den foreliggende **sag** har Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske konkurrencemyndighed) nedlagt påstand om, at det fastslås, at den første sagsøgte har overtrådt artikel 101 TEUF og de tilsvarende bestemmelser i den nationale kartellov, samt at den anden sagsøgte idømmes en bøde på 12 460 000 EUR for perioden fra den 1. januar 2005 til den 21. september 2006 henholdsvis en yderligere bøde på 15 390 000 EUR solidarisk med den tredje sagsøgte for perioden fra den 22. september 2006 til den 31. oktober 2008.
- 6 **Retten i første instans** frifandt de sagsøgte. Med hensyn til anerkendelsessøgsmålet mod den første sagsøgte skal det ifølge retten bemærkes, at Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske konkurrencemyndighed) ikke har en begrundet interesse i at opnå en anerkendelsesdom over for en virksomhed, mod hvilken den i betragtning af anvendelsen af kronvidneordningen ikke har nedlagt påstand om en bøde. Undtagelsen for landbruget i henhold til forordning (EF) nr. 1308/2013 foreligger ikke. For perioden frem til februar 2006 er der ingen indikationer af, at Østrig var inddraget i den grundlæggende forståelse om at respektere de traditionelle tyske afsætningsområder, heller ikke »implicit«. Med det i telefonsamtalen af 22. februar 2006 fremsatte underforståede krav om i det mindste at lægge en dæmper på det slovakiske datterselskabs leverancer til Østrig i 2006 samt den efterfølgende gennemførelse af dette krav blev der imidlertid

indgået en konkurrencestridig kartelaftale mellem den første og den anden sagsøgte som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, som må antages at have haft mærkbare virkninger. Denne aftale kan ikke henføres under nogen bagatelundtagelse. Imidlertid gælder forbuddet mod dobbelt straf også inden for konkurrenceretlige bødesager. Hvis et bestemt aspekt af den pågældende praksis og dermed også dennes grad af alvor omfattet af en sanktion, som en anden national konkurrencemyndighed allerede har udstedt, er en ny sanktion i strid med forbuddet mod dobbelt straf. Dette er i den foreliggende sag tilfældet med aftalen af 22. februar 2006.

- 7 Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske konkurrencemyndighed) har iværksat appel til prøvelse af denne afgørelse og nedlagt påstand om, at det på grund af den aftale, der blev indgået i telefonsamtalen af 22. februar 2006 mellem den første og den anden sagsøgte, fastslås, at den første sagsøgte overtrådte artikel 101 og de tilsvarende bestemmelser i den nationale kartellov, samt at den anden sagsøgte idømmes en bøde af passende størrelse for de samme overtrædelser.

#### **De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter**

- 8 Efter **Bundeswettbewerbsbehördes** (den østrigske konkurrencemyndigheds) opfattelse fandt der efter den ovenfor beskrevne telefonsamtale af 22. februar 2006 en række møder sted om det østrigske marked, som var i overensstemmelse med forståelsen om det områdemonopol, som den tredje sagsøgte var tilsikret. De enkelte kontakter mellem deltagerne i kartellet skal bedømmes i deres helhed og i den bredere sammenhæng. En aktiv deltagelse fra den tredje sagsøgtes side kan konstateres fra det første personlige møde den 22. september 2006. Fra dette tidspunkt til den 31. oktober 2008 hæfter den tredje sagsøgte derfor også solidarisk med den anden sagsøgte. Artikel 101 TEUF finder anvendelse på den foreliggende praksis. Undtagelserne i artikel 2 i forordning 1184/2006 henholdsvis artikel 2 i forordning 26/1962 kan ikke påberåbes. Spørgsmålet om forbuddet mod dobbelt straf er ikke relevant, idet Bundeskartellamt (den tyske konkurrencemyndighed) kun behandlede aftaler, som havde indvirkning på det tyske marked. EU-retligt er det lovligt, at de nationale myndigheder i tilfælde af en overtrædelse, som omfatter flere medlemsstater, parallelt udsteder sanktioner, såfremt bøderne er begrænset til indvirkningerne i de respektive suverænitetsområder (decentral håndhævelse af konkurrencereglerne i henhold til forordning 1/2003). Dette var tilfældet i forbindelse med Bundeskartellamts (den tyske konkurrencemyndigheds) afgørelse. I den foreliggende sag er det derimod kun indvirkningerne på det østrigske marked, der forfølges. Retten i første instans tog ikke hensyn til Domstolens dom C-681/11, Schenker & Co. Den af Domstolen krævede prøvelse af, hvilke områder en bøde er udstedt for, og for hvilke transaktioner, er ikke foretaget.
- 9 **Den første sagsøgte** har nedlagt påstand om afvisning eller forkastelse af anerkendelsessøgsmålet mod virksomheden på grund af manglende begrundet interesse. Østrig indgik ganske vist efter den første sagsøgtes opfattelse hele tiden

implicit i »den grundlæggende forståelse«, men altid kun som »sekundært område« på grund af de små afsætningsmængder. I de omhandlede kontakter vedrørende Østrig drejede det sig for den første sagsøgte derfor primært om at forhindre, at praksis på det østrigske marked skulle resultere i modforanstaltninger og »priskrige« i det »primære område«, Tyskland.

- 10 **Den anden sagsøgte** har nedlagt påstand om, at bødepåstanden forkastes. En faktisk opdeling af kerneafsætningsområderne skyldes den respektive placering af sukkerfabrikkerne henholdsvis de høje transportomkostninger. I betragtning af denne situation giver den »grundlæggende forståelse« sig selv af driftsøkonomiske grunde, uden at det var nødvendigt at sikre den ved aftaler. Desuden omfattede en eventuel eksplicit »forståelse« ikke også »implicit« Østrig. For Østrig forelå der ingen hårde aftaler. Den tredje sagsøgte havde altid drevet sukkerforretningen selvstændigt inden for den anden sagsøgtes koncern. Den anden sagsøgte var blevet idømt en endelig bøde ved Bundeskartellamts (den tyske konkurrencemyndigheds) bødef afgørelse af 18. februar 2014. Genstanden for denne bøde var bl.a. også telefonsamtalen af 22. februar 2006. Derfor er det i henhold til princippet *ne bis in idem*, som også er anerkendt inden for konkurrenceretten, ikke tilladt at idømme den anden sagsøgte endnu en bøde for de samme faktiske omstændigheder.
- 11 Også **den tredje sagsøgte** nedlagde påstand om forkastelse af bødepåstanden. Systemet med kerneafsætningsområder er opstået af driftsøkonomiske årsager. Den tredje sagsøgte deltog ikke i de kontakter mellem den første og den anden sagsøgte, som ifølge Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske konkurrencemyndighed) fandt sted. Det er rigtigt, at den tredje sagsøgtes direktør havde anmodet om formidling af en kontakt med den første sagsøgte, men han bad ikke om en intervention hos den første sagsøgte og var heller ikke informeret herom. Endelig er de aftaler, som Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske konkurrencemyndighed) gør gældende, undtaget fra anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF i henhold til undtagelsen for landbruget i artikel 209, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1308/2013.

### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

#### **Den anden sagsøgte**

- 12 Den anden sagsøgte blev i Tyskland idømt en bøde, hvis faktiske omstændigheder også omfattede den eneste overtrædelse af konkurrencereglerne, som stadig er relevant i den foreliggende sag, nemlig telefonsamtalen af 22. juni 2006.

#### Generelt om princippet *ne bis in idem*

- 13 Inden for konkurrenceretten – navnlig i tilfælde, hvor der sker parallel forfølgelse eller sanktionering fra Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders side – har Domstolen i fast praksis fastslået den retsopfattelse, at princippet *ne bis*

in idem kun må anvendes, hvis tre kumulative kriterier («trias») er opfyldt med hensyn til idem-komponenten, nemlig identiske faktiske omstændigheder, identiske lovovertrædere og identisk beskyttet retligt gode. I denne forstand finder princippet også anvendelse i konkurrenceretlige sager, som omhandler udstedelse af bøder (Domstolens dom C-17/10, Toshiba, præmis 94, C-238/99 P, Limburgse Vinyl, præmis 59, C-204/00 P, Aalborg Portland, præmis 338-340, C-289/04 P, Showa Denko, præmis 50), og forbyder, at en virksomhed domfældes eller atter forfølges for en konkurrencebegrænsende adfærd, for hvilken den allerede er blevet pålagt en sanktion, eller med hensyn til hvilken den er blevet erklæret ansvarsfri ved en tidligere beslutning, der ikke længere kan anfægtes (C-238/99 P, Limburgse Vinyl, præmis 59).

- 14 I dom C-204/00, Aalborg Portland, præmis 338, og C-17/10, Toshiba, præmis 94, henviste Domstolen til disse kriterier og erklærede, at en virksomhed ikke kan støtte ret på ne bis in idem-princippet, hvor Kommissionen har pålagt en virksomhed en sanktion for en anden adfærd end den, der er tillagt samme virksomhed, og som er genstand for en tidligere beslutning truffet af en national konkurrencemyndighed; dette gælder også i situationer, hvor de to afgørelser vedrører uløseligt forbundne kontrakter og aftaler.
- 15 Denne linje i retspraksis er baseret på betragtninger, som går tilbage til dommen i Walt Wilhelm-sagen, 14/68, af 13. februar 1968, og som dermed blev anstillet i de tidlige årtier af den europæiske integration. Siden da er national ret og EU-retten vokset stadig stærkere sammen, og der kan registreres et vist spændingsforhold navnlig mellem det tredje kriterium af »trias«, nemlig det identiske beskyttede retlige gode, således som det anvendes på konkurrencerettens område, og retsakter af yngre dato, navnlig artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, syvende tillægsprotokol til EMRK og Schengenkonventionen.
- 16 I EU-retten bestemmes en overtrædelses identitet nemlig på grundlag af kun to kriterier, nemlig identiske faktiske omstændigheder og identiske lovovertrædere. Den retlige kvalificering eller det beskyttede retlige gode er derimod ikke afgørende i forhold til anvendelsen af princippet ne bis in idem. Denne tilgang, som nøje afspejler nyere retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, er blevet anvendt af Domstolen i sager vedrørende politisamarbejde og retligt samarbejde i straffesager (C-436/04, Esbroeck, præmis 36; C-524/15, Luca Menci, præmis 35; C-150/05, Von Straaten, præmis 53; jf. også generaladvokatens forslag til afgørelse C-617/17, Powszechny Zakład, punkt 25, og den deri nævnte retspraksis.
- 17 I Esbroeck-sagen, C-436/04, præmis 27 ff, beskæftigede Domstolen sig i en sag vedrørende Schengenkonventionens artikel 54 udførligt med den indvending, at det er en forudsætning for, at der kan være tale om identiske handlinger, at deres retlige subsumtion samt de retlige interesser, der søges beskyttet herved, er identiske. Domstolen anførte i denne forbindelse, at bestemmelsen indeholder ordene »samme strafbare handlinger« og dermed kun henviser til selve

eksistensen af de pågældende faktiske omstændigheder og ikke til deres retlige subsumption. Derved adskiller de ord, der anvendes i nævnte artikel, sig fra dem, der anvendes i andre internationale instrumenter, der fastsætter princippet *ne bis in idem*. I artikel 4 i syvende tillægsprotokol til EMRK anvendes f.eks. begrebet »lovovertrædelse«, hvilket indebærer, at den retlige subsumption af de faktiske omstændigheder er et relevant kriterium med henblik på anvendelsen af princippet *ne bis in idem*. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol henviste dog i den senere afgørelse nr. 14 939/03 af 10. februar 2009 *Zolotukhin vs Russia*, til denne begrebsmæssige sondring. Den anførte, at det også i forbindelse med artikel 4 i syvende tillægsprotokol kun er spørgsmålet om, hvorvidt de forfulgte faktiske omstændigheder i det væsentlige var de samme, der er afgørende, ikke deres retlige subsumption.

#### De territoriale aspekter af princippet *ne bis in idem*

- 18 Generelt findes der ikke noget folkeretligt princip, som forbyder myndighederne – herunder domstolene – i forskellige stater at retsforfølge og dømme en fysisk eller juridisk person på grund af samme faktiske forhold, som personen er blevet dømt for i et andet land (Domstolens dom C-289/04 P, *Showa Denko*, præmis 58). I denne sag afviste Domstolen argumentet om, at *ne bis in idem*-princippet kunne påberåbes i en situation, hvor Kommissionen udøver sine beføjelser i henhold til EU-retten, efter at virksomheder er blevet pålagt sanktioner af myndighederne i et tredjeland for deltagelse i et internationalt kartel på grundlag af overtrædelse af konkurrenceregler i tredjelandet, når myndighederne har grebet ind inden for rammerne af deres egen kompetence (jf. generaladvokatens forslag til afgørelse C-617/17, *Powszechny Zakład*, punkt 35).
- 19 I denne retspraksis vedrørende parallel retsforfølgning eller sanktioner pålagt af Kommissionen og konkurrencemyndigheder i tredjelande fremhævede Domstolen den omtvistede adfærds internationale karakter samt forskellene mellem de respektive retssystemer, herunder mål og formål med de relevante materielle konkurrencebestemmelser, samt det specifikke retsgode, som er beskyttet af de EU-retlige konkurrenceregler. Domstolen understregede også særligt, at denne situation, hvor Kommissionen og myndighederne i et tredjeland griber ind inden for deres respektive jurisdiktioner, skal vurderes særskilt fra den situation, hvor den konkurrencebegrænsende adfærd udelukkende er begrænset til det geografiske anvendelsesområde for EU's (og dens medlemsstaters) retssystem (C-289/04, *Showa Denko*, præmis 51 og 53; jf. generaladvokatens forslag til afgørelse C-617/17, *Powszechny Zakład*, punkt 36).
- 20 Også Domstolens afgørelse i *Archer-Midlands*-sagen, C-397/03, var baseret på EU-myndighedernes indgriben på den ene side og indgriben fra myndighederne i et tredjeland på den anden side. Ifølge denne afgørelse foreligger der ikke identitet mellem forholdene, når den i tredjestaten pålagte sanktion kun vedrører udøvelsen eller virkningerne af kartellet på denne stats marked, og fællesskabssanktionen kun vedrører udøvelsen eller virkningerne heraf på fællesmarkedet.



- 21 I Domstolens dom i Toshiba-sagen, C-17/10, var spørgsmålet, om de nationale (tjekkiske) konkurrencemyndigheder på den ene side kunne pålægge sanktioner i henhold til de nationale konkurrenceregler, og EU-myndighederne på den anden side kunne pålægge sanktioner i henhold til EU's konkurrenceregler. I denne forbindelse havde det betydning, at de tjekkiske myndigheder kun ville forfølge konsekvenserne af et kartel på tjekkisk område før Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af EU, mens EU-myndighedernes tidligere afgørelse ikke omfattede kartellets konkurrencebegrænsende virkninger på tjekkisk område før Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af EU (jf. præmis 99-103). Domstolen fokuserede i denne forbindelse på Kommissionens faktisk fremgangsmåde såsom de indvirkninger på medlemsstaterne henholdsvis EØS-staterne, som der konkret var taget hensyn til, og modaliteterne omkring beregningen af bøden (præmis 101), og tilsluttede sig ikke generaladvokatens betragtninger i forslaget til afgørelse (punkt 131), hvorefter princippet *ne bis in idem* er til hinder for, at flere konkurrencemyndigheder eller retsinstanter inden for EØS sanktionerer det samme kartels – tilsigtede eller opnåede – konkurrencebegrænsninger inden for forskellige områder.
- 22 Det fremgår ikke af Domstolens hidtidige praksis, om disse principper også finder anvendelse i et tilfælde, hvor to EU-medlemsstater ikke kun skal anvende deres nationale ret, men også EU's konkurrenceregler, i konkurrenceretlige sager vedrørende samme faktiske omstændigheder og samme person på grund af en adfærd, der har fundet sted under deres medlemskab af EU.

#### Kommissionens moderniseringspakke

- 23 Disse spørgsmål bliver heller ikke afklaret ved den moderniseringspakke, som Kommissionen har udstedt på det beslægtede område vedrørende konkurrencemyndighedernes kompetence. I 18. betragtning til forordning 1/2003 betegnes det som et mål, at den enkelte sag kun behandles af én myndighed. Dette kan ifølge Domstolens dom i Toshiba-sagen, C-17/10, præmis 89 og 90, imidlertid ikke fortolkes således, at det var EU-lovgivers hensigt at fratage de nationale konkurrencemyndigheder kompetencen til at anvende den nationale kartellovgivning, så snart Kommissionen har vedtaget en beslutning. Tilsvarende fastsætter denne forordnings artikel 13, stk. 1, at når konkurrencemyndighederne i to eller flere medlemsstater modtager en klage eller indleder en procedure på eget initiativ med hensyn til en og samme aftale eller praksis, udgør den omstændighed, at en myndighed behandler sagen, en tilstrækkelig grund for de øvrige myndigheder til at suspendere deres procedure eller afvise klagen, men at denne omstændighed ikke bevirker, at de øvrige myndigheder mister deres kompetence. I henhold til denne bestemmelses stk. 2 kan en national konkurrencemyndighed eller Kommissionen, når de modtager en klage over en aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis, der i forvejen er behandlet af en anden konkurrencemyndighed, afvise klagen.
- 24 I Kommissionens hertil udstedte meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder hedder det i punkt 12, at det kan være

hensigtsmæssigt, at to eller tre nationale konkurrencemyndigheder handler parallelt, hvis en aftale eller praksis hovedsagelig har mærkbar indvirkning på konkurrencen i deres respektive områder, og et indgreb fra en enkelt konkurrencemyndigheds side ikke ville være tilstrækkeligt til at bringe hele overtrædelsen til ophør og/eller til at iværksætte passende sanktioner for den. Hver national konkurrencemyndighed behandler da »sagen parallelt for hvert sit respektive område«.

- 25 Da disse afledte retsregler imidlertid primært, uden at opstille strikse regler, forsøger at etablere et kompetencesystem inden for netværket af konkurrencemyndigheder, som er så effektivt og elastisk som muligt, kan der ikke heraf udledes noget relevant vedrørende spørgsmålet om anvendelsen af princippet *ne bis in idem*. For konstellationen i den foreliggende sag, hvor to nationale konkurrencemyndigheder behandler en sag vedrørende samme praksis mod de samme personer, mangler der en præcisering fra Domstolen vedrørende spørgsmålet om anvendelsen af princippet *ne bis in idem*, hvilket fører til første og andet spørgsmål.

#### Relevansen af faktisk hensyntagen

- 26 Imidlertid kan det muligvis udledes af såvel Domstolens praksis vedrørende tredjelande (navnlig C-17/10, Toshiba) som af den ovenfor nævnte meddelelse fra Kommissionen, at det er afgørende, om der i den første sanktionsafgørelse er taget hensyn til de konkrete virkninger af den konkurrencebegrænsende adfærd i den anden stat. Dette nævnes også af appellanten i den foreliggende sag, som anfører, at der med Bundeskartellamts (den tyske konkurrencemyndigheds) afgørelse ikke er udstedt en bøde for kartellets indvirkning på Østrig.
- 27 Retten i første instans har en anden opfattelse af disse spørgsmål og henviser til konstateringerne i Bundeskartellamts (den tyske konkurrencemyndigheds) bødef afgørelse om telefonsamtalen mellem den første og den anden sagsøgte den 22. juni 2006, som i betragtning af afgørelsens korthed (22 sider, som skal sammenlignes med »meddelelsen om klagepunkterne« på godt 400 sider) må tillægges særlig betydning, og fremhæver dens relevans for det østrigske marked. I modsætning til udtalelsen af 28. juni 2019 fra vicepræsidenten for Bundeskartellamt (den tyske konkurrencemyndighed), som blev fremsat efter konkurrencerettens afgørelse, og hvorefter Bundeskartellamts (den tyske konkurrencemyndigheds) afgørelse principielt kun forfølger virkningerne af konkurrencebegrænsende praksis i Tyskland, kan der ikke af selve afgørelsen fra Bundeskartellamts (den tyske konkurrencemyndigheds) beslutningstagende afdeling udledes detaljer vedrørende beregningen af bøden, og navnlig heller ikke om de transaktioner, der er lagt til grund, og disses oprindelse.
- 28 Det er desuden tvivlsomt, om det er relevant for anvendelsen af princippet *ne bis in idem*, om der faktisk er taget hensyn til virkningerne af en overtrædelse af EU's konkurrenceregler i en anden medlemsstat, hvilket det tredje spørgsmål omhandler.

**Den første sagsøgte: ne bis in idem i forbindelse med en ren anerkendelsesdom**

- 29 Den første sagsøgte er blevet tilkendt kronvidnestatus af den østrigske konkurrencemyndighed. Domstolen udtalte også i sin dom C-681/11, Schenker, at artikel 101 TEUF samt artikel 5 og artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 skal fortolkes således, at i tilfælde, hvor eksistensen af en overtrædelse er fastslået, kan de nationale konkurrencemyndigheder undtagelsesvis begrænse sig til at fastslå overtrædelsen uden at pålægge en bøde, når den berørte virksomhed har deltaget i et nationalt kronvidneprogram. Tilsvarende har Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske konkurrencemyndighed) for så vidt angår den første sagsøgte nedlagt påstand om anerkendelse af den konkurrencestridige praksis i henhold til artikel 101 TEUF.
- 30 Imidlertid skal princippet ne bis in idem ifølge Domstolens praksis kun overholdes i konkurrenceretlige sager, som sigter mod udstedelse af bøder (Domstolens dom C-17/10, Toshiba, præmis 94, C-238/99 P, Limburgse Vinyl, præmis 59, C-204/00 P, Aalborg Portland, præmis 338-340, C-289/04 P, Showa Denko, præmis 50; ligeledes vedrørende Schengenkonventionens artikel 54: C-398/12, præmis 41). Endelig forbyder princippet ne bis in idem i henhold til dom C-238/99 P, Limburgse Vinyl, præmis 59 og C-17/10, Toshiba, præmis 94) ikke kun, at en virksomhed domfældes for en konkurrencebegrænsende adfærd, for hvilken den allerede er blevet pålagt en sanktion, eller med hensyn til hvilken den er blevet erklæret ansvarsfri ved en tidligere beslutning, der ikke længere kan anfægtes, men også, at den blot forfølges.
- 31 Spørgsmålet er derfor, om der i forbindelse med et rent anerkendelsessøgsmål, hvor det på grund af lovovertræderens deltagelse i det nationale kronvidneprogram kun kan fastslås, at virksomheden har overtrådt EU's eller de nationale konkurrenceregler, stadig kan tales om en retssag, der sigter mod at idømme bøder, og hvor princippet ne bis in idem skal anvendes, og om der i et sådant rent anerkendelsessøgsmål ligger en ulovlig, ny forfølgelse. Dette er baggrunden for det fjerde spørgsmål.