

**Zaak C-311/24**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

29 april 2024

**Verwijzende rechter:**

Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

26 april 2024

**Verzoekende partij:**

Bundeswettbewerbsbehörde

**Verwerende partij:**

M. GmbH

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Oplegging van een passende geldboete krachtens § 6, lid 2, van het Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (wet inzake eerlijke concurrentievoorwaarden; hierna: „FWBG”) wegens betalingsverzoeken aan leveranciers

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Uitlegging van artikel 6, lid 1, onder e), van richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (hierna: „richtlijn 2019/633”); verenigbaarheid van het Oostenrijkse recht met deze richtlijn; artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

1.a. Moet artikel 6, lid 1, onder e), van richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen aldus worden uitgelegd dat deze bepaling, in een geval waarin een afnemer op grond van een uniform gemotiveerd wilsbesluit op dezelfde dag meerdere leveranciers die krachtens artikel 1 van die richtlijn worden beschermd, in strijd met artikel 3, lid 1, onder d), van die richtlijn, elk afzonderlijk om een betaling verzoekt, in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan die betalingsverzoeken in hun geheel als één enkele inbreuk (eenheid van feit) worden beschouwd waarvoor slechts één keer een sanctie mag worden opgelegd?

1.b. Is het voor het antwoord op vraag 1.a. van belang, gelet op het vereiste van artikel 6, lid 1, laatste volzin, van richtlijn 2019/633, dat bepaalt dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en rekening houden met de aard, de duur, de herhaling en de ernst van de inbreuk, dat daarvoor volgens de nationale Oostenrijkse sanctiebepaling (§ 6, lid 2, FBWG) een geldboete van maximaal (slechts) 500 000 EUR kan worden opgelegd?

2. Indien vraag 1.a. bevestigend wordt beantwoord:

Moet artikel 6, lid 1, onder e), van richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen aldus worden uitgelegd dat elk betalingsverzoek aan een leverancier – voor zover dat in strijd is met het verbod van artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2019/633 – moet worden beschouwd als een zelfstandig te bestraffen handelspraktijk waarvoor volgens het cumulatiebeginsel telkens een afzonderlijke sanctie (geldboete), dus meer dan één geldboete, moet worden opgelegd, waarbij er rekening mee moet worden gehouden dat de nationale Oostenrijkse sanctiebepaling (§ 6, lid 2, FBWG) voorziet in het opleggen van een geldboete van maximaal 500 000 EUR?

## Aangevoerde Unierechtelijke en internationaalrechtelijke bepalingen

Artikel 101, lid 3, VWEU

Artikel 102 VWEU

Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, artikel 25

Richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (hierna: „richtlijn 2019/633”)

**Artikel 6, lid 1, onder e), en lid 1, laatste volzin, van richtlijn 2019/633** bepaalt:

*„1. De lidstaten zorgen ervoor dat al hun handhavingsautoriteiten beschikken over de middelen en expertise die voor de uitoefening van hun taken noodzakelijk zijn en verlenen hen de bevoegdheid om:*

[...]

*e) geldboeten, andere even doeltreffende sancties en voorlopige maatregelen ten aanzien van de pleger van de inbreuk op te leggen, of procedures tot oplegging daarvan in te leiden, zulks overeenkomstig de nationale voorschriften en procedures;*

[...]

*De in punt e) van de eerste alinea bedoelde sancties zijn doeltreffend, evenredig en afschrikkend en houden rekening met de aard, de duur, de herhaling en de ernst van de inbreuk”.*

Artikel 4 van Zevende Aanvullend protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”)

### **Rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie en internationale rechterlijke instanties**

Arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356

Arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266

Arrest van 5 juni 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319

Arrest van 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/Commissie en Commissie/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P en C-294/13 P, EU:C:2015:416

Arrest van 26 januari 2017, Villeroy & Boch – Belgium/Commissie, C-642/13 P, EU:C:2017:58

Arrest van 20 maart 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197

Arrest van 12 september 2019, Maksimovic e.a., C-64/18, C-140/18, C-146/18 en C-148/18, EU:C:2019:723

Arrest van 22 oktober 2020, Silver Plastics en Johannes Reifenhäuser/Commissie, C-702/19 P, EU:C:2020:857

Arrest van 22 maart 2022, Nordzucker e.a., C-151/20, EU:C:2022:203

Arrest van 16 juni 2022, Sony Corporation en Sony Electronics/Commissie, C-697/19 P, EU:C:2022:478

Arrest van 16 juni 2022, Toshiba Samsung Storage Technology en Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Commissie, C-700/19 P, EU:C:2022:484

Arrest van 9 november 2023, Altice Group Lux/Commissie, C-746/21 P, EU:C:2023:836

Arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) van 10 februari 2009, Zolotukhin tegen Rusland, klacht nr. 14939/03

### **Aangevoerde nationale bepalingen en rechtspraak**

Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (wet inzake eerlijke concurrentievoorwaarden, BGBl I nr. 2021/239; hierna: „FWBG”), waarbij richtlijn 2019/633 is omgezet:

Bij § 5a, lid 2, punten 1 tot en met 5, FWBG wordt artikel 1, lid 2, onder a) tot en met e), van richtlijn 2019/633 in gelijke bewoordingen omgezet; § 5a, lid 3, FWBG bepaalt overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 2019/633 het ruimtelijke kader van de verkoop voor de Europese Unie.

**§ 5a FWBG** bepaalt:

*„(1) De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken die zich voordoen in het kader van de verkoop van landbouw- en voedingsproducten. Zij dienen ter uitvoering van richtlijn (EU) 2019/633 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (PB 2019, L 111, blz. 59) (hierna: „richtlijn 2019/633”). De eerste afdeling en het Kartellgesetz 2005 (wet van 2005 inzake mededingingsregelingen en andere mededingingsbeperkingen; hierna: „KartG”) (BGBl. I nr. 61/2005) blijven onverlet.*

*(2) De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op handelspraktijken die zich voordoen in het kader van de verkoop van landbouw- en voedingsproducten door*

*1. leveranciers met een jaarlijkse omzet die twee miljoen euro niet overschrijdt, aan afnemers met een jaarlijkse omzet die twee miljoen euro overschrijdt;*

*2. leveranciers met een jaarlijkse omzet tussen twee miljoen euro en tien miljoen euro, aan afnemers met een jaarlijkse omzet die tien miljoen euro overschrijdt;*

3. leveranciers met een jaarlijkse omzet tussen tien miljoen euro en vijftig miljoen euro, aan afnemers met een jaarlijkse omzet die vijftig miljoen euro overschrijdt;

4. leveranciers met een jaarlijkse omzet tussen vijftig miljoen euro en honderdvijftig miljoen euro, aan afnemers met een jaarlijkse omzet die honderdvijftig miljoen euro overschrijdt;

5. leveranciers met een jaarlijkse omzet tussen honderdvijftig miljoen euro en driehonderdvijftig miljoen euro, aan afnemers met een jaarlijkse omzet die driehonderdvijftig miljoen euro overschrijdt;

[...]

(3) Deze afdeling is van toepassing op verkopen waarbij de leverancier of de afnemer, of beiden, in de Unie zijn gevestigd.

[...]”

**§ 5c, lid 1, FWBG:** „De in bijlage I vermelde handelspraktijken zijn verboden. [...]”

Het opschrift van bijlage I bij het FWBG luidt als volgt: „Handelspraktijken die onder alle omstandigheden verboden zijn: [...]”.

**Bijlage I, punt 4, FWBG** bepaalt: „De afnemer verlangt van de leverancier dat hij betalingen doet die geen verband houden met de verkoop van de landbouw- en voedingsproducten van de leverancier”.

De in § 5c juncto bijlage I, punt 4, FWBG genoemde verboden praktijk komt overeen met de praktijk in artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2019/633. Deze verbodsbepaling is letterlijk omgezet.

**§ 5b, punt 2, FWBG** luidt als volgt:

„afnemer’: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die geen consument is, ongeacht de plaats van vestiging van die persoon, of een overheidsinstantie in de Europese Unie, die landbouw- en voedingsproducten koopt; de term ‚afnemer’ kan een groepering van die natuurlijke of rechtspersonen omvatten”.

**§ 5b, punt 3, FWBG** luidt als volgt:

„leverancier’: een landbouwproducent of een natuurlijke of rechtspersoon, ongeacht hun plaats van vestiging, die landbouw- en voedingsproducten verkoopt; de term ‚leverancier’ kan een groepering van dergelijke landbouwproducenten of een groepering van dergelijke natuurlijke personen en rechtspersonen omvatten, zoals producentenorganisaties, leveranciersorganisaties en verenigingen van dergelijke organisaties”.

De definities van „afnemer” en „leverancier” in § 5b, punten 2 en 3, FWBG zijn identiek aan die van richtlijn 2019/633 (artikel 2, punten 2 en 4, van richtlijn 2019/633).

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch) (federale wet van 23 januari 1974 inzake strafbare feiten, wetboek van strafrecht; hierna: „StGB”), BGBl. I nr. 60/1974, § 28, lid 1

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (wet bestuursstrafrecht van 1991; hierna: „VStG”), BGBl. I nr. 52/1991, § 22, lid 2

Kartellgesetz 2005 (wet van 2005 inzake mededingingsregelingen en andere mededingingsbeperkingen; hierna: „KartG”), BGBl. I nr. 61/2005; § 1, § 2, § 4a, § 5, § 29, § 33

Beslissing van het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Oostenrijk; hierna: „OGH”) van 20 juni 2001, 11 Os 51/11a

Beslissing van het OGH van 27 februari 2006, 16 Ok 52/05

Beslissing van het OGH van 11 april 2007, 13 Os 1/07g

Beslissing van het OGH van 17 september 2013, 11 Os 73/13i

Beslissing van het OGH van 8 oktober 2015, 16 Ok 2/15b

Beslissing van het OGH van 11 mei 2023, 16 Ok 3/23m

### **Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure**

- 1 Verweerster werd economisch zwaar getroffen door de gevolgen van de coronapandemie voor het toerisme en het daaruit voortvloeiende gebrek aan klanten in de detailhandel in levensmiddelen. Daarnaast werd zij geconfronteerd met enorme kostenstijgingen, met name op het gebied van de energie, alsook met een hoge inflatie en gestegen financieringskosten als gevolg van de renteontwikkeling.
- 2 Verweerster heeft een adviesbureau in de arm genomen om haar te ondersteunen bij de uitvoering van een „transformatieproces”, teneinde het voortbestaan van de onderneming op lange termijn en haar concurrentievermogen te waarborgen.
- 3 De strategische heroriëntering voorzag in een transformatie op alle gebieden van de onderneming, maar in het bijzonder op de gebieden *Category Management*, logistiek en marketing alsook een herinrichting van de winkels (zoals de uitbreiding van de rekken door hogere ruimtes, waarvoor nieuwe lagere vloeren nodig waren).

- 4 Op advies van het adviesbureau heeft verweerster op 16 mei 2023 online een *Supplier Day Conference* georganiseerd, waarbij zij haar leveranciers een overzicht gaf van de huidige marktsituatie en de daarmee samenhangende problemen, alsook van haar huidige verliezen. Als vooruitblik op de toekomst werd het transformatieproces toegelicht dat verweerster onderging.
- 5 Tijdens de *Supplier Day Conference* heeft verweerster haar leveranciers meegedeeld dat er een verzoek om financiële steun voor het transformatieproces zal volgen.
- 6 Op 17 mei 2023 zijn follow-up e-mails met bijgevoegde pro forma-facturen met verschillende forfaitaire bedragen verzonden. Het doel van en het totaalplan achter deze facturen was om de kosten van dit transformatieproces te financieren door middel van een financiële bijdrage van de leveranciers. De brieven waren elk aan één leverancier als geadresseerde gericht en zijn gelijktijdig verzonden.
- 7 Met uitzondering van het bedrag van de pro forma-factuur en het onderscheid naargelang de betrokken leverancier al dan niet had deelgenomen aan de *Supplier Day Conference*, waren de e-mails aan alle leveranciers hetzelfde geformuleerd:  
  
„[...]  
  
*Om [dit transformatieproces] te kunnen realiseren, hebben wij uw steun nodig. Concreet verwacht [verweerster] dat u als key account een bedrag van 15 000 EUR [opmerking: in de e-mails worden verschillende bedragen vermeld] in onze gemeenschappelijke toekomst investeert.*  
  
*Hiervoor hebben wij reeds een pro forma-factuur laten opstellen.*  
  
*Wij zullen nagaan of u bereid bent om ons als partner te ondersteunen. Wij willen u erop attenderen dat uw investering ons partnerschap duurzaam zal verstevigen en ons helpt om aan een gezamenlijke, succesvolle toekomst te bouwen. Het is aan u om dit project te realiseren.”*
- 8 Op 10 november 2023 heeft verzoekster bij het kartelgerecht 16 afzonderlijke vorderingen ingediend tegen verweerster voor het opleggen van een passende geldboete overeenkomstig § 6, lid 2, FWBG, op grond dat verweerster volgens haar inbreuk heeft gemaakt op § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG door 16 leveranciers als afnemer om een betaling te verzoeken die geen verband houdt met de verkoop van landbouw- en voedingsproducten.
- 9 Het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Wenen, Oostenrijk), dat het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend, dient zich uit te spreken over vier betalingsverzoeken tussen 10 000 en 18 000 EUR.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 10 Volgens **verzoekster** heeft verweerster met elk betalingsverzoek inbreuk gemaakt op § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG.
- 11 Aan de voor de toepassing van de tweede afdeling van het FWBG vereiste verhouding (zoals bepaald in § 5a, lid 2, FWBG) tussen de omzet van verweerster als afnemer in de zin van § 5b, lid 2, FWBG en de omzet van de leverancier in de zin van § 5b, lid 3, FWBG is voldaan.
- 12 **Verweerster** betwist dat er sprake is van een schending van het FWBG, omdat zij niet om betalingen in de zin van § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG heeft verzocht. Verweerster heeft slechts om een investering verzocht en uitdrukkelijk vermeld dat het om een vrijwillige betaling gaat.

### ***Argumenten met betrekking tot de afzonderlijke indiening van de vorderingen***

- 13 **Verzoekster** stelt dat verweerster 16 keer inbreuk heeft gemaakt op § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG door een krachtens § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG verboden betaling van verschillende bedragen van 16 verschillende leveranciers te verlangen.
- 14 Richtlijn 2019/633 is bij het relevante deel van het FWBG omgezet. Uit de woordkeuze in richtlijn 2019/633 en het FWBG blijkt duidelijk dat het de wil van de wetgever is om de gepleegde inbreuken op basis van de individueel betrokken leverancier en de individueel betrokken afnemer te beoordelen dan wel om deze twee individuen te gebruiken als het centrale beoordelingscriterium met een identiteitsvormend effect. Dit vloeit reeds voort uit de definities van „afnemer” en „leverancier”, aangezien onder deze twee begrippen wordt verstaan: „een natuurlijke of rechtspersoon, ongeacht de plaats van vestiging” of „een groepering van die natuurlijke of rechtspersonen”. In samenhang met de bepalingen voor de berekening van de relevante jaarlijkse omzet (§ 5a, lid 2, FWBG) blijkt dat als „afnemer” en „leverancier” – volgens de definities van „zelfstandige onderneming”, „partneronderneming” en „verbonden onderneming” in de bijlage bij aanbeveling 2003/361/EG – in beginsel individuele en onafhankelijke ondernemingen moeten worden beschouwd, behalve in het geval van een groep ondernemingen.
- 15 Bij de vaststelling van de sanctie heeft de Oostenrijkse wetgever ervoor gekozen om in plaats van een percentage van de jaarlijkse omzet een maximumbedrag van 500 000 EUR vast te stellen (§ 6, lid 2, FWBG).
- 16 In de opsomming van de diverse verboden oneerlijke handelspraktijken in de wet wordt het enkelvoud voor „afnemer” respectievelijk „leverancier” gebruikt. Het bewuste gebruik van de enkelvoudsvorm houdt logischerwijs verband met de in aanmerking te nemen jaarlijkse omzet overeenkomstig § 5a FWBG, die in beginsel alleen voor „zelfstandige ondernemingen”, „partnerondernemingen” en



„verbonden ondernemingen” dient te worden berekend. De specifieke keuze voor het enkelvoud voor „afnemer” respectievelijk „leverancier” vloeit met name voort uit de formulering van de oneerlijke handelspraktijken in bijlage I, punt 4, FWBG. Hierin staat dat het verzoek van een leverancier om een of meer betalingen (meervoud) een oneerlijke handelspraktijk is.

- 17 Het beschermingsdoel van richtlijn 2019/633 en de tweede afdeling van het FWBG vereist dat in beginsel een afzonderlijke procedure moet worden gevoerd voor elke leverancier die wordt geconfronteerd met een oneerlijke handelspraktijk van een afnemer.
- 18 Richtlijn 2019/633 die bij de tweede afdeling van het FWBG is omgezet, is geen „speciale antitrustwet”, zoals verweerster beweert. Er moet veeleer een regelgevingsklimaat worden gecreëerd waarin het onderhandelingsproces tussen de deelnemers die in de voedselvoorzieningsketen actief zijn, tot een eerlijk resultaat leidt.
- 19 Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen problemen die voortvloeien uit potentieel oneerlijke handelspraktijken en problemen op grond van mededingingsbeperkende gedragingen. Richtlijn 2019/633 beoogt niet de bescherming van de mededinging als instituut of van de consument tegen misleidende reclame en andere oneerlijke praktijken, maar een rechtvaardig evenwicht te waarborgen tussen de belangen van de leveranciers en hun afnemers in de B2B-sector (zie overwegingen 1 en 6).
- 20 Bovendien blijkt uit overwegingen 7 en 14 van richtlijn 2019/633 duidelijk dat de primaire producenten in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen diegene zijn die beschermd moeten worden tegen de directe of indirecte negatieve invloed van oneerlijke handelspraktijken. Hierbij wordt altijd uitgegaan van de relatieve onderhandelingspositie tussen de individuele leverancier en de individuele afnemer, die op basis van de respectieve jaarlijkse omzet dient te worden beoordeeld.
- 21 Juist wanneer er sprake is van onevenwichtigheden in deze onderhandelingspositie – tussen de individuele leverancier en de individuele afnemer –, is richtlijn 2019/633 van toepassing en bestaat er dus de noodzaak om oneerlijke handelspraktijken te bestrijden. De onevenwichtigheden in de onderhandelingspositie vormen bijgevolg een essentieel kenmerk van de individuele inbreuk. Met betrekking tot de identiteit van het feit op grond van het – uit richtlijn 2019/633 voortvloeiende – beschermingsdoel moet worden uitgegaan van de individuele relatie tussen de afnemer en leverancier, op basis waarvan ook de onrechtmatigheid van de betreffende oneerlijke handelspraktijk in het individuele geval dient te worden beoordeeld.
- 22 Ook de Europese Commissie wijst er in de motivering van het voorstel voor richtlijn 2019/633 [voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in

de voedselvoorzieningsketen van 12 april 2018, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), („voorstel voor richtlijn 2019/633”) eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173, geraadpleegd op 3 januari 2024] uitdrukkelijk op dat het toepassingsgebied van de antitrustwetgeving verschilt van dat van de regels voor oneerlijke handelspraktijken en deze regelingen onafhankelijk van elkaar en complementair naast elkaar bestaan. Tot slot is ook nog de rechtsgrondslag waarop de vaststelling van richtlijn 2019/633 is gebaseerd, van belang. Indien het de bedoeling was geweest om mededingingsregels (speciale antitrustwet) voor de landbouw- en voedselvoorzieningsketen te formuleren, had artikel 103 VWEU als rechtsgrondslag kunnen dienen. Van deze mogelijkheid werd echter geen gebruik gemaakt. In plaats daarvan werd gekozen voor artikel 43, lid 2, VWEU, dat nodig is om de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid na te streven.

- 23 Dit betekent dat er geen grondslag bestaat voor de toepassing van de in het Europese mededingingsrecht ontwikkelde rechtsfiguur „één enkele, complexe en voortdurende inbreuk”.
- 24 Bij de vaststelling van de sanctie heeft de Oostenrijkse wetgever, in tegenstelling tot de antitrustwetgeving, besloten om in plaats van een percentage een vast maximumbedrag vast te stellen. Binnen dat maximumbedrag is het bij de berekening van een concrete geldboete ook van belang tot welke omzetcategorie (§ 5a, lid 2, FWBG) een afnemer behoort. Terwijl een boete van maximaal 500 000 EUR zeker existentieel is voor een afnemer die onder punt 1 van dat artikel valt, lijkt een dergelijke boete bij een afnemer van de hogere omzetcategorieën tot en met punt 6 van dat artikel niet geschikt om ernstige en verstrekkende inbreuken binnen een gezamenlijk maximumbedrag adequaat weer te geven. Veeleer moet hier, vergelijkbaar met het administratieve strafrecht, worden uitgegaan van de toepassing van het cumulatiebeginsel, zodat voor elk afzonderlijke inbreuk een geldboete binnen het kader van telkens 500 000 EUR moet worden opgelegd. Gelet op het voorgaande en met het oog op een richtlijnconforme uitlegging, betekent dit dat de tweede afdeling van het FWBG in beginsel uitgaat van een beoordeling van de individuele handeling en dienovereenkomstig ook van het voeren van afzonderlijke procedures.
- 25 Het voeren van 16 afzonderlijke procedures is daarom geen kunstmatige opsplitsing, maar op grond van de individuele beoordelingscriteria van het FWBG vereist.
- 26 **Verweerster** brengt tegen de afzonderlijke indiening van de vorderingen en het voeren van afzonderlijke procedures in dat dezelfde feiten aan elk van de 16 afzonderlijke vorderingen van verzoekster ten grondslag liggen en het dus om één enkele inbreuk gaat. De kunstmatige opsplitsing in 16 procedures is volgens haar in strijd met het ne bis in idem-beginsel.
- 27 Sinds enige tijd kijkt het EHRM bij de vraag of er sprake is van hetzelfde strafbare feit, voornamelijk naar de te beoordelen feitelijke situatie (dezelfde

feiten) (baanbrekend arrest van het EHRM, 10 februari 2009, 14939/03, Zolotukhin tegen Rusland, punten 71 e.v., punten 82-83). Volgens dit arrest is er sprake van een schending van artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM, indien hetzelfde feit vanwege identieke feiten of feiten die wezenlijk hetzelfde zijn (*identical facts or facts which are substantially the same*) tot een nieuwe vervolging of bestraffing leidt. Volgens de rechtspraak van het EHRM is er altijd sprake van idem, wanneer beide strafbare feiten op identieke of in wezen identieke feiten zijn gebaseerd. Volgens het EHRM moet hierbij worden uitgegaan van de omstandigheden die een geheel van feiten vormen die onlosmakelijk in tijd en plaats met elkaar verbonden zijn. Het OGH is van oordeel dat er – ongeacht de juridische kwalificatie of het betrokken rechtsgoed – sprake is van idem (hetzelfde feit), indien dezelfde historische feitelijke situatie ten grondslag ligt aan de procedures of beslissingen. Zo benadrukt het OGH in de beslissing in zaak 11 Os 73/13i: „*De in aanmerking te nemen beoordelingscriteria zijn het tijdstip van de feiten, de plaats van de feiten, het voorwerp van de feiten, de handeling, de dader, het slachtoffer en het veroorzaakte of beoogde resultaat. In dit verband kan een geheel van feiten die naar hun aard onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en in ruimte en tijd samenvallen, niet worden opgesplitst in kunstmatig onderscheiden afzonderlijke handelingen.*”

- 28 Uit deze definitie van idem volgt dat de door verzoekster tegen verweerster in 16 procedures aangevoerde vermeende schending van § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 5, FWBG slechts één identiek feit betreft.
- 29 § 6, lid 2, FWBG bepaalt dat de kartelrechter „[...] een geldboete van maximaal 500 000 EUR [kan] opleggen”.
- 30 Door afzonderlijke procedures in te leiden, omzeilt verzoekster de wettelijke bepaling die voorziet in één geldboete van maximaal 500 000 EUR. Dit zou niet alleen leiden tot een te grote druk op de financiële draagkracht van verweerster, maar ook tot een vermenigvuldiging van de procedurekosten en een buitensporige werkdruk voor het personeel van de rechtbank.
- 31 Aangezien alle investeringsverzoeken aan de leveranciers gebaseerd waren op het totaalplan om de kosten van het transformatieproces te compenseren door een financiële bijdrage van hun leveranciers van landbouw- en voedingsproducten om het voortbestaan van verweerster te verzekeren, is er sprake van één enkele handeling.
- 32 Subsidiair stelt verweerster dat het hier gaat om **één enkele voortdurende inbreuk**. Uit de vaste rechtspraak volgt dat schending van het mededingingsrecht niet alleen kan voortvloeien uit een opzichzelfstaande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortdurende gedraging, ook al zouden een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortdurende gedraging ook op zich, afzonderlijk, schending van deze bepaling kunnen opleveren (arrest in zaak C-697/19 P, punt 62). Het gaat om een rechtsfiguur die door de rechtspraak is ontwikkeld en haar oorsprong vindt in de beginselbeslissing van het

Hof in zaak C-49/92 P. De Europese rechterlijke instanties hebben in dit verband geoordeeld dat „[...] de vastgestelde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, aangezien zij alle hetzelfde doel hadden, stelsels van regelmatige bijeenkomsten en van vaststellingen van richtprijzen en quota vormden, die op hun beurt pasten in het kader van een aantal door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel, te weten het verstoren van de prijsontwikkeling. [Het] zou [...] gekunsteld zijn, deze voortgezette gedraging die door één enkel doel werd gekenmerkt op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen [...]”.

Ook in Oostenrijk wordt voor inbreuken op het mededingingsrecht in de vaste rechtspraak de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” toegepast (16 Ok 2/15b).

Het begrip „één enkele voortdurende inbreuk” veronderstelt dat de verschillende handelingen wegens hun identieke doel deel uitmaakten van een „totaalplan”, ook al kunnen een of meer van deze handelingen ook op zich, afzonderlijk, schending van het mededingingsrecht opleveren.

- 33 In de Europese rechtspraak wordt deze rechtsfiguur ook in geval van schendingen van artikel 102 VWEU respectievelijk § 5 KartG toegepast. Volgens het Gerecht (T-321/05, punten 892-893) dient bij de toepassing van de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” op constitutieve bestanddelen van het misbruik te worden nagegaan of de verschillende handelingen complementair zijn.
- 34 De rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” is ook van toepassing op schendingen van het FWBG ofwel de uitvoeringsbepalingen van richtlijn 2019/633 in § 5a en volgende van het FWBG, indien de inbreuken complementair zijn, dat wil zeggen dat deze op een gelijksoortige wijze zijn gepleegd, in de tijd nauw verbonden zijn en zijn gebaseerd op een algemene opzet of een totaalplan, omdat de bepalingen ter uitvoering van richtlijn 2019/633 in § 5a en volgende van het FWBG en de hierin genoemde inbreuken onderling verband houden met het beschermingsdoel, de wil van de wetgever en de werking, die sterk lijken op de verboden in de mededingingsregels van artikel 102 VWEU respectievelijk § 5 KartG.
- 35 De gedragingen van verweerster ten opzichte van de 16 leveranciers betreffen een geheel van feiten die door hun aard onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Het investeringsconcept is in zijn geheel uitgewerkt door het door verweerster ingeschakelde adviesbureau en door verweerster (gedeeltelijk) aanvaard. Het doel was om door middel van een herstructurering en extra investeringen de aanwezigheid op de markt te verbeteren. Hiertoe moesten gericht leveranciers met een grote financiële draagkracht worden gevraagd om een investering te doen, die aan het voortbestaan van hun afnemer moest bijdragen. Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat in het kader van het investeringsverzoek duidelijk is voldaan aan het bovengenoemde vereiste van het „totaalplan”.

- 36 Uit de analyse van het doel van richtlijn 2019/633 en het FWBG blijkt dat het FWBG kan worden gekwalificeerd als een mededingings- of antitrustwet.
- 37 Volgens de overwegingen van richtlijn 2019/633 moeten de leveranciers in deze specifieke sector tegen machtigere afnemers op de markt worden beschermd. Daartoe stelt richtlijn 2019/633 een reeks „gedragingen” vast die blijkbaar absoluut of relatief verboden moeten zijn. Het is opvallend dat deze gedragingen bij ondernemingen met een machtspositie toch al in strijd zijn met de toetsing van het oneerlijke karakter volgens de antitrustwetgeving. De genoemde praktijken lijken sterk op de in de antitrustwetgeving omschreven praktijken. Richtlijn 2019/633 en de antitrustwetgeving streven volgens verweerster, alles bij elkaar genomen, dezelfde hoofdgedachte van een „bescherming tegen onevenwichtigheden op de markt” na.
- 38 Met name in de bewoordingen in overweging 9 („de verschillen in onderhandelingspositie, die overeenstemmen met de mate waarin de leverancier economisch afhankelijk is van de afnemer”) wordt een direct verband gelegd met het misbruiksverbod in § 5 KartG respectievelijk artikel 102 VWEU.
- 39 De omschrijving van „eerlijke en efficiëntiebevorderende overeenkomsten” is in hoofdlijnen eveneens vergelijkbaar met de uitzondering in artikel 101, lid 3, VWEU respectievelijk § 2 KartG.
- 40 Tot slot mag de structurele opzet van richtlijn 2019/633 en ook van § 5a en volgende van het FWBG niet over het hoofd worden gezien, die wat betreft de opsomming van de verboden in grote lijnen overeenkomt met de gelijknamige bepalingen in de groepsvrijstellingsverordeningen in de antitrustwetgeving, de zogenoemde „zwarte lijst”, en de onder bepaalde voorwaarden toegestane praktijken, de zogenoemde „grijze lijst”.
- 41 Gelet op een en ander moet worden opgemerkt dat de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” is ontwikkeld voor globale situaties zoals de onderhavige zaak. De systematiek van de constitutieve bestanddelen van de feiten in § 5a en volgende van het FWBG is gebaseerd op de antitrustwetgeving, met name § 5 KartG, waarvan de werkingssfeer alleen met betrekking tot het strikte vereiste van de marktdominantie van richtlijn 2019/633 en het FWBG verschilt. Bijgevolg zou het gekunsteld zijn om een samenhangende inbreuk die door een totaalplan wordt gekenmerkt, op te splitsen in meerdere inbreuken, enkel en alleen omdat deze wordt vervolgd op grond van § 5a en volgende van het FWBG en niet op grond van § 5 KartG. De rechtspraak over één enkele voortdurende inbreuk moet veeleer ook worden toegepast op inbreuken op het FWBG.
- 42 De niet-toepassing van de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” of een „voortgezette handeling” is ook in strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel volgens het Unierecht.
- 43 De op de loyaliteits- en samenwerkingsplicht van de lidstaten krachtens artikel 4, lid 3, VEU gebaseerde verplichting om het nuttige effect van het Unierecht te

waarborgen, omvat bij de handhaving ervan ook de effectieve bescherming van subjectieve rechtsposities die zijn afgeleid uit een objectieve gedragsnorm. Dit zou resulteren in concrete vereisten voor de inrichting van het bij gebreke van bepalingen van Europees recht toepasselijke nationale recht. De materiële en procedurele regels voor het bestraffen van schendingen van het Unierecht moeten daarom gelijkwaardig zijn aan de regelingen waarmee overeenkomstige schendingen van het nationale recht worden bestraft (gelijkwaardigheidsbeginsel).

- 44 Dit geldt ook in de verhouding tussen § 5a en volgende van het FWBG, dat op het Unierecht (richtlijn 2019/633) is gebaseerd, en § 1 en volgende van het KartG. De procedurele autonomie en deels ook de materiële bevoegdheid om wettelijke bepalingen vast te stellen (bij de uitvoering van de richtlijn), worden beperkt door het beginsel van gelijkwaardigheid. Dit zou het geval zijn, indien de nationale uitvoering van § 4a en volgende van het FWBG ondanks de grote gelijkenis met het KartG andere handhavingsmodaliteiten zou kennen. Dit volgt ook uit richtlijn 2019/633 zelf die bepaalt dat de handhavingsautoriteiten de (door het Unierecht gewaarborgde) rechten van de verdediging van de afnemer moeten eerbiedigen (overweging 35 en artikel 6, lid 2, van richtlijn 2019/633). Deze rechten van de verdediging mogen niet worden aangetast door een te vergaande opsplitsing van een (voortdurende) inbreuk, aangezien dit in strijd zou zijn met het beginsel van gelijkwaardigheid.

#### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 45 In het licht van het in richtlijn 2019/633 omschreven doel, de vaak voorkomende onevenwichtigheden in de onderhandelingspositie tussen afnemers en leveranciers in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen te compenseren, is het noodzakelijk om de nationale omzetting aan dit richtsnoer te toetsen. Vervolgens moet de sanctie van de geldboete overeenkomstig § 6, lid 2, FWBG juridisch worden gekwalificeerd en ten slotte moet de Oostenrijkse rechtsleer inzake concurrentie in geval van meervoudige wetsovertredingen uitputtend worden behandeld en moet dit stelsel in relatie tot richtlijn 2019/633 worden geplaatst.
- 46 De tussen de financiële draagkracht van de leverancier en de afnemer (koper) voorkomende onevenwichtigheden in de machtspositie worden in artikel 1 van richtlijn 2019/633 door middel van omzetzempels uitgedrukt, die bij § 5a, lid 2, punten 1 tot en met 5, FWBG in het Oostenrijkse recht zijn omgezet. § 5a, [lid 2,] punten 1 tot en met 5, FWBG legt in overeenstemming met richtlijn 2019/633 als drempels een maximum- en minimumomzet als voorwaarde voor de toepassing van § 5a en volgende van het FWBG vast.
- 47 De overwegingen van richtlijn 2019/633 zijn niet in het FWBG opgenomen. In de voorbereidende stukken, met name de toelichting bij het wetsvoorstel van de regering voor het FWBG (ErlRV 1167 XXVII. GP, 1), worden deze wel inhoudelijk weergegeven.

- 48 § 6, lid 2, FWBG voorziet in het kader van de omzetting van artikel 6 van richtlijn 2019/633 als sanctie in geval van een inbreuk op het verbod op oneerlijke handelspraktijken in het opleggen van een geldboete.
- 49 Volgens de verwijzende rechter heeft deze sanctiebepaling een strafrechtelijk karakter.

***Geldboete volgens de Oostenrijkse antitrustwetgeving***

- 50 De geldboete volgens de Oostenrijkse antitrustwetgeving is overeenkomstig haar doel en werking een sanctie met een karakter dat vergelijkbaar is met dat van een strafrechtelijke sanctie (OGH in RIS-Justiz RS0120560). Het doel van geldboeten volgens § 29 KartG is het bestraffen van onrechtmatige handelingen (repressie) en het voorkomen van verdere inbreuken (preventie), ongeacht of de onrechtmatige gedraging nog steeds voortduurt of de gevolgen ervan nog steeds bestaan. Geldboeten wegens een inbreuk op de mededingingsregels zijn een middel van staatsdwang en maken daarom deel uit van het strafrecht in ruimere zin (Koprivnikar/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch: „Kartellrecht”, § 29 KartG 2005).
- 51 De geldboete volgens § 29 KartG voldoet ook aan de criteria die het Hof in zaak C-151/20 heeft vastgesteld voor de kwalificatie van sancties met een strafrechtelijk karakter.
- 52 In zaak C-151/20 heeft het Hof in dit verband geoordeeld:

„Punt 29: Artikel 50 van het Handvest bepaalt in dit verband dat, [n]iemand [...] opnieuw [mag worden] berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet’. Het beginsel ne bis in idem staat dus in de weg aan zowel de cumulatie van vervolgingsmaatregelen als de cumulatie van sancties die een strafrechtelijk karakter in de zin van dat artikel hebben voor dezelfde feiten en ten aanzien van dezelfde persoon (arrest van 20 maart 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Punt 30: Wat betreft de beoordeling van de strafrechtelijke aard van vervolgingsmaatregelen en sancties, die door de verwijzende rechter moet worden verricht, zij eraan herinnerd dat drie criteria relevant zijn. Het eerste criterium is de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationale recht, het tweede de aard van de inbreuk, en het derde de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd (zie in die zin arresten van 5 juni 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, punt 37, en 20 maart 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punten 26 en 27).

Punt 31: In dit verband moet worden benadrukt dat de toepassing van artikel 50 van het Handvest niet beperkt is tot vervolgingsmaatregelen en sancties die naar nationaal recht als ‚strafrechtelijk’ worden gekwalificeerd, maar zich – los van deze kwalificatie naar nationaal recht – uitstrekt tot vervolgingsmaatregelen en

sancties die op grond van de twee andere in het vorige punt bedoelde criteria als strafrechtelijk moeten worden beschouwd (zie in die zin arrest van 20 maart 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punt 30)”.

***Geldboete volgens § 6, lid 2, FWBG***

- 53 Aan de criteria die zijn vastgesteld in verband met de kwalificatie van de geldboete volgens het KartG als een sanctie met een strafrechtelijk karakter, wordt ook voldaan door § 6, lid 2, FWBG.
- 54 Met het opleggen van een geldboete in § 6, lid 2, FWBG wordt de oplegging van sancties in artikel 6, lid 1, onder e), van richtlijn 2019/633 omgezet. Volgens § 6, lid 2, FWBG moet bij de berekening van de geldboete rekening worden gehouden met de ernst en de duur van de inbreuk, de door de duur van de inbreuk bereikte verrijking, de mate van schuld en de economische draagkracht. Deze sancties zijn volgens de vereisten in artikel 6, lid 1, laatste volzin, van richtlijn 2019/633 doeltreffend, evenredig en afschrikkend en houden rekening met de aard, de duur, de herhaling en de ernst van de inbreuk. Hiermee bepaalt artikel 6, lid 1, van richtlijn 2019/633 als maatstaf voor de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd (Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH, C-151/20), dat de gepleegde onrechtmatige handeling doeltreffend moet worden bestraft (repressie) en het plegen van verdere inbreuken in de zin van afschrikking wordt voorkomen (preventie). Aangezien de repressieve en preventieve werking als typische kenmerken van een straf (OGH 16 Ok 52/05) in overeenstemming met de duidelijke vereisten van artikel 6, lid 1, laatste volzin, van richtlijn 2019/633 moet worden bereikt, vormt de Oostenrijkse omzetting in § 6, lid 2, FWBG met een strafmaat van maximaal 500 000 EUR een sanctie met een strafrechtelijk karakter.
- 55 Gelet op deze juridische kwalificatie van de Oostenrijkse sanctiebepaling als de oplegging van een sanctie met een strafrechtelijk karakter, dient de vraag te worden beantwoord welke sanctie voor een gedraging moet worden opgelegd, wanneer herhaaldelijk inbreuk is gemaakt op § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG [artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2019/633], zoals verzoekster in de aan de orde zijnde procedures beweert.

***Concepten in het Oostenrijkse strafrecht bij meervoudige wetsovertredingen – rechtsleer inzake concurrentie***

- 56 In tegenstelling tot het Oostenrijkse Strafgesetzbuch (wetboek van strafrecht; hierna: „StGB”) en het Oostenrijkse Verwaltungsstrafgesetz (wet bestuursstrafrecht; hierna: „VStG”) is in het FWBG niet geregeld in welke vorm meerdere inbreuken moeten worden bestraft.
- 57 Ook de Oostenrijkse antitrustwetgeving bevat geen overeenkomstige bepalingen (zie Koprivnikar/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch: „Kartellrecht”, § 29, punt 5).



- 58 In het geval van herhaalde, voortdurende inbreuken op het mededingingsrecht heeft de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” zich onder de hieronder nader toe te lichten voorwaarden volgens de vaste rechtspraak en heersende leer ontwikkeld, waarin meervoudige schendingen dogmatisch worden behandeld als één feit in de zin van concursus idealis.
- 59 In casu rijst de vraag of de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” dient te worden toegepast in het geval van meervoudige inbreuken op het FWBG. Daartoe is een meer gedetailleerde analyse van de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” noodzakelijk.

*Eén enkele voortdurende inbreuk*

- 60 In artikel 25, lid 2, van verordening nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 101 en 102 VWEU (hierna: „verordening 1/2003”) wordt het begrip „voortgezette inbreuken” gebruikt.
- 61 Volgens de vaste rechtspraak van het Hof moet van één enkele voortdurende inbreuk worden uitgegaan, wanneer de verschillende handelingen wegens hun identieke doel, de mededinging binnen de interne markt te verstoren, deel uitmaken van een „totaalplan”, ook al zouden een of meer onderdelen van deze reeks handelingen ook op zich, afzonderlijk, schending van artikel 101 VWEU kunnen opleveren (arresten in de zaken C-702/19 P en C-642/13 P).
- 62 Wanneer de verschillende handelingen wegens hun identieke doel, de mededinging binnen de interne markt te verstoren, deel uitmaken van een „totaalplan”, mag de Commissie de aansprakelijkheid voor deze handelingen dus bepalen aan de hand van de deelneming aan de betrokken inbreuk in haar geheel (arresten in de zaken C-642/13 P, C-293/13 P en C-294/13 P, 2015:416, punt 156 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 63 Indien aan deze voorwaarden is voldaan, zou het gekunsteld zijn om de gedraging die door één enkel doel werd gekenmerkt op te splitsen en als meerdere enkele inbreuken te beschouwen (arresten in de zaken C-642/13P, C 702/19 P, en C-700/19 P).
- 64 In tegenstelling tot artikel 25 van verordening 1/2003 maakt het Oostenrijkse KartG geen onderscheid tussen voortgezette inbreuken en andere soorten inbreuken (Schwarz in Egger/Harsdorf-Borsch: „Kartellrecht”, § 33 KartG 2005).
- 65 Sinds de beslissing in zaak 16 Ok 2/15b wordt de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” bij schendingen van artikel 101 VWEU ook in Oostenrijk door de hoogste rechter erkend.
- 66 Het OGH heeft geoordeeld dat meerdere onrechtmatige elkaar opvolgende gedragingen een voortdurende inbreuk en een juridische eenheid vormen, wanneer de gedragingen onderling zijn verbonden door hetzelfde doel (hetzelfde doel van alle onderdelen). De afzonderlijke onderdelen van deze handelingen moeten wat

- betreft de wijze waarop de feiten zijn gepleegd, gelijksoortig zijn, in de tijd nauw verbonden zijn en zijn gebaseerd op een globale opzet (16 Ok 2/15b).
- 67 Een dergelijke totale inbreuk wordt over het algemeen gekenmerkt door een voortdurende mededingingsbeperkende gedraging van de karteldeelnemers met één enkel economisch doel (16 Ok 3/23m).
- 68 Het OGH benadrukt dat bij de kwalificatie van verschillende handelingen als één enkele voortdurende inbreuk dient te worden nagegaan of deze onderling complementair zijn, voor zover elke handeling ertoe strekt een of meer gevolgen van een normale marktwerking teniet te doen en door de interactie bijdraagt tot de verwezenlijking van alle mededingingsversturende gevolgen die de plegers ervan nastreven als onderdeel van een totaalplan met één enkel doel. Een totaalplan hoeft niet vanaf het begin te hebben bestaan, maar kan ook pas in de loop van de tijd zijn uitgewerkt (16 Ok 2/15b).
- 69 Dit betekent dat de rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” in het mededingingsrecht, volgens de overeenstemmende rechtspraak van het Hof en het OGH, veronderstelt dat er sprake is van een totaalplan van de betrokken partijen om de mededinging door hun handelingen te verstoren.
- 70 Het toepassen van de in het mededingingsrecht ontwikkelde rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” lijkt voor het bestraffen van meervoudige schendingen van het FWBG niet in overeenstemming met het stelsel.
- 71 Indien ermee rekening wordt gehouden dat de primaire strekking van richtlijn 2019/633 en dus het FWBG is om de onevenwichtigheden in de onderhandelingspositie tussen de afnemer en de leveranciers in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen te compenseren en de nadruk ligt op de relatieve onderhandelingspositie (overweging 14 van richtlijn 2019/633), wordt duidelijk dat in geval van meervoudige schendingen van het verbod op oneerlijke handelspraktijken de kwalificatie van deze handelingen als één enkele voortdurende inbreuk niet mogelijk is omdat er een totaalplan om de mededinging te verstoren in de zin van een breed opgezette strategie voor de belemmering ervan ontbreekt. De focus ligt volgens het FWBG altijd op de individuele leveringsrelatie en de daarbij voorkomende onevenwichtigheden in de relatieve onderhandelingspositie.
- 72 De Oostenrijkse literatuur ontkent eveneens een in verband met oneerlijke handelspraktijken bestaande basis voor de toepassing van de in het mededingingsrecht ontwikkelde rechtsfiguur „één enkele voortdurende inbreuk” (Seper in Egger/Harsdorf-Borsch: „Kartellrecht”, § 6 FWBG, punt 6).
- 73 Dit betekent dat de vraag hoe meervoudige schendingen van de verboden in richtlijn 2019/633 moeten worden vervolgd, volgens het Oostenrijkse (administratieve) strafrecht dient te worden beantwoord.

- 74 Zoals hierna zal blijken, vraagt de verwijzende rechter zich af of de benadering volgens de Oostenrijkse rechtsleer in overeenstemming is met de vereisten van richtlijn 2019/633.

*Absorptiebeginsel versus cumulatiebeginsel*

- 75 In het Oostenrijkse strafrecht is in § 28 StGB en in het Oostenrijkse administratieve strafrecht in § 22 VStG geregeld hoe met een situatie waarin een persoon meerdere inbreuken pleegt, moet worden omgegaan.
- 76 In § 28, lid 1, StGB is het zogenoemde absorptiebeginsel in geval van soortgelijke straffen neergelegd.
- 77 § 28, lid 1, StGB bepaalt: „Wanneer een persoon door een of meer afzonderlijke gedragingen meerdere strafbare feiten van dezelfde of verschillende aard heeft gepleegd en deze strafbare feiten gelijktijdig worden bestraft, wordt één vrijheidsstraf of geldboete opgelegd, indien de overlappende wetten alleen in vrijheidsstraffen dan wel alleen in geldboeten voorzien. Deze straf moet worden bepaald overeenkomstig de wet die in de hoogste straf voorziet. Afgezien van de buitengewone strafvermindering mag echter geen straf worden opgelegd die lager is dan de hoogste van de in de overlappende wetten voorziene minimumstraffen.”
- 78 Het Oostenrijkse administratieve strafrecht voorziet daarentegen met § 22, lid 2, VStG in het cumulatiebeginsel als basisregel wanneer er sprake is van meerdere strafbare administratieve overtredingen: „Wanneer een persoon meerdere administratieve overtredingen heeft begaan door meerdere onafhankelijke handelingen of een gedraging onder meerdere sancties valt die elkaar niet uitsluiten, moeten de straffen cumulatief worden opgelegd. Hetzelfde geldt indien administratieve overtredingen samenvallen met andere strafbare feiten die door een administratieve instantie moeten worden bestraft.”
- 79 Het cumulatiebeginsel is van toepassing op alle gevallen van de echte eendaadse en meerdaadse samenloop. Indien de dader daarom door het herhalen van handelingen meerdere onafhankelijke feiten pleegt en er dus sprake is van een gelijksoortige meerdaadse samenloop, moet voor elke administratieve overtreding een straf worden opgelegd, zodat er bijgevolg meerdere straffen cumulatief worden opgelegd (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni: „VStG<sup>3</sup>”, § 22, punt 9).
- 80 Bij de cumulatie van straffen moet evenwel rekening worden gehouden met de Unierechtelijke beperkingen, met name het evenredigheidsbeginsel (arresten in de zaken C-64/18 en C-746/21 P).
- 81 In het FWBG is niet geregeld volgens welk beginsel sancties moeten worden opgelegd bij het samenvallen van inbreuken.
- 82 Op grond van de overweging dat voor de toepassing van het cumulatiebeginsel behalve het opleggen van de sanctie als zodanig geen andere maatregel vereist is, terwijl het absorptiebeginsel (verrekeningsbeginsel) regels voor de verrekening

moet bevatten, kan worden aangenomen dat in geval van meerdere inbreuken op het FWBG de sancties (geldboeten) in overeenstemming met het cumulatiebeginsel cumulatief moeten worden opgelegd.

- 83 Volgens de Oostenrijkse (administratieve) strafrechtsleer zou in casu echter noch het absorptiebeginsel noch het cumulatiebeginsel van toepassing zijn, omdat de gedragingen waarvan verzoekster verweerster beschuldigt, als één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling (voortgezette handeling) zouden moeten worden beoordeeld.

*Eén enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling – één enkel feit*

- 84 De beslissing van de grote kamer van het OGH (13 Os 1/07g) heeft bij het bestaan van één enkele handeling geleid tot een paradigmaverschuiving van de rechtsfiguur van een voortgezette handeling naar die van één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling.
- 85 In de motivering van de beslissing (13 Os 1/07g) staat het volgende:

„Voor zover in de eerdere rechtspraak onder het begrip ‚voortgezette handeling‘ (overeenkomstig de soms verlangde, maar inconsequent gehandhaafde aanvullende vereisten) meerdere handelingen met dezelfde constitutieve bestanddelen (ongeacht of het strafbare feit al dan niet is uitgevoerd) die deel uitmaakten van een ‚totaalplan‘, tot een in de wet onbekende juridische eenheid zijn samengevoegd met als gevolg dat de onafhankelijke gelijksoortige strafbare feiten die elk op zichzelf staan, slechts één enkel strafbaar feit zouden vormen, heeft het OGH deze rechtsfiguur in feite reeds met de bevestiging van de procedurele splitsbaarheid in de principiële beslissing SSt 56/88 = EvBl 1986/123 opgegeven. [...]. Door het erkennen van het continuïteitsverband uitsluitend op basis van één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling worden een absolute opvatting van de voortgezette handeling en een eerbiediging van de delictspecifieke conceptie bewust van de hand geweest. Het verschil tussen de rechtsfiguur ‚voortgezette handeling‘ en ‚één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling‘ is dat de rechtsfiguur ‚voortgezette handeling‘ is afgeleid uit het algemene deel van het materiële strafrecht, terwijl met de rechtsfiguur ‚één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling‘ gelijksoortige handelingen overeenkomstig de afzonderlijke constitutieve bestanddelen van het feit worden samengevoegd. De criteria voor een samenvoeging kunnen dus wel afhankelijk van het delict verschillen, zonder dat er hierdoor tegenstrijdigheden ontstaan die het hele strafrechtstelsel betreffen. In navolging van Jescheck/Weigend<sup>5</sup> (711 en volgende) spreekt men van één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling bij de eenvoudige verwezenlijking van de constitutieve bestanddelen, dat wil zeggen wanneer is voldaan aan de minimeisen van de wettelijke voorwaarden, in het bijzonder bij meerdaadse en voortdurende inbreuken (één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling in engere zin) en

wanneer het alleen gaat om de intensiteit van de uniforme uitvoering van het feit (SSt 56/88), dus bij de herhaalde, elkaar in korte tijd opvolgende verwezenlijking van dezelfde constitutieve bestanddelen, dus bij een uitsluitend kwantitatieve toename (enkelvoudige onrechtmatigheid) en dezelfde motivatie (enkelvoudige schuld), ook al worden er zeer persoonlijke rechtsgoederen van verschillende partijen aangetast, evenals in het geval van een voortdurende verwezenlijking van de constitutieve bestanddelen, wanneer dus het resultaat dat aan de bestanddelen van het strafbare feit wordt voldaan, wordt benaderd door meerdere afzonderlijke handelingen in dezelfde delictsituatie en met dezelfde motivatie, bijvoorbeeld bij de overgang van de poging naar de voltooiing of in het geval van een inbraak in twee fasen (één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling in ruimere zin)”.

86 Eén enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling in ruimere zin is sindsdien de rechtsfiguur die in vaste rechtspraak wordt toegepast (RIS-Justiz RS0122006), indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- herhaalde verwezenlijking van dezelfde constitutieve bestanddelen, dus een kwantitatieve toename (enkelvoudige onrechtmatigheid)
- elkaar in de tijd opvolgend,
- met dezelfde motivatie (enkelvoudige schuld).

87 Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan, moet de rechtsfiguur „één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling” ook worden toegepast, wanneer de rechtsgoederen van verschillende partijen worden aangetast (Ratz in Höpfel/Ratz: „Wiener Kommentar<sup>2</sup> StGB”, voorafgaande opmerkingen over § 28 tot en met § 31, punt 89).

88 Het samenvoegen van gedragingen tot één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling heeft tot gevolg dat de constitutieve bestanddelen slechts één keer worden verwezenlijkt (RIS-Justiz RS0120233; RS0122006). Eén enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling is namelijk zowel materieel als procedureel één feit (11 Os 51/11a).

89 In het administratieve strafrecht wordt bij opzet nog steeds de rechtsfiguur „voortgezette handeling” toegepast. Het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) omschrijft de voortgezette handeling als „een reeks afzonderlijke wederrechtelijke handelingen die door de soortgelijke wijze waarop deze zijn gepleegd en de externe begeleidende omstandigheden in het kader van een nog herkenbaar verband in de tijd”, verbonden door een „vooropgezet enkelvoudig wilsbesluit” („globale opzet”), „samen een eenheid vormen”, waarbij het enkelvoudige wilsbesluit gericht moet zijn op de opeenvolgende verwezenlijking van een in grote lijnen vaststaand totaaldoel. Onlangs heeft het Verwaltungsgerichtshof het enkelvoudige wilsbesluit omschreven als een „motief voor herhaalde, gelijksoortige wederrechtelijke handelingen” (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni: „VStG<sup>3</sup>”, § 22, punt 20). De

functie van de voortgezette handeling is om de herhaalde verwezenlijking van de constitutieve bestanddelen („voortgezette handelingen”) tot één enkele „voortgezette handeling” te verbinden. Indien er sprake is van een voortgezette handeling, gaat het dus in juridische zin om één enkel feit waarvoor ook één enkele straf moet worden opgelegd; er is geen ruimte voor een cumulatie van straffen voor afzonderlijke handelingen die in het continuïteitsverband zijn gepleegd (reeds aangehaald, punt 24).

### *Conclusies*

- 90 Voor de aan de orde zijnde zaken betekent dit dat het verwijt van verzoekster tegen verweerster dat zij inbreuk heeft gemaakt op § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG door 16 e-mails met pro forma-facturen met de bovenvermelde inhoud op hetzelfde tijdstip aan 16 verschillende leveranciers te verzenden, volgens de Oostenrijkse strafrechtleer als één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling zou moeten worden gekwalificeerd.
- 91 Het verwijt van verzoekster betreft de herhaalde gelijksoortige verwezenlijking van dezelfde constitutieve bestanddelen, te weten § 5c, lid 1, juncto bijlage I, punt 4, FWBG (enkelvoudige onrechtmatigheid), elkaar in de tijd opvolgend, zelfs gelijktijdig, met dezelfde motivatie in de zin van een globale opzet onder dezelfde externe omstandigheden om het transformatieproces uit te voeren, in het bijzonder het advies van een ingeschakeld adviesbureau te implementeren (enkelvoudige schuld). De handelingen moeten dus volgens de vaste nationale rechtspraak tot één enkele juridische handeling worden samengevat (RIS-Justiz RS0122006), wat betekent dat de meervoudige inbreuken op het FWBG die verweerster door verzoekster worden verweten, als één enkele inbreuk op het FWBG moeten worden aangemerkt.
- 92 Dit houdt in dat – indien het verwijt van verzoekster na de bewijsprocedure juist blijkt te zijn – slechts één keer een geldboete met een strafmaat van 500 000 EUR zou moeten worden opgelegd, omdat er sprake is van één enkel feit, ook al ging het om 16 leveringsrelaties.
- 93 Volgens de verwijzende rechter die de prejudiciële vragen stelt, staat dit resultaat echter op gespannen voet met de in richtlijn 2019/633 nagestreefde doelstelling om voorkomende onevenwichtigheden in de onderhandelingspositie tussen afnemers en leveranciers in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen te compenseren, aangezien die compensatie altijd alleen op basis van de individuele leveringsrelatie mogelijk is. Het feit dat in het kader van richtlijn 2019/633 altijd de individuele leveringsrelatie en de daarbij voorkomende onevenwichtigheden in de relatieve onderhandelingspositie centraal staan, blijkt ook uit artikel 1 van richtlijn 2019/633, waarin een verhouding van de jaarlijkse omzet tussen leverancier en afnemer wordt vastgesteld en altijd wordt aangenomen dat de onderhandelingspositie van de afnemer wordt bedreigd, wanneer er sprake is van een bepaalde verhouding tussen de jaarlijkse omzet (zie ook overweging 7 van richtlijn 2019/633). Deze doelstelling suggereert dat bij elke schending van het

FWBG de jaarlijkse omzetcijfers van de afnemer en de leverancier afzonderlijk moeten worden beoordeeld. Hierdoor wordt de nadruk gelegd op de individuele relatie met de leveranciers.

- 94 Door de schendingen van het FWBG door een afnemer ten opzichte van meerdere leveranciers tot één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling samen te vatten, ligt de focus bij de beoordeling niet langer op de relatieve onderhandelingspositie, waarvan de vaak voorkomende onevenwichtigheden de reden voor de vaststelling van richtlijn 2019/633 waren. De beoordeling van de gedraging van een afnemer ten opzichte van meerdere leveranciers als één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling betekent ook dat eventueel niet wordt voldaan aan het vereiste van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikking van de geldboete, waardoor in voorkomend geval afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van richtlijn 2019/633. Daarentegen zou volgens de verwijzende rechter bij de cumulatieve oplegging van geldboeten naargelang van het aantal leveringsrelaties waarop de schending(en) betrekking heeft (hebben), doeltreffend rekening worden gehouden met de relatieve onderhandelingspositie.
- 95 Aangezien deze cumulatie van geldboeten volgens de nationale strafrechtleer en dus volgens het Oostenrijkse recht niet is toegestaan, wordt het Hof verzocht om uitlegging van richtlijn 2019/633 en de verenigbaarheid van het Oostenrijkse recht met deze richtlijn in de zin van de prejudiciële vragen.

### ***Samenvatting van de motivering van de prejudiciële vragen***

Eerste vraag:

- 96 Volgens de Oostenrijkse strafrechtleer zou de verweerster door verzoekster verweten handelwijze om meerdere betalingsverzoeken (pro forma-facturen) die geen verband houden met de verkoop van landbouw- en voedingsproducten, op hetzelfde tijdstip aan 16 leveranciers met dezelfde motivatie (uitvoering van het transformatieproces) in dezelfde feitelijke situatie te verzenden, moeten worden gekwalificeerd als één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling in de zin van één enkele inbreuk op § 5c, lid 1, juncto bijlage 1, punt 4, FWBG.
- 97 Het lijkt twijfelachtig of door de kwalificatie van deze door verzoekster verweten gedragingen als één enkele door de constitutieve bestanddelen verbonden handeling, die leidt tot het opleggen van één (enkele) geldboete, het in richtlijn 2019/633 omschreven doel, voorkomende onevenwichtigheden in de onderhandelingspositie tussen afnemers en leveranciers in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen te compenseren, op gelijkwaardige en doeltreffende wijze wordt bereikt. De eerste prejudiciële vraag en de punten 1.a. en 1.b. strekken ertoe te verduidelijken of de volgens de nationale rechtsleer vereiste kwalificatie als één enkel feit in overeenstemming is met richtlijn 2019/633.

Tweede vraag:

- 98 Bij gebrek aan een bepaling in het FWBG voor het opleggen van sancties bij het samenvallen van meerdere wederrechtelijke handelingen zou cumulatief voor elk feit een geldboete moeten worden opgelegd in het geval dat het verwijt van verzoekster van meervoudige inbreuken op § 5c, lid 1, juncto bijlage 1, punt 4, FWBG dient te worden gekwalificeerd als een veelvoud van feiten en niet als eendaadse samenloop. De tweede prejudiciële vraag betreft de vraag of de toepassing van het cumulatiebeginsel in casu in overeenstemming is met richtlijn 2019/633.
- 99 Indien namelijk blijkt dat de kwalificatie van de verweerster door verzoekster verweten gedragingen ten opzichte van de 16 leveranciers naar Oostenrijks recht als één enkele feitelijke handeling in strijd is met de richtlijn en de eerste prejudiciële vraag bijgevolg bevestigend wordt beantwoord, is het voor de beslissing van de verwijzende rechter noodzakelijk dat wordt verduidelijkt of de toepassing van het cumulatiebeginsel, dus het cumulatieve opleggen van meerdere geldboeten krachtens § 6, lid 2, FWBG, in overeenstemming is met richtlijn 2019/633.