

**Mål C-151/20**

**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler**

**Datum för ingivande:**

27 mars 2020

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Oberster Gerichtshof (Österrike)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

12 mars 2020

**Klagande:**

Bundeswettbewerbsbehörde

**Motparter:**

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

---

**Saken i målet vid den nationella domstolen**

- 1 Åsidosättande av artikel 101.1 FEUF genom bland annat konkurrensbegränsande avtal beträffande den österrikiska marknaden för socker.

**Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

- 2 Förbud mot dubbelbestraffning när myndigheter i olika medlemsstater lagför samma överträdelse, vilken betydelse det rättsliga intresse som skyddas ska tillmätas

### Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 3 1. Ska det tredje kriteriet som EU-domstolen har fastställt i sin praxis på det konkurrensrättsliga området för att principen *ne bis in idem* ska vara tillämplig, nämligen att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas, även tillämpas om konkurrensmyndigheterna i två medlemsstater vid en prövning ska tillämpa – utöver sin respektive nationella lagstiftning – samma unionslagstiftning (i det nu aktuella fallet artikel 101 FEUF) på samma faktiska omständigheter och med avseende på samma personer?

Om denna fråga besvaras jakande:

- 4 2. Är det vid en sådan parallell tillämpning av unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning fråga om samma skyddade rättsliga intresse?
- 5 3. Ska det vid tillämpningen av principen *ne bis in idem* dessutom anses ha betydelse huruvida det första beslut om böter som fattas av en konkurrensmyndighet i en medlemsstat i faktiskt hänseende har beaktat verkningarna av överträdelsen av konkurrensreglerna i den ytterligare medlemsstat vars konkurrensmyndighet först därefter fattat beslut i det konkurrensrättsliga förfarande som den inlett?
- 6 4. Ska ett förfarande där det, på grund av en parts deltagande i det nationella programmet för förmånlig behandling, enbart är möjligt att fastställa att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett också anses utgöra ett förfarande på vilket principen *ne bis in idem* är tillämplig, eller får ett sådant rent fastställande av överträdelsen göras oberoende av utgången av ett tidigare förfarande för åläggande av böter (i en annan medlemsstat)?

### Anförda unionsbestämmelser

- 7 Artikel 101 FEUF, artikel 50 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen (nedan kallat tilläggsprotokollet), artikel 54 i Schengenkonventionen, artikel 2 i förordning (EG) nr 1184/2006, artikel 2 i förordning nr 26/1962, artikel 209.1 i förordning nr 1308/2013, förordning (EG) nr 318/2006, skälen 18 och 37 samt artiklarna 5, 13.1 och 13.2 och 23.2 i förordning (EG) nr 1/2003

### Anförda nationella bestämmelser

- 8 1 §, 2 § stycke 2 punkt 5, 28 § stycke 1, 29 § punkt 1 a och d och 36 § stycke 1 i Kartellgesetz 2005 (2005 års lag om karteller) samt 9 §, 87 § stycke 2 och 142 § punkt 1 a och d i Kartellgesetz 1988 (1988 års lag om karteller)

### Anförd praxis från EU-domstolen

- 9 Dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co, C-681/11, dom av den 14 februari 2012, Toshiba, C-17/10, dom av den 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl, C-238/99 P, dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland, C-204/00 P, dom av den 29 juni 2006, Showa Denko, C-289/04 P, dom av den 13 februari 1968, Walt Wilhelm, 14/68, dom av den 18 maj 2006, Archer-Midlands, C-397/03, dom av den 9 mars 2006, Esbroeck, C-436/04, dom av den 20 mars 2018, Luca Menci, C-524/15, dom av den 28 september 2006, Von Straaten, C-150/05

### Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet

- 10 De två första motparternas (Nordzucker och Südzucker) koncerner tillhör de ledande sockertillverkarna i Europa. Den tredje motparten (Agrana), som kontrolleras av Südzucker, bedriver två sockerbruk i Österrike och har genom dotterbolag ytterligare sockerbruk i Östeuropa. I Tyskland domineras sockermarknaden sedan årtionden av tre stora tillverkare, däribland Nordzucker och Südzucker. Av historiska skäl samt på grund av produktens homogenitet och de höga transportkostnaderna har den tyska sockermarknaden varit uppdelad i huvudsakliga försäljningsområden (hemmamarknadsprincipen) för de stora tyska tillverkarna. Detta omfattade inte utländska marknader och inte heller sådana i vilka, såsom i Österrike, dotterbolag till de tyska sockertillverkarna har varit verksamma. Agrana agerar till stor utsträckning självständigt på de marknader den bedriver sin verksamhet och betraktas som den främsta österrikiska sockertillverkaren.
- 11 På grund av försök från utländska sockertillverkare att etablera sig på den tyska marknaden ägde senast från och med 2002 flera möten rum mellan de dåvarande ansvariga tyska försäljningscheferna för industrisocker från Nordzucker och Südzucker. Därvid framhölls att de tyska företagen för att undvika konkurrenstrycket inte skulle konkurrera inbördes, genom att inte tränga in på den andra tillverkarens fastställda huvudsakliga försäljningsområden. Österrike behandlades inte i dessa samtal. Agrana deltog inte vid dessa samtal och dess ledning erhöll ingen kännedom om detta.
- 12 Europeiska unionens utvidgning österut har haft stor påverkan på det österrikiska försäljningsområdet. Runt årsskiftet 2005/2006 konstaterade Agrana att vissa industrikunder till vilka bolaget hittills hade varit enda leverantör förvärvade socker från Slovakien, uppenbarligen från ett dotterbolag till Nordzucker. Agranas direktör informerade Südzuckers försäljningschef i samband med ett telefonsamtal om andra koncernfrågor den 22 februari 2006 även om dessa leveranser till Österrike och frågade om han kände någon hos Nordzucker som han kunde diskutera detta med. Südzuckers försäljningschef ringde därpå upp Nordzuckers försäljningschef och klagade över leveranserna till Österrike. Nordzuckers försäljningschef gjorde inte några utfästelser, men tog emellertid den fred som rådde i konkurrenshänseende på den tyska marknaden på allvar och informerade

sin kollega och Nordzuckers styrelseordförande via e-postmeddelande den 23 februari 2006 om samtalet. Denne gav muntliga instruktioner om att inte vidta några åtgärder. Nordzuckers försäljningschef bad emellertid försäljningschefen vid det slovakiska dotterbolaget att inte utvidga exporten till Österrike. Denne betraktade denna önskan från en för honom betydelsefull person vid koncerncentralen som en instruktion och var beredd att genomföra den. Agrana kände inte till dessa interna händelser inom Nordzucker. Telefonsamtalet av den 22 juni 2006 var det enda samtal mellan motparterna där den österrikiska marknaden berördes.

- 13 Genom slutgiltigt beslut om böter av den 18 februari 2014 ålade Bundeskartellamt (den federala konkurrensmyndigheten, Tyskland) (nedan kallad BKartA) Südzucker, i egenskap av så kallad Nebenbetroffener (det företag som har gjort sig skyldigt till en överträdelse av konkurrensreglerna), böter på 195 500 000 euro, eftersom flera personer i ledningen under perioden från senast slutet av 2001 till 26 mars 2009 på flera platser i Förbundsrepubliken Tyskland uppsåtligen hade åsidosatt förbudet mot avtal mellan konkurrerande företag, vilka kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden, respektive för att företaget av oaktsamhet har underlåtit att vidta de tillsynsåtgärder som krävdes för att förhindra detta åsidosättande av förbudet mot kartellbildningar, vilket hade kunnat förhindras eller försvårats avsevärt genom ordentlig tillsyn. Detta grundades på att ledningen vid Nordzucker, Südzucker och det tredje tyska företaget hade avtalat att såväl för industrisocker som för bordssocker respektera konkurrenternas respektive huvudsakliga försäljningsområden (hemmamarknadsprincipen). I detta sammanhang slog BKartA fast att regelbundna möten hade ägt rum mellan företrädare för Nordzucker och Südzucker mellan 2004 och 2007 eller sommaren 2008. I detta beslut om böter, vilket endast omfattade knappt 22 sidor, återgavs uttryckligen innehållet i ovannämnda telefonsamtal av den 22 februari 2006 mellan Nordzuckers och Südzuckers försäljningschefer beträffande Österrike.
- 14 I det nu aktuella målet yrkade Bundeswettbewerbsbehörde (den federala konkurrensmyndigheten, Österrike) (nedan kallad BWB) vid domstolen i första instans att det beträffande Nordzucker skulle fastställas att nämnda företag har åsidosatt artikel 101 FEUF och de motsvarande bestämmelserna i den nationella lagen om karteller samt att Südzucker skulle åläggas böter på 12 460 000 euro för perioden mellan den 1 januari 2005 och den 21 september 2006, respektive, solidariskt med Agrana, ytterligare böter på 15 390 000 euro för perioden mellan den 22 september 2006 och den 31 oktober 2008.
- 15 **Domstolen i första instans** ogillade dessa yrkanden och anförde bland annat följande i domskälen. I fråga om fastställelseyrkandet avseende Nordzucker kan BWB inte anses ha något berättigat intresse av ett fastställande av att en överträdelse har skett beträffande ett företag gentemot vilket myndigheten har avstått från att yrka åläggande av böter på grund av tillämpningen av förmånlig behandling på grund av samarbete i utredningen. Det kan inte anses föreligga

något sektoriellt undantag inom jordbruksområdet enligt förordning (EU) nr 1308/2013. För tidsperioden fram till februari 2006 finns det inte något som tyder på att Österrike omfattades av samförståndet att respektera de överenskomna tyska försäljningsområdena, inte heller underförstått. Genom det underförstådda krav som ställdes i telefonsamtalet den 22 februari 2006 att åtminstone minska leveranserna från Nordzuckers slovakiska dotterbolag till Österrike år 2006, samt det senare genomförandet av detta krav har det emellertid uppkommit ett avtal som stred mot konkurrensrätten enligt artikel 101.1 FEUF, vilket kan antas ha fått en märkbar effekt. Något undantag kan inte anses vara tillämpligt på grund av avtalets ringa omfattning. Förbudet mot dubbelbestraffning är emellertid även tillämpligt i konkurrensrättsliga bötesförfaranden. Om en viss aspekt av beteendet – och därmed även graden av rättsstridighet – omfattas av en sanktion som redan har ålagts av en annan nationell konkurrensmyndighet, strider nya sanktioner mot förbudet mot dubbelbestraffning. Detta är fallet vad gäller avtalet av den 22 februari 2006.

- 16 BWB har överklagat avgörandet från domstolen i första instans och yrkat att det på grund av det avtal som ingicks mellan Nordzucker och Südzucker genom telefonsamtalet av den 22 februari 2006 ska fastställas att Nordzucker och Südzucker har åsidosatt artikel 101 FEUF och de motsvarande bestämmelserna i den nationella lagen om karteller samt att Südzucker ska åläggas böter av lämplig storlek.

#### **Parternas huvudargument**

- 17 **BWB** anser att en rad möten ägde rum efter det telefonsamtal av den 22 februari 2006 som redogjorts för ovan beträffande den österrikiska marknaden, där inställningen var att Agrana tillförsäkrades ett monopol för området. De enskilda kontakterna mellan kartelldeltagarna ska bedömas i sin helhet och i ett större sammanhang. Ett aktivt deltagande från Agrana kan fastställas från och med det **första** personliga mötet den 22 september 2006. Från och med denna tidpunkt till och med den 31 oktober 2008 ska därför även Agrana anses ha solidariskt ansvar jämte Südzucker. Artikel 101 FEUF är tillämplig på det aktuella beteendet. Undantagen i artikel 2 i förordning nr 1184/2006, respektive artikel 2 i förordning nr 26/1962, kan inte åberopas. Förbudet mot dubbelbestraffning är inte relevant, eftersom BKartA **enbart** har behandlat avtal som påverkade den tyska marknaden. Enligt [unions]rätten får de nationella myndigheterna ålägga parallella sanktioner vid en överträdelse som omfattar flera medlemsstater, såvida böterna är begränsade till effekterna på de respektive territorierna (decentraliserad verkställighet av konkurrensrätten enligt förordning nr 1/2003). Detta är fallet när det gäller beslutet från BKartA. I det nu aktuella fallet avser lagföringen däremot endast påverkan på den österrikiska marknaden. Domstolen i första instans har inte beaktat EU-domstolens dom i mål C-681/11, *Schenker & Co*. Det har inte gjorts någon prövning, såsom krävs av EU-domstolen, av för vilka områden och med beaktande av vilken omsättning böter har ålagts.



- 18 **Nordzucker** har i målet yrkat att yrkandet om att det ska fastställas att företaget har begått en överträdelse ska avvisas, alternativt ogillas, eftersom det saknas ett **berättigat** intresse. Enligt Nordzucker omfattades Österrike visserligen underförstått alltid av samförståndet, men hade på grund av de låga försäljningsvolymerna alltid enbart underordnad betydelse. För Nordzucker var syftet med den omtvistade kontakten beträffande Österrike i första hand att förhindra motåtgärder och priskrig på den huvudsakliga arenan, nämligen den tyska marknaden, på grund av ageranden på den österrikiska marknaden.
- 19 **Südzucker** har i målet yrkat att yrkandet om åläggande av böter ska ogillas. Orsaken till den faktiska uppdelningen av de huvudsakliga försäljningsområdena är sockerbrukens placering, respektive de höga transportkostnaderna. Mot denna bakgrund uppkommer detta ”samförstånd” automatiskt uteslutande av företagsekonomiska skäl, utan att det krävs något **skydd** genom avtal. Även om det anses föreligga ett uttryckligt avtal har detta inte underförstått även omfattat Österrike. Det har inte funnits några uttryckliga avtal för Österrike. Agrana har alltid skött sockerverksamheten självständigt inom Südzuckerkoncernen. Südzucker har slutgiltigt ålagts böter genom BKartA:s beslut av den 18 februari 2014. Detta beslut om böter omfattar bland annat telefonsamtalet av den 22 februari 2006. Således får Südzucker enligt den inom konkurrensrätten erkända principen *ne bis in idem* inte åläggas ytterligare böter för samma faktiska omständigheter.
- 20 Även **Agrana** har yrkat att yrkandet om åläggande av böter ska ogillas. Systemet med grundläggande försäljningsområden har uppkommit på grund av företagsekonomiska skäl. Agrana har inte deltagit vid de kontakter som BWB påstår har ägt rum mellan Nordzucker och Südzucker. Det är korrekt att Agranas företagsledare har försökt att förmedla en kontakt med Nordzucker, men utan att be om något ingripande mot Nordzucker och har inte heller erhållit information om något sådant. Slutligen är artikel 101 FEUF inte tillämplig på de avtal som BWB har kritiserat på grund av det sektoriella undantaget för jordbruket enligt artikel 209.1 i förordning (EU) nr 1308/2013.

### **Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs**

#### **Angående Südzucker:**

- 21 Südzucker har ålagts böter i Tyskland, där de faktiska omständigheterna även omfattade den här enda relevanta kvarstående överträdelsen av konkurrensreglerna, nämligen telefonsamtalet av den 22 juni 2006.

#### Allmänt om principen *ne bis in idem*

- 22 Inom ramen för konkurrensrätten – särskilt i samband med en parallell lagföring eller bestraffning från kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna – har EU-domstolen i sin fasta praxis gjort den rättsliga bedömningen att

principen *ne bis in idem* enbart får tillämpas om tre kumulativa villkor är uppfyllda med avseende på idem-delen, nämligen krav på identitet mellan de faktiska omständigheterna, att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas. Således ska denna princip respekteras i bötesförfaranden på konkurrensrättens område (EU-domstolens dom Toshiba, C-17/10, punkt 94, dom Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punkt 59, dom Aalborg Portland, C-204/00 P, punkterna 338–340, dom Showa Denko, C-289/04 P, punkt 50) och innebär ett förbud mot att ett företag på nytt hålls ansvarigt eller att ett förfarande enligt konkurrensreglerna på nytt inleds mot företaget avseende ett konkurrensbegränsande beteende som företaget redan har bötfällts för eller som företaget har frikänts från ansvar för genom ett tidigare beslut som inte längre kan överklagas (dom Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punkt 59).

- 23 EU-domstolen har i dom Aalborg Portland, C-204/00, punkt 338 och dom Toshiba, C-17/10, punkt 94, hänvisat till dessa kriterier och fastställt att ett företag inte kan återropa principen *ne bis in idem* om kommissionen har ålagt det sanktioner för ett beteende som skiljer sig från ett beteende som tillskrivits samma företag och varit föremål för ett tidigare beslut från en nationell konkurrensmyndighet, nämligen även om de båda besluten hänför sig till avtal och överenskommelser som inte går att skilja åt.
- 24 Denna rättspraxis grundas på överväganden som kan härledas från dom av den 13 februari 1968, Walt Wilhelm, 14/68, det vill säga redan från den europeiska integrationens tidiga årtionden. Sedan dess har den nationella rätten och unionsrätten vuxit samman allt starkare och vissa motsättningar kan skönjas, särskilt mellan det tredje av de tre kriterierna, att det är samma rättsliga intresse som skyddas, såsom det tillämpas inom konkurrensrätten och senare rättsakter, i synnerhet artikel 50 i stadgan om de grundläggande rättigheterna och sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen eller Schengenkonventionen.
- 25 I detta hänseende grundas nämligen bedömningen huruvida det är frågan om samma överträdelse enbart på två kriterier, nämligen identitet mellan de faktiska omständigheterna och att det är fråga om en och samma regelöverträdare. Den rättsliga benämningen eller skyddsintresset är däremot inte bestämmande vid tillämpningen av principen *ne bis in idem*. EU-domstolen har tillämpat detta synsätt, vilket nära följer Europadomstolens senaste praxis, i mål beträffande polissamarbete och straffrättsligt samarbete (dom Esbroeck, C-436/04, punkt 36, dom Luca Menci, C-524/15, punkt 35, dom Von Straaten, C-150/05, punkt 53, se även generaladvokatens förslag till avgörande i mål Powszechny Zakład, C-617/17, punkt 25 och där angiven rättspraxis).
- 26 I domen Esbroeck, C-436/04, punkt 27 och följande punkter behandlade EU-domstolen utförligt invändningen att gärningens identitet även omfattar den rättsliga kvalificeringen, respektive det skyddade rättsliga intresset i ett mål som avsåg artikel 54 i Schengenkonventionen. Domstolen uppgav att uttrycket ”samma gärning” som används i bestämmelsen endast avser de sakförhållanden som

gärningarna i fråga utgör, med uteslutande av hur gärningarna kvalificeras i rättsligt hänseende. I detta hänseende skiljer sig det uttryck som används i nämnda bestämmelse från de uttryck som förekommer i andra internationella konventioner i vilka principen *ne bis in idem* slås fast. Exempelvis används i artikel 4 i tilläggsprotokollet till Europakonventionen uttrycket brott. Relevansen av ett kriterium enligt vilket tillämpningen av principen *ne bis in idem* villkoras av gärningarnas rättsliga kvalificering kan därför ifrågasättas. Europadomstolen har emellertid senare behandlat denna begreppsmässiga skillnad i beslut nr 14.939/03 av den 10 februari 2009, Zolotukhin mot Ryssland. Även vad gäller artikel 4 i tilläggsprotokollet ska det enbart anses avgörande huruvida det i huvudsak är samma omständigheter som lagförs, men däremot inte deras rättsliga kvalificering.

#### Angående de territoriella aspekterna av *ne bis in idem*

- 27 Generellt sett finns det inte någon folkrättslig princip som förbjuder offentliga myndigheter, inbegripet domstolar, i olika stater från att lagföra och döma en fysisk eller juridisk person på grundval av samma faktiska omständigheter som redan legat till grund för en dom mot denna person i ett annat land (EU-domstolens dom Showa Denko, C-289/04 P, punkt 58). I detta mål underkände domstolen argumentet att principen *ne bis in idem* kunde åberopas i en situation där kommissionen utövar sina befogenheter enligt unionsrätten efter det att ett företag ålagts böter för deltagande i en internationell kartell av myndigheterna i ett tredje land på grund av överträdelse av regler om konkurrens som var tillämpliga i den staten där myndigheterna ingripit med stöd av deras respektive behörighet (se generaladvokatens förslag till avgörande i målet Powszechny Zakład, C-617/17, punkt 35).
- 28 EU-domstolen har i sistnämnda praxis rörande parallell lagföring eller bestraffning av kommissionen och behöriga myndigheter i tredje land framhållit den internationella karaktären av det bestraffade beteendet och skillnaderna mellan respektive rättsordningar inbegripet målen och syftena med de relevanta materiella konkurrensreglerna ävensom det specifika rättsliga intresse som skyddas av unionens konkurrensregler. Den har också särskilt framhållit att denna situation där kommissionen och myndigheterna i tredje land ingriper med stöd av sin behörighet ska betraktas skilt från situationen där konkurrensbegränsande beteende begränsas uteslutande till det territoriella tillämpningsområdet för unionens rättsordning (och dess medlemsstaters) (dom Showa Denko, C-289/04, punkterna 51 och 53, se generaladvokatens förslag till avgörande i mål Powszechny Zakład, C-617/17, punkt 36).
- 29 Även EU-domstolens dom Archer-Midlands, C-397/03 grundades på ett ingripande från gemenskapsmyndigheterna, å ena sidan, och myndigheterna i ett tredje land, å andra sidan. I denna dom konstaterades att gärningarna inte är identiska när den sanktionsåtgärd som vidtagits i tredje land endast avser den konkurrensbegränsande samverkans genomförande och verkningar på marknaden



i denna stat och gemenskapens sanktionsåtgärd endast avser dess genomförande och verkningar på gemenskapsmarknaden.

- 30 I EU-domstolens dom Toshiba, C-17/10, var frågan huruvida de nationella (tjeckiska) konkurrensmyndigheterna, å ena sidan, och unionsmyndigheterna, å andra sidan, får ålägga sanktioner enligt EU-lagstiftningen. I målet hade det betydelse att de tjeckiska myndigheterna enbart avsåg att beivra verkningarna av en kartell på tjeckiskt territorium före Tjeckiens EU-medlemskap, medan det beslut som gemenskapsmyndigheterna tidigare fattat inte omfattade någon konkurrensbegränsande verkan från kartellen på tjeckiskt område före Tjeckiens EU-medlemskap (se punkterna 99–103). EU-domstolen utgick därvid från kommissionens faktiska tillvägagångssätt, såsom de konkreta verkningar som beaktats på medlemsstaterna, respektive EES-staterna och metoderna för beräkningen av böterna (punkt 101) och övertog inte generaladvokatens resonemang i förslaget till avgörande (punkt 131), enligt vilket principen *ne bis in idem* redan från början förbjuder att flera konkurrensmyndigheter eller domstolar inom EES-området beivrar konkurrensbegränsningar som en och samma kartell åsyftar eller resulterar i på olika områden.
- 31 Det framgår inte av EU-domstolens hittillsvarande praxis huruvida dessa principer även är tillämpliga i en situation där två medlemsstater i konkurrensförfaranden som baseras på samma faktiska omständigheter på grund av ett beteende som ägde rum under deras EU-medlemskap ska tillämpa både sin nationella lagstiftning och unionens konkurrenslagstiftning.

#### Europeiska kommissionens moderniseringspaket

- 32 Dessa frågor klagörs inte heller genom det moderniseringspaket som kommissionen antagit inom det besläktade området rörande konkurrensmyndigheternas behörighet. I skäl 18 i förordning nr 1/2003 anges att syftet är att varje ärende ska handläggas av endast en myndighet. Detta kan även enligt EU-domstolens dom Toshiba, C-17/10, punkterna 89 och 90, emellertid inte tolkas så, att unionslagstiftaren avsåg att frånta de nationella konkurrensmyndigheterna behörighet att tillämpa sin nationella lagstiftning när kommissionen antagit ett beslut. Mot denna bakgrund regleras i artikel 13.1 i denna förordning att när ett klagomål har anhängiggjorts vid konkurrensmyndigheter i två eller flera medlemsstater avseende samma avtal eller samordnade förfarande, utgör det faktum att en myndighet handlägger ärendet ett tillräckligt skäl för de övriga myndigheterna att avbryta sitt förfarande eller avvisa klagomålet. Denna omständighet medför emellertid inte att de övriga myndigheterna förlorar sin behörighet. Enligt artikel 13.2 får en medlemsstats konkurrensmyndighet eller kommissionen avvisa ett klagomål avseende ett avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande som redan har handlagts av en annan konkurrensmyndighet.
- 33 I kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter anges i punkt 12 att ett parallellt agerande av flera

nationella konkurrensmyndigheter kan vara lämpligt om ett avtal eller ett samordnat förfarande väsentligt påverkar konkurrensen huvudsakligen inom dessa myndigheters respektive behörighetsområden och ingripande från en enda nationell konkurrensmyndighet inte är tillräckligt för att bringa hela överträdelsen att upphöra och/eller för att utdöma adekvat påföljd. Varje nationell konkurrensmyndighet handlägger då ”var och en inom sitt behörighetsområde”.

- 34 Eftersom syftet med dessa sekundärrättsliga bestämmelser emellertid i första hand är att – utan att föreskriva strikta regler – försöka upprätta ett så effektivt och flexibelt behörighetssystem som möjligt inom nätverket av konkurrensmyndigheter, går det inte att dra några slutsatser vad gäller tillämpningen av principen *ne bis in idem*. I den här aktuella situationen där två nationella konkurrensmyndigheter vidtar åtgärder på grund av samma beteende mot samma personer saknas det ett klagande från EU-domstolen beträffande tillämpningen av principen *ne bis in idem*, vilket föranleder frågorna 1 och 2.

Huruvida det faktiska beaktandet är relevant

- 35 Såväl av EU-domstolens praxis rörande tredjeländer (särskilt EU-domstolens dom Toshiba, C-17/10) som av sistnämnda tillkännagivande från kommissionen skulle emellertid kunna utläsas att det är avgörande huruvida effekterna från det konkurrensbegränsande beteendet i den andra staten i faktiskt hänseende beaktades i det första sanktionsbeslutet. Till detta hänvisar även BWB i förevarande mål och anser att BKartA genom sitt beslut inte ålagt några böter för kartellens verkningar i Österrike.
- 36 Domstolen i första instans gjorde emellertid en annan bedömning och hänvisade till den bedömning av telefonsamtalet mellan Nordzucker och Südzucker den 22 juni 2006 som BKartA gjort i sitt beslut om böter, vilken med hänsyn till det kortfattade beslutet (22 sidor jämfört med meddelandet om anmärkningar som omfattade ungefär 400 sidor) ska tillerkännas särskild betydelse, och framhöll dess relevans för den österrikiska marknaden. I motsats till yttrandet från BKartA:s vice ordförande av den 28 juni 2019, vilket avgavs efter kartelldomstolens avgörande, enligt vilket beslut från BKartA i enlighet med dess praxis i princip enbart lagför effekter från konkurrensbegränsande beteende i Tyskland, kan av det aktuella beslutet från BKartA inte i sig utläsas några detaljer vad gäller beräkningen av böterna, särskilt inte heller vad gäller den omsättning som lagts till grund och dess ursprung.
- 37 Således är det vidare osäkert huruvida det för en tillämpning av principen *ne bis in idem* är relevant huruvida verkningarna av en överträdelse av unionens konkurrenslagstiftning i en annan medlemsstat faktiskt har beaktats, vilket behandlas i fråga 3.

**Angående Nordzucker: Är principen *ne bis in idem* tillämplig om det är fråga om ett rent fastställande av att en överträdelse har skett?**

- 38 Nordzucker har tillerkänts förmånlig behandling av BWB. EU-domstolen har i sin dom Schenker, C-681/11, även fastställt att artikel 101 FEUF samt artiklarna 5 och 23.2 i förordning nr 1/2003 ska tolkas så, att de nationella konkurrensmyndigheterna, när en överträdelse av artikel 101 FEUF har fastställts, undantagsvis även kan begränsa sig till att konstatera överträdelsen utan att ålägga böter när det berörda företaget deltagit i det nationella programmet för förmånlig behandling. Således har BWB vad gäller Nordzucker begärt att det konkurrensbegränsande beteendet ska konstateras enligt artikel 101 FEUF.
- 39 Principen *ne bis in idem* ska enligt EU-domstolens praxis emellertid endast respekteras i bötesförfaranden på konkurrensrättens område (EU-domstolens dom Toshiba, C-17/10, punkt 94, dom Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punkt 59, dom Aalborg Portland, C-204/00 P, punkterna 338–340, dom Showa Denko, C-289/04 P, punkt 50, samt beträffande artikel 54 i Schengenkonventionen även dom C-398/12, punkt 41). Slutligen innebär principen *ne bis in idem* enligt dom Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punkt 59, och dom Toshiba, C-17/10, punkt 94, inte enbart ett förbud mot att ett företag på nytt hålls ansvarigt avseende ett konkurrensbegränsande beteende som företaget redan har ålagts böter för eller som företaget har förklarats inte vara ansvarigt för genom ett tidigare beslut som inte längre kan överklagas, utan även mot att på nytt inleda ett förfarande enligt konkurrensreglerna mot det.
- 40 Således uppkommer frågan huruvida det i ett förfarande som rör ett rent fastställande av att en överträdelse har skett, där det på grund av att lagöverträdaren deltar i det nationella programmet för förmånlig behandling enbart är möjligt att fastställa att denne har åsidosatt unionens eller nationell konkurrenslagstiftning, fortfarande kan anses vara frågan om ett bötesförfarande på konkurrensrättens område i vilket principen *ne bis in idem* ska tillämpas och huruvida ett sådant fastställelseförfarande kan anses utgöra ett otillåtet andra förfarande enligt konkurrensreglerna. Det är mot denna bakgrund som fråga 4 hänskjuts.