

Υπόθεση C-151/20

Περίληψη της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως σύμφωνα με το άρθρο 98, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου

Ημερομηνία καταθέσεως:

27 Μαρτίου 2020

Αιτούν δικαστήριο:

Oberster Gerichtshof (Αυστρία)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

12 Μαρτίου 2020

Προσφεύγουσα και αναιρεσείουσα:

Bundswettbewerbsbehörde

Καθών και αναιρεσίβλητες:

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

Αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης

Παράβαση του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, λόγω, μεταξύ άλλων, αντίθετων προς τον ανταγωνισμό συμφωνιών αναφορικά με την αυστριακή αγορά ζάχαρης

Αντικείμενο της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

Αρχή ne bis in idem στο πλαίσιο της διώξεως της ίδιας παραβάσεως από αρχές διαφορετικών κρατών μελών, έννοια του προστατευόμενου εννόμου αγαθού

Προδικαστικά ερωτήματα

1. Πρέπει το τρίτο κριτήριο που έχει θέσει η νομολογία του Δικαστηρίου στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού ως προς την εφαρμογή της αρχής «ne bis in idem», δηλαδή το κριτήριο κατά το οποίο πρέπει να θίγεται το ίδιο προστατευόμενο έννομο αγαθό, να εφαρμόζεται ακόμη και όταν οι αρχές ανταγωνισμού δύο κρατών μελών καλούνται να εφαρμόσουν για τα ίδια πραγματικά περιστατικά και αναφορικά με τα ίδια πρόσωπα, πέρα από τους εθνικούς κανόνες δικαίου, τους ίδιους κανόνες του ευρωπαϊκού δικαίου (εν προκειμένω: το άρθρο 101 ΣΛΕΕ);

Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ως άνω ερώτημα:

2. Υφίσταται, σε μια τέτοια περίπτωση παράλληλης εφαρμογής του ευρωπαϊκού και του εθνικού δικαίου του ανταγωνισμού, το ίδιο προστατευόμενο έννομο αγαθό;

3. Έχει, πέραν τούτου, σημασία για την εφαρμογή της αρχής «ne bis in idem» το αν η πρώτη χρονικά απόφαση επιβολής προστίμου που εξέδωσε η αρχή ανταγωνισμού κράτους μέλους έλαβε υπόψη, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά, τις συνέπειες που έχει η παραβίαση του δικαίου του ανταγωνισμού σε άλλο κράτος μέλος, του οποίου η αρχή ανταγωνισμού αποφάνθηκε σε μεταγενέστερο χρόνο στο πλαίσιο της διαδικασίας που διεξήγαγε στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού;

4. Πρόκειται, και στην περίπτωση διαδικασίας στο πλαίσιο της οποίας, λόγω της συμμετοχής ενός μέρους στο εθνικό πρόγραμμα επιείκειας, είναι δυνατή μόνον η διαπίστωση της παραβίασεως, από το μέρος αυτό, του δικαίου του ανταγωνισμού, για διαδικασία που διέπεται από την αρχή «ne bis in idem», ή μπορεί μια τέτοια απλή διαπίστωση της παραβίασεως να γίνει ανεξαρτήτως της εκβάσεως προηγούμενης διαδικασίας επιβολής προστίμου (σε άλλο κράτος μέλος);

Παρατιθέμενες διατάξεις του ευρωπαϊκού δικαίου

Άρθρο 101 ΣΛΕΕ, άρθρο 50 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, άρθρο 4 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αριθ. 7 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), άρθρο 54 της Συμβάσεως εφαρμογής της Συμφωνίας του Σένγκεν (ΣΕΣΣ), άρθρο 2 του κανονισμού (ΕΚ) 1184/2006, άρθρο 2 του κανονισμού 26/1962, άρθρο 209, παράγραφος 1, του κανονισμού (ΕΕ) 1308/2013, κανονισμός (ΕΚ) 318/2006, αιτιολογικές σκέψεις 18 και 37 καθώς και άρθρα 5, 13, παράγραφοι 1 και 2, και άρθρο 23, παράγραφος 2, του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003

Παρατιθέμενες εθνικές διατάξεις

Άρθρα 1, 2, παράγραφος 2, σημείο 5, 28, παράγραφος 1, 29, σημείο 1, στοιχεία a και d, και 36, παράγραφος 1, του Kartellgesetz 2005 (νόμου του 2005 περί συμπράξεων), καθώς και άρθρα 9, 87, παράγραφος 2, και 142, σημείο 1, στοιχεία a και d, του Kartellgesetz 1988 (νόμου του 1988 περί συμπράξεων)

Παρατιθέμενη νομολογία του Δικαστηρίου

Απόφαση της 18.6.2013, C-681/11, Schenker & Co· απόφαση της 14.2.2012, C-17/10, Toshiba· απόφαση της 15.10.2002, C-238/99 P, Limburgse Vinyl· απόφαση της 7.1.2004, C-204/00 P, Aalborg Portland· απόφαση της 29.6.2006, C-289/04 P, Showa Denko· απόφαση της 13.2.1968, 14/68, Walt Wilhelm· απόφαση της 18.5.2006, C-397/03, Archer-Midlands· απόφαση της 9.3.2006, C-436/04, Esbroeck· απόφαση της 20.3.2018, C-524/15, Luca Menci· απόφαση της 28.9.2006, C-150/05, Von Straaten

Περιγραφή των πραγματικών περιστατικών και της διαδικασίας

- 1 Οι όμιλοι εταιριών των δύο πρώτων αναιρεσιβλήτων (Nordzucker και Südzucker) συγκαταλέγονται στους κυριότερους παραγωγούς ζάχαρης στην Ευρώπη. Η τρίτη αναιρεσίβλητη (Agrana), που ελέγχεται από τη Südzucker, εκμεταλλεύεται δύο εργοστάσια ζάχαρης στην Αυστρία και διαθέτει, μέσω θυγατρικών, και άλλα εργοστάσια ζάχαρης στην Ανατολική Ευρώπη. Στη Γερμανία κυρίαρχες στην αγορά ζάχαρης ήταν ήδη από δεκαετίες οι επιχειρήσεις τριών μεγάλων παραγωγών, μεταξύ των οποίων οι δύο πρώτες αναιρεσίβλητες. Για ιστορικούς λόγους, καθώς και λόγω της ομοιογένειας του προϊόντος και του υψηλού κόστους μεταφοράς, η γερμανική αγορά ζάχαρης είχε χωριστεί στις βασικές περιοχές πώλησεως των μεγάλων Γερμανών παραγωγών («αρχή της εγχώριας αγοράς»). Αυτό δεν αφορούσε τις αλλοδαπές αγορές, περιλαμβανομένων και εκείνων στις οποίες, όπως στην Αυστρία, δραστηριοποιούνταν θυγατρικές των Γερμανών παραγωγών ζάχαρης. Η τρίτη αναιρεσίβλητη δραστηριοποιείται σε μεγάλο βαθμό αυτοτελώς στις αγορές που έχει αναλάβει και θεωρείται ως ο Αυστριακός παραγωγός ζάχαρης.
- 2 Λόγω των προσπαθειών εισόδου αλλοδαπών παραγωγών ζάχαρης στην αγορά της Γερμανίας, πραγματοποιήθηκαν διάφορες συναντήσεις, από το 2004 το αργότερο, μεταξύ των διευθυντών πωλήσεων της πρώτης και της δεύτερης αναιρεσίβλητης που ήταν τότε υπεύθυνες για τη βιομηχανική ζάχαρη στη Γερμανία. Κατά τις συναντήσεις αυτές τονίστηκε η σημασία της αντιμετώπισης της προσφάτως δημιουργηθείσας ανταγωνιστικής πίεσεως με το να μην ανταγωνίζονται μεταξύ τους οι γερμανικές επιχειρήσεις εισχωρώντας στις παραδοσιακές βασικές περιοχές πώλησεως των λοιπών παραγωγών. Στις συνομιλίες αυτές δεν έγινε λόγος για την Αυστρία. Η τρίτη αναιρεσίβλητη δεν συμμετείχε στις συνομιλίες, οι δε υπεύθυνοί της δεν έλαβαν γνώση αυτών.

- 3 Το άνοιγμα των ανατολικών συνόρων της Ευρωπαϊκής Ένωσης υπήρξε πολύ σημαντικό για την αυστριακή περιοχή πωλήσεων. Κατά τα τέλη του 2005/αρχές του 2006, η τρίτη αναιρεσίβλητη διαπίστωσε ότι ορισμένοι βιομηχανικοί πελάτες τους οποίους μέχρι τότε προμήθευε εκείνη κατ' αποκλειστικότητα προμηθεύονταν ζάχαρη από τη Σλοβακία, προφανώς από τη θυγατρική της πρώτης αναιρεσίβλητης. Στις 22.2.2006 κατά τη διάρκεια τηλεφωνικής επικοινωνίας επί άλλων θεμάτων του ομίλου, ο γενικός διευθυντής της τρίτης αναιρεσίβλητης ενημέρωσε τον διευθυντή πωλήσεων της δεύτερης αναιρεσίβλητης και για αυτές τις παραδόσεις στην Αυστρία και τον ρώτησε αν γνωρίζει κάποιον στην πρώτη αναιρεσίβλητη, με τον οποίο θα μπορούσε να μιλήσει επί του θέματος. Ο διευθυντής πωλήσεων της δεύτερης αναιρεσίβλητης τηλεφώνησε κατόπιν αυτού στον διευθυντή πωλήσεων της πρώτης αναιρεσίβλητης και παραπονέθηκε για τις εν λόγω παραδόσεις προς την Αυστρία. Ο διευθυντής πωλήσεων της πρώτης αναιρεσίβλητης δεν ανέλαβε καμία δέσμευση απέναντί του, αντιλήφθηκε όμως τον κίνδυνο για την «ανταγωνιστική ειρήνη» στη γερμανική αγορά και, στις 23.2.2006, ενημέρωσε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τον συνάδελφό του και τον πρόεδρο του διοικητικού συμβουλίου για την εν λόγω συνομιλία. Ο τελευταίος τού ζήτησε προφορικά να μην αντιδράσει. Ο διευθυντής πωλήσεων της πρώτης αναιρεσίβλητης εξέφρασε ωστόσο στον υπεύθυνο πωλήσεων της σλοβακικής θυγατρικής την επιθυμία να μην αυξηθούν οι εξαγωγές προς την Αυστρία. Ο τελευταίος εξέλαβε ως εντολή την εν λόγω επιθυμία που εκφράστηκε από ένα σημαντικό πρόσωπο από τα κεντρικά του ομίλου και ήταν πρόθυμος να την εκτελέσει. Οι εν λόγω εσωτερικές διεργασίες της πρώτης αναιρεσίβλητης δεν ήταν εμφανείς στην τρίτη αναιρεσίβλητη. Η τηλεφωνική επικοινωνία της 22.6.2006 παρέμεινε η μόνη συνομιλία μεταξύ των αναιρεσιβλήτων στην οποία έγινε λόγος για την αυστριακή αγορά.
- 4 Με τελεσίδικη απόφαση επιβολής προστίμου της 18.2.2014 η γερμανική Bundeskartellamt (ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων) επέβαλε στη δεύτερη αναιρεσίβλητη, ως εμπλεκόμενη, πρόστιμο 195.500.000 ευρώ για τον λόγο ότι διάφορα πρόσωπα που ενεργούσαν ως υπεύθυνα κατά το χρονικό διάστημα το αργότερο από τα τέλη του 2001 έως τις 26.3.2009 παραβίασαν εκ προθέσεως, σε διάφορες περιοχές της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, την απαγόρευση συνάψεως συμφωνιών μεταξύ επιχειρήσεων ευρισκόμενων σε σχέση αμοιβαίου ανταγωνισμού οι οποίες δύναται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών και οι οποίες έχουν ως σκοπό ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς, ή παρέλειψαν, εξ αμελείας, να λάβουν τα αναγκαία μέτρα εποπτείας για να αποτραπεί η εν λόγω παραβίαση της απαγορεύσεως των συμπράξεων, παραβίαση η οποία θα είχε αποτραπεί ή θα είχε δυσχεραθεί σημαντικά με τη δέουσα εποπτεία. Αυτό οφείλεται στο ότι οι υπεύθυνοι της πρώτης αναιρεσίβλητης, της δεύτερης αναιρεσίβλητης και της τρίτης γερμανικής επιχειρήσεως εφάρμοζαν, τόσο για τη βιομηχανική ζάχαρη όσο και για τη ζάχαρη λιανικής πωλήσεως, συμφωνία σεβασμού των εκάστοτε βασικών περιοχών πωλήσεως των ανταγωνιστών («αρχή της εγχώριας αγοράς»). Στο πλαίσιο αυτό, η γερμανική Bundeskartellamt (ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων) διαπίστωσε την πραγματοποίηση τακτικών συναντήσεων μεταξύ των εκπροσώπων

της πρώτης και της δεύτερης αναιρεσίβλητης από το 2004 έως το 2007 καθώς και το καλοκαίρι του 2008. Σε αυτήν την απόφαση επιβολής προστίμου εκτάσεως μόλις 22 σελίδων παρατίθεται ρητά το ανωτέρω περιγραφέν περιεχόμενο της τηλεφωνικής επικοινωνίας της 22.2.2006 μεταξύ του διευθυντή πωλήσεων της δεύτερης αναιρεσίβλητης και του διευθυντή πωλήσεων της πρώτης αναιρεσίβλητης αναφορικά με την Αυστρία.

- 5 Στο πλαίσιο της παρούσας **διαδικασίας**, η Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού) ζήτησε να διαπιστωθεί ότι η πρώτη αναιρεσίβλητη παρέβη το άρθρο 101 ΣΛΕΕ και τις σχετικές διατάξεις του εθνικού νόμου περί συμπράξεων, καθώς και να επιβληθεί σε βάρος της δεύτερης αναιρεσίβλητης πρόστιμο ύψους 12.460.000 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 1.1.2005 έως 21.9.2006 και περαιτέρω πρόστιμο ύψους 15.390.000 ευρώ καθόσον ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον με την τρίτη αναιρεσίβλητη για το χρονικό διάστημα από 22.9.2006 έως 31.10.2008.
- 6 Το **πρωτοβάθμιο δικαστήριο** απέρριψε τα αιτήματα. Αναφορικά με το αναγνωριστικού χαρακτήρα αίτημα κατά της πρώτης αναιρεσίβλητης επισημαίνεται ότι η Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού) δεν έχει έννομο συμφέρον για τη διαπίστωση παραβάσεως από επιχείρηση στην οποία, δεδομένης της εφαρμογής της ρυθμίσεως επιείκειας, δεν επέβαλε πρόστιμο. Δεν συντρέχει η προβλεπόμενη από τον κανονισμό (ΕΕ) 1308/2013 εξαίρεση ως προς τον γεωργικό τομέα. Για το χρονικό διάστημα έως τον Φεβρουάριο του 2006 δεν προκύπτει από κανένα στοιχείο ότι η Αυστρία είχε συμπεριληφθεί στη βασική συμφωνία σεβασμού των γερμανικών παραδοσιακών περιοχών πωλήσεως, έστω και «σιωπηρώς». Με το διατυπωθέν κατά την τηλεφωνική επικοινωνία της 22.2.2006 αίτημα να μειωθούν έστω οι παραδόσεις προς την Αυστρία από τη σλοβακική θυγατρική της πρώτης αναιρεσίβλητης κατά το έτος 2006 καθώς και με την επακολουθήσασα εκτέλεση του ως άνω αιτήματος συνήφθη, ωστόσο, μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης αναιρεσίβλητης μια ιδιαίτερα σημαντική συμφωνία που αντιβαίνει προς το δίκαιο των συμπράξεων κατά την έννοια του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ. Η εν λόγω συμφωνία δεν μπορεί να υπαχθεί στην εξαίρεση που αφορά περιπτώσεις ελάχιστης σημασίας. Άλλωστε, και στη διαδικασία της επιβολής προστίμου στον τομέα των συμπράξεων εφαρμόζεται η αρχή ne bis in idem. Στην περίπτωση που μια ορισμένη πτυχή των πρακτικών, επομένως δε και ο παράνομος χαρακτήρας τους, καλύπτεται από κύρωση που έχει ήδη επιβληθεί από άλλη εθνική αρχή ανταγωνισμού, μια νέα κύρωση θα ήταν αντίθετη προς την αρχή ne bis in idem. Αυτή είναι εν προκειμένω η περίπτωση της συμφωνίας της 22.2.2006.
- 7 Με την αίτηση αναιρέσεως, η Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού) βάλλει κατά της εν λόγω αποφάσεως και ζητεί να διαπιστωθεί ότι, λόγω της συναφθείσας κατά την τηλεφωνική επικοινωνία της 22.2.2006 συμφωνίας μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης αναιρεσίβλητης, η πρώτη αναιρεσίβλητη παρέβη το άρθρο 101 [ΣΛΕΕ] και τις σχετικές διατάξεις του εθνικού νόμου περί συμπράξεων, καθώς και να επιβληθεί στη δεύτερη αναιρεσίβλητη εύλογο πρόστιμο για τις ίδιες παραβάσεις.

Κύρια επιχειρήματα των διαδίκων της κύριας δίκης

- 8 Κατά την **Bundeswettbewerbsbehörde** (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού), κατόπιν της προαναφερθείσας τηλεφωνικής επικοινωνίας της 22.2.2006 πραγματοποιήθηκε σειρά συναντήσεων σχετικών με την αυστριακή αγορά, οι οποίες έγιναν στο πνεύμα της συμφωνίας περί διασφαλιζόμενου εδαφικού μονοπωλίου της τρίτης αναιρεσίβλητης. Οι επιμέρους επαφές μεταξύ των μετεχόντων στη σύμπραξη πρέπει να εκτιμηθούν στο σύνολό τους και εντός του ευρύτερου πλαισίου τους. Η ενεργός συμμετοχή της τρίτης αναιρεσίβλητης μπορεί να διαπιστωθεί ήδη από την πρώτη προσωπική συνάντηση της 22.9.2006. Επομένως, από το χρονικό αυτό σημείο και έως τις 31.10.2008 η πρώτη αναιρεσίβλητη ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον με τη δεύτερη αναιρεσίβλητη. Το άρθρο 101 ΣΛΕΕ εφαρμόζεται στις επίμαχες πρακτικές. Δεν μπορεί να γίνει επίκληση των εξαιρέσεων που προβλέπονται στο άρθρο 2 του κανονισμού 1184/2006 και στο άρθρο 2 του κανονισμού 26/1962. Το ζήτημα της εφαρμογής της αρχής *ne bis in idem* προβάλλεται αλυσιτελώς, καθόσον η γερμανική Bundeskartellamt (ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων) επιλήφθηκε μόνο συμφωνιών που είχαν αποτελέσματα στη γερμανική αγορά. Το κοινοτικό δίκαιο επιτρέπει στις εθνικές αρχές, σε περίπτωση παραβάσεως που περιλαμβάνει περισσότερα κράτη μέλη, να επιβάλλουν κυρώσεις παράλληλα, εφόσον τα πρόστιμα περιορίζονται στα αποτελέσματα που παράγονται εντός των αντίστοιχων επικρατειών (αποκεντρωμένη εφαρμογή του δικαιού του ανταγωνισμού σύμφωνα με τον κανονισμό 1/2003). Αυτό συνέβη στην περίπτωση της αποφάσεως της γερμανικής Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων). Αντιθέτως, εν προκειμένω διώκονται μόνο τα αποτελέσματα που αφορούν την αυστριακή αγορά. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν έλαβε υπόψη την απόφαση του ΔΕΕ, C-681/11, Schenker & Co. Δεν διενεργήθηκε ο απαιτούμενος από το ΔΕΕ έλεγχος σχετικά με το ζήτημα για ποιες περιοχές επιβλήθηκε πρόστιμο και κατόπιν συνεκτιμήσεως ποιου κύκλου εργασιών.
- 9 Η **πρώτη αναιρεσίβλητη** ζήτησε να απορριφθεί το εναντίον της στρεφόμενο αίτημα αναγνωριστικού χαρακτήρα λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος. Μολονότι είναι αληθές ότι κατά την άποψη της πρώτης αναιρεσίβλητης η Αυστρία εξακολουθούσε να περιλαμβάνεται σιωπηρώς στη «βασική συμφωνία», γεγονός παραμένει ότι, λόγω των μικρών όγκων πωλήσεων, είχε πάντα μόνο «δευτερεύουσα σημασία». Επομένως, στις επικριθείσες επαφές που αφορούσαν την Αυστρία, η πρώτη αναιρεσίβλητη είχε πρωτίστως ως σκοπό να αποτρέψει αντίμετρα προκύπτοντα από τις πρακτικές που εφαρμόστηκαν στην αυστριακή αγορά και «πολέμους τιμών» στη Γερμανία, η οποία αποτελεί την «πρωταγωνιστική αγορά».
- 10 Η **δεύτερη αναιρεσίβλητη** ζήτησε να απορριφθεί το αίτημα περί επιβολής προστίμου ως αβάσιμο. Η πραγματική κατανομή των βασικών περιοχών πωλήσεως οφείλεται στην εκάστοτε τοποθεσία των εργοστασίων ζάχαρης ή στα υψηλά έξοδα μεταφοράς. Δεδομένης της καταστάσεως αυτής, η «βασική συμφωνία» προέκυψε αυτοτελώς για επιχειρηματικούς λόγους, χωρίς να απαιτείται

εξασφάλιση μέσω ειδικών προς τούτο συμφωνιών. Περαιτέρω, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι υπήρξε ρητή «συμφωνία», αυτή δεν αφορούσε «σιωπηρώς» και την Αυστρία. Ως προς την Αυστρία δεν υπήρξαν αυστηρές συμφωνίες. Η τρίτη αναιρεσίβλητη δραστηριοποιούνταν πάντα αυτόνομα στον τομέα της ζάχαρης εντός του ομίλου της δεύτερης αναιρεσίβλητης. Με την τελεσίδικη απόφαση επιβολής προστίμου της γερμανικής Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων) της 18.2.2014 επιβλήθηκε πρόστιμο στη δεύτερη αναιρεσίβλητη. Αντικείμενο της εν λόγω αποφάσεως επιβολής προστίμου ήταν, μεταξύ άλλων, η τηλεφωνική επικοινωνία της 22.2.2006. Επομένως, βάσει της αρχής *ne bis in idem*, η οποία αναγνωρίζεται και στο δίκαιο των συμπράξεων, δεν επιτρέπεται να επιβληθεί επιπλέον πρόστιμο στη δεύτερη αναιρεσίβλητη για τα ίδια πραγματικά περιστατικά.

- 11 **Η τρίτη αναιρεσίβλητη** ζήτησε επίσης την απόρριψη του αιτήματος επιβολής προστίμου. Το σύστημα των βασικών περιοχών πωλήσεως προέκυψε για λόγους που άπτονται της επιχειρηματικής λογικής. Η τρίτη αναιρεσίβλητη δεν συμμετείχε στις επαφές που πραγματοποιήθηκαν, κατά την Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού), μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης αναιρεσίβλητης. Είναι αληθές ότι ο διαχειριστής της τρίτης αναιρεσίβλητης είχε επιδιώξει να επικοινωνήσει με την πρώτη αναιρεσίβλητη, δεν ζήτησε όμως να παρέμβει στα θέματα της πρώτης αναιρεσίβλητης ούτε είχε κάποια σχετική ενημέρωση. Τέλος, οι συμφωνίες κατά των οποίων βάλλει η Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού) δεν εμπίπτουν στην εξαίρεση από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ την οποία προβλέπει, ως προς τον γεωργικό τομέα, το άρθρο 209, παράγραφος 1, του κανονισμού (ΕΕ) 1308/2013.

Έκθεση του σκεπτικού της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

Ως προς τη δεύτερη αναιρεσίβλητη:

- 12 Στη δεύτερη αναιρεσίβλητη επιβλήθηκε στη Γερμανία πρόστιμο, ως προς το οποίο τα πραγματικά περιστατικά περιλάμβαναν και τη μοναδική κρίσιμη εν προκειμένω παραβίαση του δικαίου του ανταγωνισμού, ήτοι την τηλεφωνική επικοινωνία της 22.6.2006.

Γενικά επί της αρχής «ne bis in idem»

- 13 Στο πλαίσιο του δικαίου του ανταγωνισμού, ιδίως στο πλαίσιο των παράλληλων διώξεων ή κυρώσεων από την Επιτροπή και τις εθνικές αρχές ανταγωνισμού, το Δικαστήριο έχει κρίνει παγίως ότι η αρχή «ne bis in idem» τότε μόνον μπορεί να εφαρμοστεί, όταν πληρούνται σωρευτικά τα τρία κριτήρια («τριάδα») όσον αφορά το στοιχείο *idem*, δηλαδή η ταυτότητα των πραγματικών περιστατικών, η ταυτότητα των παραβατών και η ταυτότητα του προστατευόμενου εννόμου αγαθού. Υπό αυτήν την έννοια, η αρχή πρέπει να τηρείται και στις διαδικασίες επιβολής προστίμου, στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού (ΔΕΕ C-17/10,

Toshiba, σκέψη 94, C-238/99 P, Limburgse Vinyl, σκέψη 59, C-204/00 P, Aalborg Portland, σκέψεις 338 έως 340, C-289/04 P, Showa Denko, σκέψη 50), και απαγορεύει να καταδικαστεί ή να διωχθεί εκ νέου μια επιχείρηση για αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά για την οποία της είχε ήδη επιβληθεί κύρωση ή είχε κριθεί ως μη έχουσα ευθύνη με προγενέστερη απόφαση η οποία δεν είναι πλέον δεκτική προσφυγής (C-238/99 P, Limburgse Vinyl, σκέψη 59).

- 14 Στις αποφάσεις C-204/00, Aalborg Portland, σκέψη 338, και C-17/10, Toshiba, σκέψη 94, το Δικαστήριο αναφέρθηκε στα κριτήρια αυτά διευκρινίζοντας ότι μια επιχείρηση δεν μπορεί να επικαλεστεί την αρχή «ne bis in idem» όταν η Επιτροπή επέβαλε κυρώσεις σε μια επιχείρηση για συμπεριφορά διαφορετική από τη συμπεριφορά που καταλογίστηκε στην ίδια επιχείρηση και αποτέλεσε αντικείμενο προγενέστερης απόφασεως εθνικής αρχής ανταγωνισμού, ακόμη και όταν οι δύο αυτές αποφάσεις αφορούν άρρηκτα συνδεδεμένες συμβάσεις και συμφωνίες.
- 15 Αυτή η νομολογιακή γραμμή στηρίζεται σε σκέψεις που ανάγονται στην απόφαση της 13.2.1968 στην υπόθεση 14/68, Walt Wilhelm, και ως εκ τούτου διατυπώθηκαν κατά τις πρώιμες δεκαετίες της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσεως. Έκτοτε, το εθνικό δίκαιο και το δίκαιο της Ένωσης συγκλίνουν ολοένα και περισσότερο και είναι εμφανής μια αντίφαση ιδιαίτερα μεταξύ του τρίτου κριτηρίου της «τριάδας», της ταυτότητας του εννόμου αγαθού, όπως εφαρμόζεται στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού, και πιο πρόσφατων πράξεων, όπως, μεταξύ άλλων, του άρθρου 50 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αριθ. 7 της ΕΣΔΑ ή της Συμβάσεως εφαρμογής της Συμφωνίας του Σένγκεν (ΣΕΣΣ).
- 16 Πράγματι, στο πλαίσιο αυτό, το κατά πόσο πρόκειται περί της ίδιας παραβάσεως καθορίζεται στο δίκαιο της Ένωσης βάσει δύο μόνων κριτηρίων: ταυτότητα των πραγματικών περιστατικών και του παραβάτη. Ο νομικός χαρακτηρισμός ή το προστατευόμενο έννομο συμφέρον δεν αποτελούν, αντιθέτως, καθοριστικά στοιχεία για την εφαρμογή της αρχής «ne bis in idem». Το Δικαστήριο ακολούθησε την προσέγγιση αυτή, η οποία εμπνέεται στενά από την πρόσφατη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ), σε υποθέσεις που αφορούν την αστυνομική και δικαστική συνεργασία σε ποινικές υποθέσεις (C-436/04, Esbroeck, σκέψη 36· C-524/15, Luca Menci, σκέψη 35· C-150/05, Von Straaten, σκέψη 53· πρβλ. επίσης, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα στην υπόθεση C-617/17, Powszechny Zakład, σημείο 25 με περαιτέρω παραπομπές).
- 17 Στην υπόθεση C-436/04, Esbroeck, σκέψεις 27 επ., το Δικαστήριο διερεύνησε ενδελεχώς, στο πλαίσιο διαδικασίας σχετικής με το άρθρο 54 της ΣΕΣΣ, την ένσταση ότι η ταυτότητα των πραγματικών περιστατικών προϋποθέτει επίσης την ταυτότητα του νομικού χαρακτηρισμού τους ή των προστατευόμενων εννόμων συμφερόντων. Επισήμανε στην υπόθεση εκείνη ότι η εν λόγω διάταξη χρησιμοποιεί τον όρο «ίδια πραγματικά περιστατικά», αφορά δηλαδή μόνον τον παράνομο χαρακτήρα των περιστατικών αυτών και όχι τον νομικό χαρακτηρισμό τους. Διαπιστώνεται επίσης ότι ως προς τούτο η διατύπωση που χρησιμοποιείται

στο άρθρο αυτό διακρίνεται από τη διατύπωση άλλων διεθνών κειμένων που κατοχυρώνουν την αρχή «ne bis in idem». Έτσι, για παράδειγμα, στο άρθρο 4 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αριθ. 7 της ΕΣΔΑ χρησιμοποιείται ο όρος «παράβαση», πράγμα που σημαίνει ότι λαμβάνεται υπόψη το κριτήριο του νομικού χαρακτηρισμού των πραγματικών περιστατικών ως προϋπόθεση εφαρμογής της αρχής «ne bis in idem». Άλλωστε, το ΕΔΔΑ αναφέρθηκε στην εννοιολογική αυτή διαφοροποίηση στη μεταγενέστερη απόφαση 14.939/03, της 10.2.2009, Zolotoukhin κατά Ρωσίας. Ομοίως, στο άρθρο 4 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου αριθ. 7 το ζήτημα που τίθεται είναι μόνον εάν οι διωκόμενες πράξεις ήταν κατ' ουσίαν οι ίδιες και όχι ο νομικός χαρακτηρισμός τους.

Επί των εδαφικών πτυχών του «ne bis in idem»

- 18 Γενικότερα, καμία αρχή του δημοσίου διεθνούς δικαίου δεν απαγορεύει στις αρχές και στα δικαστήρια διαφορετικών κρατών να διώκουν και να καταδικάζουν ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο για τα ίδια πραγματικά περιστατικά για τα οποία έχει ήδη ασκηθεί δίωξη σε άλλο κράτος (ΔΕΕ C-289/04 P, Showa Denko, σκέψη 58). Στην υπόθεση αυτή το Δικαστήριο απέρριψε το επιχείρημα ότι μπορεί να γίνει επίκληση της αρχής «ne bis in idem» σε περίπτωση κατά την οποία η Επιτροπή ασκεί τις αρμοδιότητές της με βάση το ενωσιακό δίκαιο, μετά την επιβολή κυρώσεων από τις αρχές ενός κράτους μη μέλους εις βάρος επιχειρήσεων για συμμετοχή σε διεθνές καρτέλ, λόγω παραβάσεως των κανόνων ανταγωνισμού που ισχύουν στο κράτος αυτό, όταν οι εν λόγω αρχές έχουν παρέμβει στο πλαίσιο των αντίστοιχων αρμοδιοτήτων τους (πρβλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα στην υπόθεση C-617/17, Powszechny Zakład, σημείο 35).
- 19 Στο πλαίσιο της εν λόγω νομολογίας σχετικά με την παράλληλη δίωξη ή κύρωση από την Επιτροπή και τις αρχές ανταγωνισμού τρίτων κρατών, το Δικαστήριο υπογράμμισε τον διεθνή χαρακτήρα της επικρινόμενης συμπεριφοράς, καθώς και τις διαφορές ανάμεσα στις εκάστοτε έννομες τάξεις, συμπεριλαμβανομένων των σκοπών και των στόχων των σχετικών ουσιαστικών κανόνων ανταγωνισμού, και το συγκεκριμένο έννομο αγαθό που προστατεύεται από τους κανόνες περί ανταγωνισμού της Ένωσης. Επιπλέον, το Δικαστήριο επισήμανε ειδικώς ότι η περίπτωση αυτή, στην οποία παρεμβαίνουν η Επιτροπή και οι αρχές τρίτων κρατών στο πλαίσιο των αντίστοιχων αρμοδιοτήτων τους, πρέπει να εξετάζεται χωριστά από την περίπτωση κατά την οποία μια αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά περιορίζεται αποκλειστικά στο εδαφικό πεδίο εφαρμογής της έννομης τάξεως της Ένωσης (και των κρατών μελών της) (C-289/04, Showa Denko, σκέψεις 51 και 53· πρβλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα στην υπόθεση C-617/17, Powszechny Zakład, σημείο 36).
- 20 Η απόφαση ΔΕΕ C-397/03, Archer-Midlands, βασίστηκε επίσης στην παρέμβαση αφενός των κοινοτικών αρχών και αφετέρου των αρχών τρίτου κράτους. Κατά την απόφαση αυτή, όταν η επιβληθείσα εντός τρίτου κράτους κύρωση αφορά μόνον τις εφαρμογές ή τις συνέπειες της συμπράξεως στην αγορά του εν λόγω κράτους και η κοινοτική κύρωση αφορά μόνον τις εφαρμογές ή τις συνέπειές της στην κοινοτική αγορά, δεν συντρέχει ταύτιση των πραγματικών περιστατικών.

- 21 Στην απόφαση ΔΕΕ C-17/10, Toshiba, το ζήτημα που ετέθη ήταν αν μπορούσαν να επιβάλουν κυρώσεις, αφενός, οι εθνικές (τσεχικές) αρχές ανταγωνισμού βάσει του εθνικού δικαίου του ανταγωνισμού και, αφετέρου, οι αρχές της Ένωσης βάσει του δικαίου της Ένωσης. Επ' αυτού είχε σημασία ότι οι τσεχικές αρχές είχαν την πρόθεση να επιβάλουν κυρώσεις μόνο για τα αποτελέσματα μιας συμπράξεως στο τσεχικό έδαφος πριν από την προσχώρηση της Τσεχίας στην ΕΕ, ενώ η προγενέστερη απόφαση των κοινοτικών αρχών δεν αφορούσε τα αντίθετα προς τον ανταγωνισμό αποτελέσματα μιας συμπράξεως στο τσεχικό έδαφος πριν από την προσχώρηση της Τσεχίας στην ΕΕ (πρβλ. σκέψεις 99-103). Το ΔΕΕ στηρίχθηκε, συναφώς, στην πραγματική συλλογιστική που ακολούθησε η Επιτροπή, όπως είναι τα συγκεκριμένα αποτελέσματα που ελήφθησαν υπόψη για τα κράτη μέλη ή τα κράτη του ΕΟΧ και η μέθοδος υπολογισμού του προστίμου (σκέψη 101), και δεν επανέλαβε τις παρατηρήσεις της γενικής εισαγγελέα στις προτάσεις της (σημείο 131), κατά τις οποίες η αρχή «ne bis in idem» απαγορεύει, εκ προοιμίου, να επιβάλλουν πλείονες αρχές ανταγωνισμού ή δικαστήρια κυρώσεις για τους –λόγω αντικειμένου ή λόγω αποτελέσματος– περιορισμούς του ανταγωνισμού που προκάλεσε μία και η αυτή σύμπραξη σε διάφορες επικράτειες.
- 22 Από την προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου δεν προκύπτει αν οι εν λόγω αρχές πρέπει να εφαρμόζονται και σε περίπτωση κατά την οποία δύο κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης καλούνται να εφαρμόσουν, στο πλαίσιο διαδικασιών εφαρμογής του δικαίου του ανταγωνισμού που αφορούν τα ίδια πραγματικά περιστατικά σχετικά με το ίδιο πρόσωπο για συμπεριφορά που έλαβε χώρα ενόσω είναι μέλη της ΕΕ, όχι μόνον το εθνικό τους δίκαιο, αλλά και το δίκαιο της ΕΕ στον τομέα του ανταγωνισμού.

Ως προς τη δέσμη μέτρων εκσυγχρονισμού που θέσπισε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή:

- 23 Τα ζητήματα αυτά δεν διευκρινίζονται ούτε στη δέσμη μέτρων εκσυγχρονισμού που θέσπισε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στον παραπλήσιο τομέα της αρμοδιότητας των αρχών ανταγωνισμού. Η αιτιολογική σκέψη 18 του κανονισμού 1/2003 αναφέρει ότι στόχος είναι κάθε υπόθεση να εξετάζεται μόνον από μία αρχή. Αυτό όμως σύμφωνα με την απόφαση του ΔΕΕ C-17/10, Toshiba, σκέψεις 89 επ., δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η εθνική αρχή χάνει την αρμοδιότητά της να εφαρμόζει το εθνικό δίκαιο εφόσον η Επιτροπή έχει εκδώσει δική της απόφαση. Αντίστοιχα, το άρθρο 13 παράγραφος 1, του εν λόγω κανονισμού προβλέπει ότι, όταν οι αρχές ανταγωνισμού περισσότερων κρατών μελών διεξάγουν διαδικασία κατά της ίδιας συμφωνίας ή πρακτικής, το γεγονός ότι μια αρχή ασχολείται με την υπόθεση αποτελεί μεν για τις άλλες αρχές ικανό λόγο για την αναστολή της διαδικασίας που διεξάγουν οι ίδιες ή για την απόρριψη της καταγγελίας, το γεγονός όμως αυτό δεν συνεπάγεται την απώλεια της αρμοδιότητας των άλλων αρχών. Κατά την παράγραφο 2 της διατάξεως αυτής, μια αρχή ανταγωνισμού ενός κράτους μέλους ή η Επιτροπή δύναται να απορρίψει καταγγελία κατά συμφωνίας, αποφάσεως ενώσεως ή πρακτικής με την οποία έχει ήδη ασχοληθεί μία άλλη αρχή ανταγωνισμού.

- 24 Συναφώς, η ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τη συνεργασία στο πλαίσιο του δικτύου των αρχών ανταγωνισμού αναφέρει στο σημείο 12 ότι η εκ παραλλήλου ανάληψη δράσης από περισσότερες αρχές ανταγωνισμού ενδείκνυται ενδεχομένως όταν μία συμφωνία ή πρακτική παράγει σημαντικές συνέπειες για τον ανταγωνισμό οι οποίες εκδηλώνονται κυρίως στην επικράτεια εκάστης εθνικής αρχής ανταγωνισμού, ενώ η ανάληψη δράσης από μία και μόνον εθνική αρχή ανταγωνισμού δεν θα αρκούσε προκειμένου να τεθεί τέλος στην παράβαση συνολικά ή/και για να επιβληθεί η δέουσα κύρωση. Επομένως, έκαστη εθνική αρχή ανταγωνισμού «ενεργεί για τη δική της επικράτεια».
- 25 Πάντως, δεδομένου ότι τα εν λόγω κείμενα του παραγωγού δικαίου επιδιώκουν κυρίως –χωρίς να θεσπίζουν αυστηρούς κανόνες– τη θέσπιση ενός κατά το δυνατόν αποτελεσματικού και ελαστικού συστήματος αρμοδιότητας εντός του δικτύου των αρχών ανταγωνισμού, δεν προκύπτει τελικά κάτι χρήσιμο για την επίλυση του ζητήματος της εφαρμογής της αρχής «ne bis in idem». Για την κρινόμενη περίπτωση, στην οποία δύο εθνικές αρχές ανταγωνισμού ενεργούν για την ίδια συμπεριφορά έναντι των ίδιων προσώπων, το ΔΕΕ δεν παρέχει καμία διευκρίνιση ως προς το ζήτημα της εφαρμογής της αρχής «ne bis in idem», γεγονός που οδηγεί στην υποβολή του πρώτου και του δεύτερου ερωτήματος.

Ποια η σημασία της συνεκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών;

- 26 Τόσο από τη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τα τρίτα κράτη (ιδίως την απόφαση ΔΕΕ C-17/10, Toshiba) όσο και από την προαναφερθείσα ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής θα μπορούσε άλλωστε να συναχθεί ότι είναι καθοριστικής σημασίας το αν στην πρώτη απόφαση επιβολής κυρώσεως ελήφθησαν υπόψη, ως προς τα πραγματικά περιστατικά, τα αποτελέσματα της αντίθετης προς τον ανταγωνισμό συμπεριφοράς στο άλλο κράτος. Το ίδιο προβάλλει εν προκειμένω και η αναιρεσίβλητη και ισχυρίζεται ότι η απόφαση της γερμανικής Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων) δεν επέβαλε πρόστιμο για τα αποτελέσματα της συμπράξεως στην Αυστρία.
- 27 Αντιθέτως, το πρωτοβάθμιο δικαστήριο κρίνει διαφορετικά το ζήτημα και παραπέμπει στις διαπιστώσεις που περιέχονται στην απόφαση επιβολής προστίμου της γερμανικής Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων) σχετικά με την τηλεφωνική επικοινωνία που πραγματοποιήθηκε στις 22.6.2006 μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης αναιρεσίβλητης, η ιδιαίτερη σημασία των οποίων πρέπει να αναγνωριστεί δεδομένης και της μικρής εκτάσεως της αποφάσεως (22 σελίδες, σε σύγκριση με την «ανακοίνωση επί των σημείων της καταγγελίας» εκτάσεως 400 περίπου σελίδων) και τονίζει τη σημασία τους για την αυστριακή αγορά. Αντιθέτως προς την άποψη του Αντιπροέδρου της Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων) η οποία διατυπώθηκε στις 28.6.2019 μετά την έκδοση της αποφάσεως του Kartellgericht (πρωτοβάθμιου δικαστηρίου για υποθέσεις συμπράξεων, Αυστρία) και κατά την οποία οι αποφάσεις της γερμανικής Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων) επιβάλλουν κατά κανόνα κυρώσεις, σύμφωνα με τη σχετική πρακτική της, μόνο για αποτελέσματα συμπεριφοράς αντίθετης προς τον

ανταγωνισμό στη Γερμανία, δεν μπορούν να συναχθούν από την ίδια την απόφαση του αρμοδίου τμήματος αποφάσεων της Bundeskartellamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων) λεπτομέρειες ως προς τον υπολογισμό των προστίμων, ιδιαίτερα ως προς τον κύκλο εργασιών που ελήφθη υπόψη και την προέλευσή του.

- 28 Επομένως, το ζήτημα που τίθεται είναι αν η πραγματική συνεκτίμηση των αποτελεσμάτων μιας παραβίασεως του ευρωπαϊκού δικαίου του ανταγωνισμού σε άλλο κράτος μέλος είναι σημαντική για την εφαρμογή της αρχής «ne bis in idem», όπως αναφέρεται στο τρίτο ερώτημα.

Ως προς την πρώτη αναιρεσίβλητη: «ne bis in idem» σε περίπτωση απλής διαπιστώσεως;

- 29 Η πρώτη αναιρεσίβλητη υπήχθη στο καθεστώς επιείκειας της αυστριακής Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακής αρχής ανταγωνισμού). Το Δικαστήριο στην απόφασή του C-681/11, Schenker, αποφάνθηκε ότι το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, καθώς και τα άρθρα 5 και 23, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003, έχουν την έννοια ότι, εφόσον έχει αποδειχθεί η ύπαρξη παραβάσεως, οι εθνικές αρχές ανταγωνισμού μπορούν κατ' εξαίρεση να διαπιστώνουν απλώς την παράβαση αυτή χωρίς να επιβάλλουν πρόστιμο, όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση έχει ενταχθεί σε εθνικό πρόγραμμα επιείκειας. Αντίστοιχα, η Bundeswettbewerbsbehörde (ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού) ζήτησε ως προς την πρώτη αναιρεσίβλητη τη διαπίστωση της αντίθετης προς τους κανόνες του ανταγωνισμού συμπεριφοράς σύμφωνα με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ.
- 30 Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η τήρηση της αρχής «ne bis in idem» επιβάλλεται μόνον ως προς τις διαδικασίες επιβολής προστίμων, στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού (ΔΕΕ C-17/10, Toshiba, σκέψη 94, C-238/99 P, Limburgse Vinyl, σκέψη 59, C-204/00 P, Aalborg Portland, σκέψεις 338 έως 340, C-289/04 P, Showa Denko, σκέψη 50· ομοίως, όσον αφορά το άρθρο 54 της ΣΕΣΣ: C-398/12, σκέψη 41). Τέλος, σύμφωνα με τις αποφάσεις C-238/99 P, Limburgse Vinyl, σκέψη 59 και C-17/10, Toshiba, σκέψη 94, η αρχή ne bis in idem απαγορεύει όχι μόνον να καταδικαστεί εκ νέου μια επιχείρηση για αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά για την οποία της είχε ήδη επιβληθεί κύρωση ή είχε κριθεί ως μη έχουσα ευθύνη με προγενέστερη απόφαση η οποία δεν είναι πλέον δεκτική προσφυγής, αλλά ακόμη και να διωχθεί, απλώς, η επιχείρηση αυτή.
- 31 Επομένως, τίθεται το ζήτημα αν, στο πλαίσιο μιας απλής διαπιστωτικής διαδικασίας κατά την οποία, λόγω της συμμετοχής του παραβάτη στο εθνικό πρόγραμμα επιείκειας, είναι δυνατή μόνον η διαπίστωση της εκ μέρους του παραβάσεως των ευρωπαϊκών και των εθνικών κανόνων περί ανταγωνισμού, μπορεί ακόμη να γίνει λόγος για διαδικασία επιβολής προστίμων στο πλαίσιο της οποίας πρέπει να τύχει εφαρμογής η αρχή «ne bis in idem» και αν μια τέτοια απλή διαπιστωτική διαδικασία συνιστά μη επιτρεπόμενη δεύτερη δίωξη. Επ' αυτού υποβλήθηκε το τέταρτο ερώτημα.