

**Mål C-311/24****Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

29 april 2024

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Oberlandesgericht Wien (Österrike)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

26 april 2024

**Sökande:**

Bundeswettbewerbsbehörde (Österrikes federala konkurrensmyndighet)

**Svarande:**

M. GmbH

**Saken i det nationella målet**

Åläggande av en rimlig sanktionsavgift enligt 6 § stycke 2 i Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (lagen om rättvisa konkurrensvillkor, nedan kallad FWBG) på grund av betalningsuppsmaningar till leverantörer

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

Tolkning av artikel 6.1 e i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/633 av den 17 april 2019 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan (nedan kallat direktiv 2019/633) – Huruvida österrikisk rätt är förenlig med detta direktiv – Artikel 267 FEUF

**Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande**

1.a Ska artikel 6.1 e i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/633 av den 17 april 2019 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och

livsmedelskedjan (direktiv 2019/633) tolkas så, att denna bestämmelse, i ett fall där en köpare i strid med artikel 3.1 d i nämnda direktiv på grundval av en enhetligt motiverad viljeyttring samma dag separat kräver betalning från olika leverantörer som omfattas av skyddet enligt artikel 1 i direktivet, utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken samtliga dessa betalningsuppsmaningar betraktas som en enda enhetlig överträdelse (idealkonkurrens) som endast får sanktioneras en enda gång?

1.b Påverkas svaret på fråga 1.a. med beaktande av villkoret i artikel 6.1 sista meningen i direktiv 2019/633, enligt vilken sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande med beaktande av överträdelsens art, varaktighet, upprepning och omfattning, av att (endast) en sanktionsavgift på högst 500 000 euro kan åläggas i ett sådant fall enligt den nationella österrikiska sanktionsbestämmelsen (6 § stycke 2 FBWG)?

2. Om fråga 1.a. besvaras jakande:

Ska artikel 6.1 e i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/633 av den 17 april 2019 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan (direktiv 2019/633) tolkas så, att varje betalningsuppsmaning till en leverantör – under förutsättning att den strider mot förbudet i artikel 3.1 d i direktiv 2019/633 – ska betraktas som en handelsmetod som ska sanktioneras separat, för vilken i enlighet med kumulationsprincipen en egen sanktion (sanktionsavgift) ska åläggas, vilket innebär att ett flertal sanktionsavgifter ska åläggas, detta med beaktande av att (endast) en sanktionsavgift på högst 500 000 euro kan åläggas i ett sådant fall enligt den nationella österrikiska sanktionsbestämmelsen (6 § stycke 2 FBWG)?

### **Anförda unionsbestämmelser och folkrättsliga bestämmelser**

Artikel 101 tredje stycket FEUF

Artikel 102 FEUF

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, artikel 25

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/633 av den 17 april 2019 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan (direktiv 2019/633)

**I artikel 6.1 e och 6.1 sista meningen i direktiv 2019/633 föreskrivs följande:**

*”1. Medlemsstaterna ska säkerställa att var och en av deras tillsynsmyndigheter har de resurser och den expertis som krävs för att utföra alla uppgifter och de ska tilldela dem följande befogenheter:*

...

*e) Befogenhet att ålägga, eller inleda förfaranden för att ålägga, sanktionsavgifter och andra lika effektiva sanktioner och interimistiska åtgärder för den som begått överträdelsen, i enlighet med nationella regler och förfaranden.*

...

*De sanktioner som avses i första stycket led e ska vara effektiva, proportionella och avskräckande med beaktande av överträdelsens art, varaktighet, upprepning och omfattning.”*

Artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

### **Rättspraxis från EU-domstolen och internationella domstolar**

Dom av den 8 juli 1999, kommissionen/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356

Dom av den 1 juli 2010, AstraZeneca/kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266

Dom av den 5 juni 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319

Dom av den 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/kommissionen och kommissionen/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P och C-294/13 P, EU:C:2015:416

Dom av den 26 januari 2017, Villeroy & Boch – Belgium/kommissionen, C-642/13 P, EU:C:2017:58

Dom av den 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197

Dom av den 12 september 2019, Maksimovic m.fl., C-64/18, C-140/18, C-146/18 och C-148/18, EU:C:2019:723

Dom av den 22 oktober 2020, Silver Plastics och Johannes Reifenhäuser/kommissionen, C-702/19 P, EU:C:2020:857

Dom av den 22 mars 2022, Nordzucker m.fl., C-151/20, EU:C:2022:203

Dom av den 16 juni 2022, Sony Corporation och Sony Electronics/kommissionen, C-697/19 P, EU:C:2022:478

Dom av den 16 juni 2022, Toshiba Samsung Storage Technology och Toshiba Samsung Storage Technology Korea/kommissionen, C-700/19 P, EU:C:2022:484

Dom av den 9 november 2023, Altice Group Lux/kommissionen, C-746/21 P, EU:C:2023:836

Europadomstolen, 10 februari 2009, Zolotukhin/Ryssland, ansökan nr 14939/03

### **Anförda nationella bestämmelser och nationell praxis**

Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (lagen om rättvisa konkurrensvillkor, nedan kallad FWBG) (BGBl I 2021/239), genom vilken direktiv 2019/633 har införlivats:

Genom 5a § stycke 2 punkterna 1–5 FWBG införlivas artikel 1.2 a–e i direktiv 2019/633 ordagrant. I 5a § stycke 3 FWBG fastställs försäljningens geografiska anknytning till Europeiska unionen i överensstämmelse med artikel 1.2 i direktiv 2019/633.

I 5a § FWBG anges följande:

*”(1) Bestämmelserna i detta avsnitt syftar till att bekämpa otillbörliga handelsmetoder som förekommer vid försäljning av jordbruks- och livsmedelsprodukter. De syftar till att genomföra direktiv (EU) 2019/633 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan, EUT L 111, 25.4.2019, s. 59 (nedan kallat direktiv (EU) 2019/633). Det första avsnittet och Kartellgesetz 2005 (2005 års konkurrenslag, nedan kallad KartG 2005), BGBl. I nr 61/2005, berörs inte.*

*(2) Bestämmelserna i detta avsnitt är tillämpliga på vissa otillbörliga handelsmetoder som förekommer vid försäljning av jordbruks- och livsmedelsprodukter av*

*1. leverantörer som har en årsomsättning på högst två miljoner euro till köpare som har en årsomsättning på mer än två miljoner euro,*

*2. leverantörer som har en årsomsättning på mer än två miljoner euro men högst tio miljoner euro till köpare som har en årsomsättning på mer än tio miljoner euro,*

*3. leverantörer som har en årsomsättning på mer än tio miljoner euro men högst 50 miljoner euro till köpare som har en årsomsättning på mer än 50 miljoner euro,*

*4. leverantörer som har en årsomsättning på mer än 50 miljoner euro men högst 150 miljoner euro till köpare som har en årsomsättning på mer än 150 miljoner euro,*

5. leverantörer som har en årsomsättning på mer än 150 miljoner euro men högst 350 miljoner euro till köpare som har en årsomsättning på mer än 350 miljoner euro,

...

(3) Detta avsnitt är tillämpligt på försäljning där leverantören och/eller köparen är etablerad i Europeiska unionen.

...”

I 5 c § stycke 1 FWBG anges följande: ”De handelsmetoder som anges i bilaga I är förbjudna. ...”

Bilaga I FWBG har följande rubrik: ”Handelsmetoder som under alla omständigheter är förbjudna:”

**Bilaga I punkt 4 FWBG** har följande lydelse: ”Köparen kräver betalningar av leverantören som inte är kopplade till leverantörens försäljning av jordbruks- och livsmedelsprodukter.”

De förbjudna metoder som anges i 5c § jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG motsvarar de som räknas upp i artikel 3.1 d i direktiv 2019/633. Denna förbudsbestämmelse har införlivats ordagrant.

**5 b § punkt 2 FWBG** har följande lydelse:

”köpare: varje fysisk eller juridisk person, som inte är någon konsument, oberoende av den personens etableringsort, och varje offentlig myndighet i Europeiska unionen som köper jordbruks- och livsmedelsprodukter; termen köpare kan även omfatta en grupp av sådana fysiska eller juridiska personer,”

**5 b § punkt 3 FWBG** har följande lydelse:

”leverantör: varje jordbruksproducent eller fysisk eller juridisk person, oberoende av etableringsort, som säljer jordbruks- och livsmedelsprodukter; termen leverantör kan även omfatta en grupp av sådana jordbruksproducenter eller en grupp av sådana fysiska och juridiska personer, såsom producentorganisationer, leverantörsorganisationer och sammanslutningar av sådana organisationer,”

Definitionerna av köpare och leverantör i 5b § punkt 2 och punkt 3 FWBG har samma lydelse som definitionerna i direktiv 2019/633 (artikel 2.2 i direktiv 2019/633).

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (strafflagen, nedan kallad StGB), BGBl. I nr 60/1974, 28 § stycke 1

Verwaltungsstrafgesetz 1991 – (1991 års lag om administrativa sanktioner, nedan kallad VStG), BGBl. I nr 52/1991, 22 § stycke 2

Kartellgesetz 2005 – (2005 år konkurrenslag, nedan kallad KartG 2005), BGBl. I nr 61/2005, 1, 2, 4a, 5, 29 och 33 §§

Rättspraxis från Oberster Gerichtshof (den österrikiska Högsta domstolen, nedan kallad OGH):

OGH, 20 juni 2001, 11 Os 51/11a

OGH, 27 februari 2006, 16 Ok 52/05

OGH, 11 april 2007, 13 Os 1/07g

OGH, 17 september 2013, 11 Os 73/13i

OGH, 8 oktober 2015, 16 Ok 2/15b

OGH, 11 maj 2023, 16 Ok 3/23m

### **Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet**

- 1 Svaranden, M. GmbH (nedan kallad bolaget) drabbades hårt ekonomisk av coronapandemins påverkan på turismen och den brist på kunder i livsmedelsdetaljhandeln som detta medförde och ställdes inför massiva kostnadsökningar framför allt inom energiområdet samt hög inflation och ökade finansieringskostnader genom ränteutvecklingen.
- 2 Bolaget anlidade ett konsultföretag som skulle hjälpa det att genomföra en omvandlingsprocess för att kunna säkerställa bolagets långsiktiga överlevnadsförmåga samt trygga konkurrenskraften.
- 3 Denna strategiska omorganisation omfattade ändringar inom alla bolagets områden, särskilt kategoriförvaltning, logistik, marknadsföring samt en omstrukturering av marknaderna (exempelvis planerades att hyllorna skulle utökas med ny rumshöjd, vilket gjorde att det krävdes nya, lägre golv).
- 4 Efter förslag från konsultföretaget anordnade bolaget den 16 maj 2023 en ”supplier-day”-konferens på nätet, där leverantörerna erhöll en överblick över den aktuella marknadssituationen och de problem den medförde samt även information om bolagets aktuella förluster. Med avseende på den framtida utvecklingen redogjordes för den omvandlingsprocess som bolaget befann sig i.
- 5 Inom ramen för ”supplier-day”-konferensen informerade bolaget sina leverantörer om att det skulle komma att begära finansiellt stöd under omvandlingsprocessen.

- 6 Den 17 maj 2023 skickades uppföljande e-postmeddelanden med bifogade proformafakturer med varierande schablonbelopp. Dessa fakturer hade i syfte att förverkliga målet och den samlade planen att finansiera kostnaderna för denna omvandlingsprocess genom finansiella bidrag från leverantörerna. Skrivelserna var riktade till varsin leverantör och skickades samtidigt.
- 7 Dessa e-postmeddelanden hade samma lydelse för samtliga leverantörer och det enda som skilde sig åt nivån på beloppet i proformafakturan samt huruvida den aktuella leverantören hade deltagit i ”supplier-day”-konferensen eller inte:

”...

*För att kunna genomföra [denna omvandlingsprocess] behöver vi ert stöd. Konkret förväntar sig [bolaget] att ni i egenskap av storkund investerar 15 000 euro [anmärkning: e-postmeddelandena innehöll olika belopp] i vår gemensamma framtid.*

*I detta syfte har vi redan utfärdat en proformafaktura.*

*Vi kommer att följa er beredskap att stödja oss som partner. Observera att er investering fortlöpande kommer att stärka vårt partnerskap och stödja uppbyggnaden av en gemensam, framgångsrik framtid. Det är upp till er att omsätta detta projekt i praktiken.”*

- 8 Den 10 november 2023 ingav sökanden, Bundeswettbewerbsbehörde (nedan kallad konkurrensmyndigheten) ingav 16 separata ansökningar mot bolaget till domstolen i konkurrensmål och yrkade att en rimlig sanktionsavgift skulle åläggas enligt 6 § stycke 2 FWBG med motiveringen att bolaget hade åsidosatt 5c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG, genom att i egenskap av köpare ha krävt betalningar av 16 leverantörer som inte var kopplade till försäljning av jordbruks- och livsmedelsprodukter.
- 9 Oberlandesgericht Wien ska bedöma fyra betalningsuppmaningar på motsvarande 10 000 till 18 000 euro.

### **Parternas huvudargument**

- 10 **Konkurrensmyndigheten** anser att bolaget genom varje betalningsuppmaning har åsidosatt 5 c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG.
- 11 Det förhållande som krävs mellan bolagets omsättning i egenskap av köpare i den mening som avses i 5b § punkt 2 FWBG och leverantörernas omsättning i den mening som avses i 5b § punkt 3 FWBG är uppfyllt för att andra avsnittet FWBG ska bli tillämpligt (vilket fastställs i 5a § stycke 2 FWBG).
- 12 **Bolaget** bestrider att det är frågan om ett åsidosättande av FWBG, eftersom det inte har krävt några betalningar i den bemärkelse som avses 5 c § stycke 1 jämförd

med bilaga I punkt 4 FWBG. Bolaget har endast bett om en investering och uttryckligen hänvisat till betalningens frivilliga karaktär.

***Skäl för ingivandet av separata ansökningar***

- 13 Konkurrensmyndigheten gör gällande att bolaget har åsidosatt 5 c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG i 16 fall genom att av 16 olika leverantörer ha krävt en betalning med olika belopp som är förbjuden enligt nämnda bestämmelser.
- 14 Direktiv 2019/633 har införlivats genom det relevanta avsnittet av FWBG. Genom den valda formuleringen i direktiv 2019/633 och i FWBG framgår entydigt att lagstiftarens har avsett att de överträdelser som begåtts ska bedömas mot bakgrund av den enskilda leverantör och enskilda köpare som är inblandade, respektive att dessa båda parter ska beaktas som centralt bedömningskriterium med identitetsskapande verkan. Detta framgår redan av definitionerna av ”köpare” och ”leverantör”, eftersom båda definitionerna omfattar ”fysisk eller juridisk person, oberoende av etableringsort” eller ”en grupp av sådana fysiska och juridiska personer”. Vid en jämförelse med de bestämmelser enligt vilka den relevanta årsomsättningen ska beräknas (5a § stycke 2 FWBG), kan med ledning av definitionerna av fristående företag, partnerföretag och anknutna företag i bilagan till rekommendation 2003/361/EG utläsas att köpare och leverantör i princip ska betraktas som enskilda och fristående företag, utom om det är frågan om en företagsgrupp.
- 15 Vid fastställandet av sanktionen har den österrikiska lagstiftaren beslutat att föreskriva ett högsta belopp på 500 000 euro i stället för en procentandel av årsomsättningen (6 § stycke 2 FWBG).
- 16 Vid uppräknningen av de enskilda otillbörliga handelsmetoder som är förbjudna används singularformen för leverantör, respektive köpare. Denna användning av singularformen har ett logiskt samband med de årsomsättningar som ska tillämpas enligt 5a § FWBG, vilka i princip endast ska beräknas för fristående företag, partnerföretag och anknutna företag. Det konkreta valet av singularformen för leverantör, respektive köpare framgår särskilt tydligt av fastställandet av den otillbörliga handelsmetoden enligt bilaga I punkt 4 till FWBG. Där föreskrivs särskilt att det utgör en otillbörlig handelsmetod att kräva en eller flera betalningar (användning av plural) av en leverantör.
- 17 Det principiella behovet av att inleda ett separat förfarande för varje leverantör som utsätts för en otillbörlig handelsmetod från en köpare framgår av det skyddssyfte som eftersträvas med direktiv 2019/633 samt andra avsnittet i FWBG.
- 18 Direktiv 2019/633 som införlivats genom andra avsnittet i FWBG utgör inte någon specificerad reglering inom konkurrenslagstiftningen, vilket bolaget påstår. Tvärtom är syftet att inrätta ett regelverk där förhandlingsprocessen mellan aktörerna i livsmedelskedjan leder fram till rättvisa resultat.



- 19 Därvid ska man göras åtskillnad mellan problem som uppkommer genom potentiellt otillbörliga handelsmetoder och problem som hänför sig till konkurrensbegränsande verksamhet. Direktiv 2019/633 har varken i syfte att skydda konkurrensen som institution eller att skydda konsumenter från vilseledande reklam eller andra otillbörliga metoder, utan att upprätthålla en rimlig avvägning mellan leverantörer och deras köpare på området mellan näringsidkare. (se skälen 1 och 6)
- 20 Vidare framgår det klart av skälen 7 och 14 i direktiv 2019/633 att skyddet riktas mot primärproducenterna i jordbruks- och livsmedelskedjan och att det är dessa som ska skyddas mot direkta eller indirekta negativa effekter av otillbörliga handelsmetoder. Härvid är utgångspunkten den relativa förhandlingsstyrkan mellan den individuella leverantören och den individuella köparen, vilken ska bedömas mot bakgrund av den aktuella årsomsättningen.
- 21 Det är först förekomsten av en obalans i förhandlingsstyrkan – mellan den enskilda leverantören och den enskilda köparen – som i sig gör att direktiv 2019/633 blir tillämpligt och att det finns ett behov av att bekämpa otillbörliga handelsmetoder. Obalansen i förhandlingsstyrka utgör således ett utmärkande kännetecken för den individuella överträdelsen. När det gäller frågan huruvida de faktiska omständigheterna är identiska ska man utgå från syftet att skydda det individuella förhållandet mellan köpare och leverantör som framgår av direktiv 2019/633, vilket även ska ligga till grund för bedömningen hur allvarlig den använda otillbörliga handelsmetoden är i det enskilda fallet.
- 22 Även kommissionen påpekar tydligt i sin motivering till utkastet till direktiv 2019/633 (förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i livsmedelskedjan, 12.4.2018, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), (nedan kallat utkastet till direktivet) [eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173), senast hämtat den 3 januari 2024) att konkurrenslagstiftningens tillämpningsområde skiljer sig från reglerna för bekämpning av otillbörliga handelsmetoder och att dessa regelverk är fristående från varandra och kompletterar varandra. Slutligen är även den rättsliga grund på vilken direktiv 2019/633 har antagits relevant. Om avsikten varit att införa konkurrensregler (särskilda kartellrättsliga regler) för jordbruks- och livsmedelskedjan, så skulle artikel 103 FEUF ha utgjort en möjlig rättslig grund. Denna möjlighet har emellertid inte utnyttjats. I stället valde man artikel 43.2 FEUF, vars syfte är att uppnå målen för den gemensamma politiken för jordbruk och fiskeri.
- 23 Detta innebär att det inte finns någon grund för att tillämpa det rättsliga begreppet ”en enda komplex och fortlöpande överträdelse”.
- 24 Den österrikiska lagstiftaren har, till skillnad från inom konkurrensrätten, vid fastställandet av sanktionen beslutat att föreskriva ett fast högsta belopp i stället för en procentsats. Inom detta högsta belopp storleken från köparens omsättning även relevant (5a § stycke 2 FWBG) vid beräkningen av den konkreta

sanktionsavgiften. Medan en sanktionsavgift på upp till 500 000 euro mycket väl kan var avgörande för företagets överlevnad för en köpare som omfattas av punkt 1 i nämnda bestämmelse, förefaller motsvarande sanktionsavgift för en köpare i de högre omsättningsklasserna upp till punkt 6 i nämnda bestämmelse inte vara lämpad att återspegla allvarliga och långtgående överträdelser inom ramen för ett gemensamt högsta belopp. Tvärtom borde man här utgå från att kumulationsprincipen är tillämplig, i likhet med i samband med bestämmelserna för administrativa sanktioner, vilket innebär att en sanktionsavgift ska fastställas för varje enskilt åsidosättande inom ramen för 500 000 euro. Mot bakgrund av vad som framförts ovan och för att möjliggöra en tolkning i överensstämmelse med direktivet innebär detta att utgångspunkten i det andra avsnittet i FWBG i princip utgör en bedömning i det enskilda fallet och följaktligen även att separata förfaranden ska genomföras.

- 25 Genomförandet av 16 enskilda förfaranden utgör således inte någon konstlad uppdelning, utan är nödvändigt på grund av de individuella bedömningskriterierna i FWBG.
- 26 **Bolaget** har ifrågasatt de separata ansökningarna och att förfarandena ska genomföras separat och gör gällande att samtliga 16 ansökningar från konkurrensmyndigheten grundas på samma faktiska omständigheter och att det således är frågan om en enda påstådd överträdelse. Den konstlade uppdelningen på 16 förfaranden strider mot principen ”ne bis in idem”.
- 27 Europadomstolen utgår vid frågan huruvida det är frågan om samma brott på senare tid från de sakförhållanden som ska bedömas (samma faktiska omständigheter) (se Europadomstolens grundläggande dom av den 10 februari 2009, 14939/03, Zolotukhin/RU, punkterna 71 och följande samt 82–83). Således är det frågan om ett åsidosättande av artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen när samma faktiska omständigheter (”*identical facts or facts which are substantially the same*”) leder till en flerfaldig lagföring eller bestraffning. Enligt Europadomstolens praxis ska det alltid anses vara fråga om ett fall där senare rättsliga åtgärder eller avgöranden avser samma gärning ”idem” om båda brotten grundas på identiska eller väsentligen likadana faktiska omständigheter. Europadomstolen anser att man vid bedömningen ska utgå från en rad konkreta faktiska omständigheter som är ouplösligt knutna till varandra i tid och rum. När det föreligger en identisk gärning ”idem”, anser OGH – oberoende av den rättsliga klassificeringen eller det rättsliga intresse som berörs – att utgångspunkten ska vara när förfarandet, respektive avgörandet grundas på samma historiska sakförhållanden. Följaktligen framhöll OGH följande i 11 Os 73/13i: *”De bedömningskriterier som ska beaktas är tidpunkten, platsen, föremålet, händelsen, gärningspersonen, brottsoffret och den eftersträlvade skadliga inverkan. En rad omständigheter som till sin art i geografiskt och tidsmässigt hänseende är nära förbundna med varandra kan inte delas upp i artificiellt åtskilda handlingar.”*

- 28 Denna definition i fråga om ”idem” medför att konkurrensmyndighetens påstående om ett åsidosättande av 5c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 5 FWBG från bolaget i 16 förfaranden rör samma omständigheter.
- 29 I 6 § stycke 2 FWBG fastställs att domstolen i konkurrensmål kan ”[...] ålägga en sanktionsavgift på upp till 500 000 euro”.
- 30 Genom att inleda separata förfarandena kringgår konkurrensmyndigheten lagstiftarens avsikt, nämligen att **en** sanktionsavgift ska åläggas på upp till 500 000 euro. Detta medför inte enbart en stor belastning på bolagets ekonomiska förmåga, utan även att kostnader för förfarandet flerdubblas och en orimlig belastning för rättsväsendet.
- 31 Eftersom samtliga förfrågningar till leverantörerna om investeringar grundas på den samlade planen och syftar till att kostnaderna för omvandlingsprocessen ska kompenseras genom bidrag från bolagets leverantörer av jordbruks- och livsmedelsprodukter och att därigenom kunna säkerställa bolagets långsiktiga överlevnadsförmåga, är det fråga om en enda handling.
- 32 I andra hand gör bolaget gällande att anklagelserna rör en **enda fortlöpande överträdelse**. Enligt fast rättspraxis kan en överträdelse av konkurrensrätten följa inte bara av ett enstaka handlande utan även av en serie handlanden eller av ett fortlöpande beteende. Detta gäller också då ett eller flera led i denna serie handlanden eller i detta fortlöpande beteende även i sig och ensamt betraktat kan utgöra en överträdelse av nämnda bestämmelse (EU-domstolen, C-697/19 P, punkt 62). Det är härvid frågan om ett rättsligt begrepp som har utvecklats i rättspraxis och har sitt ursprung i EU-domstolens vägledande dom i mål C-49/92 P. EU-domstolen har i detta hänseende konstaterat att ”[...] *de olika avtal och samordnade förfaranden som konstaterats, på grund av sitt identiska syfte, ingick i system med regelbundna sammanträden för fastställelse av målpriser och kvoter, och att dessa system, i sin tur, ingick i en serie bemödanden från de ifrågavarande företagens sida varigenom ett enda ekonomiskt mål eftersträvades, nämligen att snedvrیدا den normala prisutvecklingen på polypropenmarknaden. Förstainstansrätten har därför ansett att det vore onaturligt att dela upp detta fortlöpande beteende, som karakteriseras av ett enda syfte, genom att behandla det som ett antal separata överträdelser, trots att det rörde sig om en enda överträdelse, vilken successivt konkretiserade sig genom såväl rättsstridiga avtal som rättsstridiga samordnade förfaranden.*”

Även i Österrike tillämpas det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse i fast rättspraxis vid åsidosättanden av konkurrenslagstiftningen (16 Ok 2/15b).

Begreppet ”en enda, fortlöpande överträdelse” förutsätter att det finns en ”samlad plan” som utgörs av olika handlanden, på grund av deras identiska syfte, och detta oberoende av om en eller flera av dessa handlanden även i sig och helt isolerat kan utgöra en överträdelse av konkurrensreglerna.

- 33 I europeisk rättspraxis tillämpas detta rättsliga begrepp även vid åsidosättanden av artikel 102 FEUF/5 § KartG. Enligt tribunalen (T-321/05, punkterna 892 och 893) ska man vid tillämpningen av det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse undersöka huruvida det föreligger ett komplementärt samband mellan olika handlanden.
- 34 Det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse är även tillämpligt på åsidosättanden av FWBG, respektive av 5a och följande §§ FWBG som antagits för att införliva direktiv 2019/633, om det finns ett komplementärt samband, det vill säga om tillvägagångssättet är likartat, samt ett nära tidsmässigt samband och ett övergripande uppsåt eller en samlad plan. Detta eftersom systematiken i de bestämmelser som har antagits för att införliva direktiv 2019/633 i 5a och följande §§ FWBG och de överträdelser som anges där i hög grad liknar de konkurrensrättsliga förbuden i artikel 102 FEUF/5 § KartG när det gäller skyddssyfte, lagstiftningens syfte och verkan.
- 35 Bolagets agerande gentemot de 16 leverantörerna omfattar en rad omständigheter som till sin art är nära förbundna. Investeringsstrategin har i dess helhet utarbetats av ett konsultföretag som bolaget anlitat och (delvis) godkänts av bolaget. Syftet var att möjliggöra en bättre marknadsnärvaro genom omstruktureringar och ytterligare investeringar. För att uppnå detta skulle särskilt finansiellt starka leverantörer uppmanas att göra en investering och bidra till att rädda deras kund. Mot denna bakgrund kan man utgå från att ovannämnda krav på en ”samlad plan” entydigt är uppfyllt inom ramen för investeringsuppmaningen.
- 36 En analys av syftet med direktiv 2009/633 och FWBG medför att sistnämnda lag ska klassificeras som konkurrens- eller kartellrätt.
- 37 Av skälen till direktiv 2019/633 framgår att syftet har varit ett sektorsspecifikt skydd för dessa leverantörer gentemot kunder som har ett betydande inflytande på marknaden. I detta syfte definieras en rad beteenden i direktiv 2009/633 som förefaller vara förbjudna i absolut eller relativ bemärkelse. Det är iögonfallande att dessa beteenden från företag som har en dominerande ställning på marknaden således redan strider mot missbrukskontrollen inom konkurrensrätten. Nämnda beteenden har ett nära samband med konkurrensrätten. Direktiv 2009/633 och konkurrenslagstiftningen bygger på samma grundläggande föreställning om ”skydd mot obalanser på marknaden”
- 38 Genom ordalydelsen i skäl 9 ”förhandlingspositioner, som motsvarar leverantörens ekonomiska beroende av köparen” upprättas särskilt en direkt koppling till regleringen av kontroll av missbruk i 5 § KartG/artikel 102 FEUF.
- 39 Även huvuddragen i formuleringen ”avtal [...] som är rättvisa och som leder till ökad effektivitet” är jämförbara med undantagsbestämmelserna i artikel 101.3 FEUF och 2 § KartG.
- 40 Slutligen ska även erinras om att den strukturella utformningen från direktiv 2019/633 och även 5a och följande §§ FWBG när det gäller ”förbudskatalogen” i

stora drag liknar bestämmelserna med samma rubrik i de konkurrensrättsliga gruppundantagsförordningarna, den så kallade ”svarta listan” och den så kallade ”grå listan” över metoder som under vissa omständigheter är tillåtna.

- 41 Mot denna bakgrund ska sammanfattningsvis konstateras att det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse har utvecklats för situationer som omfattar samlade faktiska omständigheter som det här aktuella. Systematiken när det gäller rekvisiten i 5a och följande §§ FWBG följer konkurrensrätten, i synnerhet 5 § KartG, vars tillämpningsområde endast skiljer sig från direktiv 2009/633 och FWBG i fråga om de stränga kraven på dominerande ställning. Följaktligen skulle det vara onaturligt att dela upp en sammanhängande överträdelse som grundas på en samlad plan i olika överträdelser enbart för att den beivras enligt 5a och följande §§ FWBG och inte enligt 5 § KartG. Tvärtom ska rättspraxis rörande en enda, fortlöpande överträdelse även tillämpas på en överträdelse mot FWBG.
- 42 En underlåtenhet att tillämpa det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse eller ett fortlöpande brott skulle även strida mot den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen.
- 43 Skyldigheten att säkerställa att unionsrätten ges full verkan grundas på medlemsstaternas lojalitets- och samarbetskyldighet enligt artikel 4.3 FEU och omfattar även tillhandahållandet av ett effektivt skydd för subjektiva rättsliga ställningar som härleds från en objektiv uppföranderegulering vid genomförandet av unionsrätten. I avsaknad av unionsrättsliga krav medför detta konkreta krav på utformningen av den tillämpliga nationella lagstiftningen. Följaktligen måste de materiella och processuella bestämmelserna för att beivra överträdelser av unionsrätten vara likvärdiga med de regler genom vilka överträdelser av nationell lagstiftning sanktioneras (likvärdighetsprincipen).
- 44 Detta gäller även i förhållandet mellan 5a och följande §§ FWBG som bygger på unionsrätten (direktiv 2019/633) och den nationella lagstiftningen i 1 och följande §§ KartG. Självbestämmanderätten i processuella frågor och även gällande delar av den materiella utformningen av lagstiftningen (vid införlivandet av direktivet) upphör när denna likvärdighet rubbas. En sådan störning av likvärdigheten skulle föreligga om andra verkställighetsvillkor är tillämpliga på det nationella genomförandet av 4a och följande §§ FWBG trots stora likheter med KartG. Detta framgår även i sig av direktiv 2019/633, enligt vilket tillsynsmyndigheterna måste värna köparens garanterade rätt till försvar (skäl 35 och artikel 6.2 i direktiv 2019/633). Denna rätt till försvar får inte försvagas genom en överdriven uppdelning av en (fortlöpande) överträdelse, eftersom detta skulle strida mot kravet på likvärdighet.

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

- 45 När det gäller det mål som definieras i direktiv 2019/633, nämligen att åstadkomma en utjämning av de ofta förekommande obalanserna i

förhandlingsstyrkan mellan köpare och leverantörer i jordbruks- och livsmedelskedjan, är det nödvändigt att bedöma det nationella genomförandet av direktivet mot bakgrund av detta mål. I så fall krävs det en rättslig kvalificering av sanktionsavgiften enligt 6 § stycke 2 FWBG och därefter måste man behandla den österrikiska doktrinen beträffande konkurrens vid flera lagöverträdelser och jämföra detta system med direktiv 2009/633.

- 46 Den befintliga obalansen i förhandlingsmakt mellan leverantörens och kundens (köparens) ekonomiska förmåga uttrycks i artikel 1 i direktiv 2019/633 genom tröskelvärden för omsättningen, vilka har införlivats i österrikisk rätt genom 5a § stycke 2 punkterna 1–5 FWBG. I 5a § punkterna 1–5 FWBG fastställs i överensstämmelse med direktiv 2019/633 tröskelvärden för högsta och minsta omsättning som en förutsättning för att 5a och följande §§ FWBG ska vara tillämpliga.
- 47 Skälen i direktiv 2019/633 har inte införlivats i FWBG. I förarbetena, konkret i kommentarerna till regeringens proposition (ErIRV 1167 XXVII. GP, 1) till FWBG, återges dessa emellertid på motsvarande sätt.
- 48 Vid införlivandet av artikel 6 i direktiv 2019/633 i 6 § stycke 2 FWBG fastställs att en sanktionsavgift ska åläggas vid överträdelser av förbudet mot otillbörliga handelsmetoder.
- 49 Oberlandesgericht Wien anser att denna sanktionsbestämmelse har en straffrättslig karaktär.

#### *Sanktionsavgiften enligt den österrikiska konkurrenslagen*

- 50 Sanktionsavgiften enligt den österrikiska konkurrenslagen är enligt dess syfte och verkan en sanktion med brottmålsliknande karaktär (Oberster Gerichtshof i RIS-Justiz RS0120560). Sanktionsavgifter enligt 29 § KartG syftar till att beivra överträdelser (repression) samt förebygga ytterligare överträdelser oberoende av huruvida det förbjudna beteendet fortsätter eller dess effekter kvarstår (prevention). Konkurrensrättsliga sanktionsavgifter utgör statliga tvångsåtgärder och tillhör därmed straffrätten i vid mening (Koprivnikar/Mertel i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 29 KartG 2005).
- 51 Sanktionsavgiften i 29 § KartG uppfyller även de kriterier som EU-domstolen har fastställt i mål C-151/20 för att klassificeras som en påföljd av straffrättslig karaktär.
- 52 I domen i mål C-151/20 uppgav EU-domstolen följande:

”I artikel 50 i stadgan föreskrivs att ”[i]ngen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen”. Principen ne bis in idem förbjuder såväl lagföring som påföljder av straffrättslig karaktär, i den mening som avses i den bestämmelsen, för samma gärning och mot samma

person (dom av den 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punkt 25 och där angiven rättspraxis). (punkt 29)

När det gäller bedömningen av huruvida de aktuella förfarandena och påföljderna är av straffrättslig karaktär, vilken ankommer på den hänskjutande domstolen, ska det erinras om att tre kriterier är relevanta. Det första kriteriet är den rättsliga kvalificeringen av överträdelsen i nationell rätt, det andra kriteriet är överträdelsens art och det tredje kriteriet är arten av och hur sträng den påföljd är som den berörde kan åläggas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, punkt 37, och dom av den 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punkterna 26 och 27). (punkt 30)

Det ska i detta hänseende understrykas att tillämpningen av artikel 50 i stadgan inte är begränsad till sådana förfaranden och påföljder som betraktas som straffrättsliga enligt nationell rätt, utan den omfattar – oavsett kvalificeringen i intern rätt – även förfaranden och påföljder som ska anses ha en straffrättslig karaktär sett till de två andra kriterierna i föregående punkt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 mars 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punkt 30). (punkt 31)''

#### ***Sanktionsavgiften enligt 6 § stycke 2 FWBG***

- 53 De kriterier som fastställts i samband med klassificeringen som sanktion med straffrättslig karaktär enligt KartG uppfylls även genom 6 § stycke 2 FWBG.
- 54 Genom den sanktionsavgift som föreskrivs i 6 § stycke 2 FWBG införlivas det krav på sanktioner som föreskrivs i artikel 6.1 e i direktiv 2009/633. Vid fastställandet av sanktionsavgiften ska man enligt artikel 6.2 FWBG beakta överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet, den vinst som har gjorts under den tid som överträdelsen pågick, graden av ansvar och den ekonomiska förmågan. Denna sanktion ska enligt kraven i artikel 6.1 sista meningen i direktiv 2019/633 vara effektiv, proportionell och avskräckande med beaktande av överträdelsens art, varaktighet, upprepning och omfattning. I artikel 6.1 i direktiv 2019/633 föreskrivs således som måttstock för hur sträng den påföljd är som den berörde kan åläggas (C-151/20 – Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH) att överträdelser ska beivras på ett effektivt sätt (repression) samt att ytterligare överträdelser ska förebyggas genom avskräckning (prevention). Eftersom denna avskräckande och förebyggande effekt utgör de typiska kännetecknen för ett straff (OGH 16 Ok 52/05) som måste uppnås enligt de entydiga villkoren i artikel 6.1 sista meningen i direktiv 2019/633, utgör det österrikiska införlivandet i 6 § stycke 2 FWBG med en straffskala på upp till 500 000 euro en sanktion av straffrättslig karaktär.
- 55 När det gäller den rättsliga kvalificeringen att den österrikiska sanktionsbestämmelsen ålägger sanktioner av straffrättslig karaktär krävs ett besvarande av frågan i vilken form ett beteende ska sanktioneras som medför ett upprepat åsidosättande av 5 c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG

(artikel 3.1 d i direktiv 2019/633), vilket konkurrensmyndigheten hävdar i det aktuella målet.

***Tillvägagångssätt inom österrikisk straffrätt vid upprepade lagöverträdelser – konkurrens***

- 56 Till skillnad från i den österrikiska strafflagen (StGB) och den österrikiska lagen om administrativa påföljder (VStG) saknas det en bestämmelse i FWBG som reglerar i vilken form sanktioner ska åläggas när flera överträdelser har begåtts.
- 57 Någon sådan bestämmelse finns inte heller i den österrikiska konkurrenslagen (se Koprivnikar/Mertel i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, 29 §, punkt 5).
- 58 Vid upprepade fortlöpande åsidosättanden av konkurrenslagstiftningen har det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse utvecklats i fast rättspraxis och förhärskande doktrin på villkor som ska behandlas närmare nedan. I dogmatiskt hänseende behandlas flera överträdelser som en gärning, i likhet med i fråga om brott.
- 59 I det aktuella fallet uppkommer frågan huruvida det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse ska tillämpas i situationer när det föreligger flera överträdelser av FWBG. I detta hänseende krävs det en närmare analys av det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse.

*En enda, fortlöpande överträdelse*

- 60 I förordning (EU) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i [artiklarna 101 och 102 FEUF] används begreppet upprepade överträdelse i artikel 25.2 i nämnda förordning.
- 61 Enligt EU-domstolens fasta praxis ska man utgå från att det är frågan om en enda, fortlöpande överträdelse när det finns en samlad plan som utgörs av olika handlanden, på grund av deras identiska syfte att snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden, och detta oberoende av om en eller flera av dessa handlanden även i sig och helt isolerat kan utgöra en överträdelse av artikel 101 FEUF (EU-domstolen, C-702/19 P och C-642/13).
- 62 När de olika handlandena ingår i en ”samlad plan” på grund av deras identiska syfte som snedvrیدer konkurrensen på den inre marknaden, får kommissionen således tillskriva företag ansvar för dessa handlanden utifrån deltagandet i överträdelsen bedömd i dess helhet (EU-domstolen, C-642/13P, se, för ett liknande resonemang domen i målen C-293/13 P och C-294/13 P, punkt. 156 och där angiven rättspraxis).
- 63 Om dessa villkor är uppfyllda vore det således onaturligt att dela upp detta fortlöpande beteende, som karakteriseras av ett enda syfte, genom att behandla det



som ett antal separata överträdelser (se EU-domstolen C-642/13P, C 702/19 P och C-700/19 P).

- 64 Till skillnad från i artikel 25 i förordning nr 1/2003 görs i den österrikiska KartG inte någon åtskillnad mellan fortlöpande överträdelser och andra former av överträdelser (Schwarz i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 33 KartG 2005).
- 65 Den österrikiska Högsta domstolen (OGH) har även erkänt den rättsliga figuren en enda, fortlöpande överträdelse vid åsidosättanden av artikel 101 FEUF i domen 16 Ok 2/15b.
- 66 OGH slog fast att ett flertal olagliga på varandra följande handlanden utgör en fortlöpande överträdelse och en rättslig enhet när dessa handlanden har ett gemensamt syfte (samtliga delar tjänar samma syfte). Det krävs ett liknande tillvägagångssätt, ett nära tidsmässigt samband och ett övergripande uppsåt för de enskilda delhandlingarna (16 Ok 2/15b).
- 67 En sådan samlad överträdelse kännetecknas allmänt av ett kontinuerligt konkurrensbegränsande agerande från deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan med ett enhetligt ekonomiskt mål (16 Ok 3/23m).
- 68 OGH framhåller att man för att fastställa huruvida olika handlanden utgör en enda, fortlöpande överträdelse således ska undersöka om det föreligger ett komplementärt samband i den meningen att var och en av åtgärderna syftar till att motverka en eller flera konsekvenser av en normalt fungerande konkurrens och bidrar, genom ett samspel, till att åstadkomma samtliga de konkurrensbegränsande verkningar som eftersträvades av upphovsmännen inom ramen för en samlad plan med ett enda syfte. Det krävs inte att någon samlad plan ska ha funnits från början, utan den kan även ha utarbetats med tidens gång (16 Ok 2/15b).
- 69 Detta innebär att det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse enligt samstämmig praxis från EU-domstolen och OGH förutsätter en samlad plan från de parter som snedvrider konkurrensen genom sitt handlande.
- 70 En tillämpning av det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse som utvecklats inom konkurrensrätten förefaller inte vara förenlig med systemet för att beivra upprepade överträdelser av FWBG.
- 71 Med hänsyn till att det främsta syftet med direktiv 2019/633 och följaktligen med FWBG är att utjämna skillnader i förhandlingsstyrka mellan köpare och leverantörer i jordbruks- och livsmedelskedjan och att fokus ligger på den relativa förhandlingsstyrkan (skäl 14 i direktiv 2019/633) står det klart att en klassificering av dessa handlingar som en enda, fortlöpande överträdelse i samband med upprepade överträdelser av förbudet mot otillbörliga handelsmetoder inte är möjlig på grund av att det saknas en samlad plan för att snedvrیدا konkurrensen genom en sådan omfattande strategi. I fokus vid en betraktelse enligt FWBG ligger alltid den enskilda leveransförbindelsen och den där relativa skillnaden i förhandlingsstyrka.

- 72 Inte heller enligt österrikisk doktrin anses det föreligga någon grund för att tillämpa det rättsliga begreppet en enda, fortlöpande överträdelse som utvecklats inom konkurrensrätten i samband med otillbörliga handelsmetoder (Seper i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 6 FWBG, punkt 6).
- 73 Detta innebär att frågan hur man ska beivra upprepade åsidosättanden av de förbud som föreskrivs i direktiv 2019/633 ska lösas enligt den österrikiska lagstiftningen om (administrativa) sanktioner.
- 74 Såsom strax ska visas anser Oberlandesgericht Wien att det är osäkert huruvida synsättet i österrikisk doktrin är förenligt med de villkor som föreskrivs i direktiv 2019/633.

*Förhållandet mellan absorptionsprincipen och kumulationsprincipen*

- 75 Behandlingen av en situation där en person begår flera överträdelser regleras i österrikisk straffrätt enligt 28 § StGB och de österrikiska bestämmelserna om administrativa sanktioner i 22 § VStG.
- 76 I 28 § stycke 1 StGB föreskrivs den så kallade absorptionsprincipen för liknande straff.
- 77 I 28 § stycke 1 StGB föreskrivs följande: ”Den som genom en gärning eller flera självständiga gärningar har begått flera straffbelagda handlingar av samma eller olika slag och om dessa straffbelagda handlingar ska beivras samtidigt, ska ett enda fängelsestraff utdömas eller ett enda bötesbelopp åläggas om det i den aktuella lagstiftningen endast föreskrivs fängelse eller böter. Detta straff ska fastställas enligt den lag som föreskriver det strängaste straffet. Bortsett från extraordinära strafflindringar får dock inte något lägre straff utdömas än det högsta minimistraff som föreskrivs i den sammanfallande lagstiftningen.”
- 78 I de österrikiska bestämmelserna om administrativa sanktioner föreskrivs däremot enligt 22 § stycke 2 VStG som grundläggande regel att kumulationsprincipen ska tillämpas när det frågas om flera straffbara administrativa överträdelser enligt följande: ”Den som genom flera självständiga gärningar har begått flera administrativa överträdelser eller om flera påföljder som inte utesluter varandra är tillämpliga på en gärning, ska påföljderna dömas ut parallellt. Detsamma gäller vid ett sammanträffande av administrativa överträdelser och andra straffbara handlingar som ska beivras av en förvaltningsmyndighet.”
- 79 Kumulationsprincipen är tillämplig i alla situationer som omfattar konkurrens i fråga om samma gärning eller mellan flera gärningar. Om gärningsmannen således har begått flera självständiga gärningar genom upprepade överträdelser och det följaktligen är frågan om ett likartat fall av konkurrens mellan flera gärningar ska ett straff åläggas för varje administrativ överträdelse, vilket i slutändan innebär att flera straff åläggs parallellt (Lewisch i Lewisch/Fister/Weilguni, VStG3, § 22, punkt 9).

- 80 Vid sammanläggningen av straffen ska emellertid de unionsrättsliga begränsningarna beaktas, särskilt proportionalitetsprincipen (EU-domstolen, C-64/18 och C-746/21 P).
- 81 FWBG innehåller inte någon bestämmelse som reglerar vilken princip som ska vara tillämplig när sanktioner åläggs vid konkurrens mellan överträdelser.
- 82 Mot bakgrund av övervägandet att en tillämpning av kumulationsprincipen inte i sig kräver några ytterligare beslut än själva påförandet av sanktionen, medan det för att absorptionsprincipen (avräkningsprincipen) ska bli tillämplig däremot måste finnas avräkningsregler, ska man utgå från att sanktionerna (sanktionsavgifter) vid upprepade överträdelser av FWBG ska åläggas parallellt i överensstämmelse med kumulationsprincipen.
- 83 Enligt österrikisk doktrin är emellertid varken absorptionsprincipen eller kumulationsprincipen tillämplig i samband med lagstiftningen om (administrativa) sanktioner i det aktuella fallet, eftersom det agerande som konkurrensmyndigheten klandrar bolaget för skulle bedömas som ett enhetligt handlande (en fortlöpande överträdelse).

*Enhetligt handlande – flera överträdelser begås genom en gärning*

- 84 Oberster Gerichtshofs avgörande i utökad sammansättning i mål 13 Os 1/07g innebar ett paradigmskifte från rättsfiguren fortlöpande överträdelse till rättsfiguren enhetligt handlande.
- 85 I motiveringen i mål 13 Os 1/07g anges i detta hänseende följande:

”I den utsträckning man i tidigare rättspraxis i samband med begreppet ”fortlöpande överträdelse” (ibland med beaktande av ytterligare icke enhetliga krav) sammanfattat flera handlingar som grundas på samma faktiska omständigheter (oavsett om det är frågan om ett försök eller en fullbordad handling) och som begåtts med ett ”övergripande uppsåt” som inte utgör ett rättsligt enhetligt handlande enligt lag, med konsekvensen att de i sig självständiga, likartade brotten endast ansågs utgöra en enda brottslig handling, har Oberster Gerichtshof redan i sak övergett detta rättsliga begrepp genom att bekräfta att en uppdelning i flera förfaranden är möjlig genom det grundläggande beslutet SSt 56/88 = EvBl 1986/123. [...]. Erkännandet av ett fortlöpande samband enbart mot bakgrund av rekvisitet ett enhetligt handlande innebär att den absoluta synen på fortlöpande överträdelser uttryckligen överges och ett erkännande av den brottsspecifika metoden. Skillnaden mellan det rättsliga begreppet fortlöpande överträdelse och rekvisitet ett enhetligt handlande är att förstnämnda begrepp härleds från den materiella straffrättens allmänna del, medan sistnämnda begrepp emellertid sammanfattar likartade handlingar med beaktande av enskilda rekvisit. Kriterierna för en sammanläggning kan således mycket väl skilja sig åt när det gäller den specifika överträdelsen, utan att det uppkommer motsättningar som påverkar hela det straffrättsliga systemet. Enligt

Jescheck/Weigend<sup>5</sup> (711ff) är det enbart frågan om ett enhetligt handlande när brottsrekvisiten förverkligas, det vill säga när minimivillkoren för det lagstadgade rekvisitet är uppfyllda, i synnerhet när det är frågan om överträdelser som består av flera delar och fortlöpande överträdelser (ett enhetligt handlande i snäv bemärkelse) och när det enbart är frågan om omfattningen från det enhetliga genomförandet (SSt 56/88), följaktligen vid ett upprepat genomförande av samma överträdelse inom en kort tidsperiod, det vill säga även om det enbart är frågan om en ökning i kvantitativt hänseende (enhetlig överträdelse) och en enhetlig motivering (enhetligt uppsåt), även om personliga rättsliga intressen från olika personer kränkts, samt vid fortlöpande förverkligande av rekvisit, det vill säga att överträdelserna fullgörs genom flera olika enskilda handlingar inom ramen för en enhetlig brottsituation och enhetligt uppsåt, exempelvis vid övergången från försök till fullbordande eller vid ett inbrott i två steg (ett enhetligt handlande i vid bemärkelse).”

- 86 Ett enhetligt handlande i vid bemärkelse utgör sedan dess det rättsliga begrepp som tillämpas i fast praxis (RIS-Justiz RS0122006) när följande villkor är tillämpliga:
- Upprepat genomförande av samma överträdelse, det vill säga en kvantitativ ökning (enhetlig överträdelse),
  - inom en kort tidsperiod,
  - med enhetlig motivering (enhetligt uppsåt).
- 87 Om dessa villkor är uppfyllda ska det rättsliga begreppet enhetligt handlande även tillämpas vid ett intrång i rättsliga intressen från olika personer (Ratz i Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar<sup>2</sup> StGB, inledande anmärkningar till 28–31 §§, punkt 89).
- 88 Sammanföringen av handlingar till ett enhetligt handlande medför att överträdelserna endast anses fullbordas en gång (RIS-Justiz RS0120233; RS0122006). Ett enhetligt handlande utgör nämligen en överträdelse, såväl i materiellt som processuellt hänseende (11 Os 51/11a).
- 89 Inom ramen för bestämmelserna om administrativa sanktioner tillämpas fortfarande det rättsliga begreppet fortlöpande överträdelse. Den österrikiska Verwaltungsgerichtshof (VwGH) definierar en fortlöpande överträdelse som ”en rad lagstridiga enskilda handlingar som har begåtts på ett liknande sätt när det gäller form samt yttre omständigheter inom ett fortfarande identifierbart tidsmässigt samband” förenade genom ”ett enhetligt beslut som fattats i förväg” (”övergripande uppsåt”) ”som sammanförs till en enhet”, varvid den enhetliga viljeyttringen ska omfatta ett gradvist förverkligande av ett i grova drag fastställt övergripande mål. Senast har VwGH betecknat det enhetliga beslutet som ”motiv för ett upprepat, likartigt brottsligt handlande” (Lewisch i Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>3</sup>, § 22 punkt 20). Syftet med den fortlöpande överträdelserna är att sammanföra det upprepade förverkligandet av brottsrekvisiten

(”fortlöpande överträdelser”) till en enda ”fortlöpande överträdelse”. Om det är frågan om en fortlöpande överträdelse är det i rättsligt hänseende således frågan om en enda gärning för vilken även ett enda straff ska åläggas. Det föreligger inte något utrymme för en kumulering av straff för de enskilda gärningar som begåtts i samband med de fortsatta överträdelserna (ibid, punkt 24).

### *Slutsatser*

- 90 För de situationer som ska bedömas här innebär detta att de anmärkningar som konkurrensmyndigheten har framfört, nämligen att bolaget genom att vid samma tidpunkt skicka 16 e-postmeddelanden till lika många olika leverantörer med ovannämnda innehåll, har åsidosatt 5c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG ska klassificeras som ett enhetligt handlande enligt österrikisk straffrättslig doktrin.
- 91 Konkurrensmyndighetens anmärkningar rör det upprepade likartiga fullbordandet av samma överträdelse, nämligen 5c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG (enhetlig överträdelse) i omedelbar anslutning, till och med samtidigt, med en enhetlig motivering i bemärkelsen övergripande uppsåt vid genomförandet av omvandlingsprocessen och samma yttre omständigheter, nämligen särskilt genomförandet av de råd som lämnats av ett anlitat konsultföretag (enhetligt uppsåt). Således ska handlingarna i överensstämmelse med fast nationell rättspraxis sammanfattas som ett rättsligt enhetligt handlande (RIS-Justiz RS0122006), varigenom konkurrensmyndigheten klandrar bolaget för att ha begått flera överträdelser av FWBG som ska anses utgöra en enda överträdelse av nämnda lag.
- 92 Om de anmärkningar som konkurrensmyndighetens gjort gällande skulle visa sig vara riktiga efter bevisupptagningen ska endast en sanktionsavgift med en straffskala på upp till 500 000 euro åläggas, eftersom det är frågan om en enda överträdelse, även om 16 leverantörsförbindelser påverkades.
- 93 Detta resultat står enligt Oberlandesgericht Wien emellertid i strid med det syfte som eftersträvas genom direktiv 2019/633, nämligen att utjämna befintliga obalanser i förhandlingsstyrka mellan köpare och leverantörer i jordbruks- och livsmedelskedjan, eftersom en sådan utjämning alltid enbart kan åstadkommas mot bakgrund av de enskilda leverantörsförbindelserna. Det centrala momentet vid betraktelsen ska alltid utgöra den enskilda leverantörsförbindelsen och de aktuella skillnaderna i förhandlingsstyrka, vilket även framgår av artikel 1 i direktiv 2019/633. I nämnda bestämmelse fastställs ett förhållande mellan leverantörens och köparens årsomsättning och om detta förhållande mellan årsomsättningen föreligger är utgångspunkten att köparens förhandlingsposition är hotad (se även skäl 7 i direktiv 2019/633). Genom denna målsättning ligger det nära till hands att företa en separat bedömning av köparens och säljarens årliga omsättning vid varje åsidosättande av FWBG. På detta sätt hamnar de enskilda leverantörsförbindelserna i fokus.

- 94 Genom att köparens överträdelse av FWBG gentemot ett flertal leverantörer sammanfattas som ett enhetligt handlande försvinner fokus från den relativa förhandlingsstyrkan, vilken på grund av den ojämlikhet som ofta föreligger utgjort anledningen till att direktiv 2019/633 antagits. Bedömningen av en köparens agerande gentemot ett flertal leverantörer som ett enhetligt handlande medför dessutom att kraven på att sanktionsavgiften ska vara effektiv, proportionell och avskräckande inte heller uppfylls och således att direktiv 2019/633 eventuellt blir mindre effektivt. Däremot anser Oberlandesgericht Wien att ett kumulativt påförande av sanktionsavgifter på grundval av antalet leverantörsförbindelser som påverkas av överträdelsen eller överträdelserna på ett effektivt sätt beaktar den relativa förhandlingsstyrkan.
- 95 Eftersom någon kumulering av sanktionsavgifter inte ska företas enligt nationell straffrättslig doktrin och följaktligen enligt den rättsliga situationen i Österrike, krävs det att EU-domstolen besvarar de hänskjutna frågorna avseende tolkningen av direktiv 2019/633 och frågan huruvida österrikisk lagstiftning överensstämmer med nämnda direktiv.

### *Sammanfattning av grunderna för begäran om förhandsavgörande*

#### Fråga 1:

- 96 Enligt österrikisk straffrättslig doktrin skulle det tillvägagångssätt som konkurrensmyndigheten lägger bolaget till last genom dess avsändande av flera betalningsuppsättningar (proformafakturor) till 16 leverantörer som inte är kopplade till försäljning av jordbruks- och livsmedelsprodukter, vid samma tidpunkt med samma motivering (genomförandet av en omvandlingsprocess) inom ramen för samma brottsituation som ett enhetligt handlande i bemärkelsen en enda överträdelse, klassificeras enligt 5c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG.
- 97 Det förefaller osäkert huruvida klassificeringen av detta handlande som konkurrensmyndigheten lägger bolaget till last som ett enhetligt handlande, vilket medför att en (enda) sanktionsavgift ska åläggas, gör att det mål som fastställs i direktiv 2019/633, att utjämna befintliga obalanser i fråga om förhandlingsstyrka mellan köpare och leverantörer i jordbruks- och livsmedelskedjan, uppnås på ett likvärdigt och effektivt sätt. Genom tolkningsfråga 1 och underfrågorna 1a och 1b ska klargöras huruvida den klassificering som en enda överträdelse som ska företas enligt nationell doktrin är förenlig med direktiv 2019/633.

#### Fråga 2:

- 98 I avsaknad av en bestämmelse för åläggande av sanktioner i situationer när det föreligger flera straffbara handlingar enligt FWBG skulle, för det fallet att konkurrensmyndigheten påstånde att bolaget begått flera överträdelse av 5c § stycke 1 jämförd med bilaga I punkt 4 FWBG som klassificeras som flera överträdelse och inte som en enhetlig överträdelse, en sanktionsavgift kumulativt

påföras för varje överträdelse. Huruvida tillämpningen av kumulationsprincipen i förevarande mål är förenlig med direktiv 2019/633 utgör föremål för den andra tolkningsfrågan.

- 99 Om klassificeringen av det handlande som konkurrensmyndigheten kritiserar bolaget för gentemot 16 leverantörer som ett enhetligt handlande enligt österrikisk doktrin skulle anses strida mot direktivet och den första tolkningsfrågan således ska besvaras jakande, krävs det för att Oberlandesgericht Wien ska kunna avgöra målet ett klagörande huruvida en tillämpning av kumulationsprincipen, det vill säga åläggandet av flera sanktionsavgifter parallellt enligt 6 § stycke 2 FWBG, är förenlig med direktiv 2019/633.

ARBETSDOKUMENT