

**Sag C-311/24****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

29. april 2024

**Forelæggende ret:**

Oberlandesgericht Wien (Østrig)

**Afgørelse af:**

26. april 2024

**Sagsøger:**

Bundeswettbewerbsbehörde

**Sagsøgt:**

M. GmbH

**Hovedsagens genstand**

Pålæggelse af en passende bøde i henhold til § 6, stk. 2, i Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (lov om loyal konkurrence) for betalingsanmodninger til leverandører

**Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse**

Fortolkning af artikel 6, stk. 1, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/633 af 17. april 2019 om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden; østrigsk rets forenelighed med dette direktiv; artikel 267 TEUF

**Præjudicielle spørgsmål**

1.a. Skal artikel 6, stk. 1, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/633 af 17. april 2019 om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden fortolkes således, at

denne bestemmelse i et tilfælde, hvor en køber på grundlag af en viljesbeslutning med en sammenhængende motivation på samme dag i strid med dette direktivs artikel 3, stk. 1, litra d), separat anmoder forskellige leverandører, der er omfattet af direktivets beskyttelse i henhold til artikel 1, om en betaling, er til hinder for en national ordning, hvorefter alle disse betalingsanmodninger anses for at udgøre en enkelt samlet overtrædelse (sammenhængende handling), som kun kan sanktioneres én gang?

1.b. Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1.a. – henset til bestemmelsen i artikel 6, stk. 1, sidste punktum, i direktiv (EU) 2019/633, hvorefter sanktionen skal være effektiv, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning, under hensyntagen til overtrædelsens art, varighed, gentagne karakter og grovhed – at der herfor i henhold til den nationale østrigske sanktionsbestemmelse (§ 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence) (kun) kan pålægges en bøde på maksimalt 500 000 EUR?

2. Såfremt spørgsmål 1.a. besvares bekræftende:

Skal artikel 6, stk. 1, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/633 af 17. april 2019 om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden fortolkes således, at hver betalingsanmodning til hver leverandør – såfremt den udgør en overtrædelse af forbuddet i artikel 3, stk. 1, litra d), i direktiv (EU) 2019/633 – skal anses for at udgøre en handelspraksis, som skal sanktioneres selvstændigt, og for hvilken der i henhold til kumulationsprincippet skal pålægges en separat sanktion (bøde), således at der skal pålægges flere bøder, henset til at den nationale østrigske sanktionsbestemmelse (§ 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence) fastsætter påleggelse af en bøde på maksimalt 500 000 EUR?

### **Anførte EU-retlige og internationale forskrifter**

Artikel 101, stk. 3, TEUF

Artikel 102 TEUF

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, artikel 25

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/633 af 17. april 2019 om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden

**Artikel 6, stk. 1, litra e), og stk. 1, sidste punktum, i direktiv 2019/633** fastsætter følgende:

»(1). Medlemsstaterne sikrer, at hver af deres håndhævende myndigheder har de fornødne ressourcer og den fornødne ekspertise til at udføre sine opgaver, og tillægger den følgende beføjelser:

[...]

e) beføjelse til at pålægge eller indlede sager med henblik på at pålægge bøder og andre lige så effektive sanktioner og foreløbige foranstaltninger over for overtrædelsens ophavsmand, i overensstemmelse med nationale bestemmelser og procedurer

[...]

De sanktioner, der er omhandlet i første afsnit, litra e), skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning, under hensyntagen til overtrædelsens art, varighed, gentagne karakter og grovhed.«

Artikel 4 i syvende tillægsprotokol til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

### **Retspraksis fra Unionens retsinstanser og internationale domstole**

Dom af 8. juli 1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356

Dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266

Dom af 5. juni 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319

Dom af 24. juni 2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416

Dom af 26. januar 2017, Villeroy & Boch – Belgium mod Kommissionen, C-642/13 P, EU:C:2017:58

Dom af 20. marts 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197

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

Dom af 22. oktober 2020, Silver Plastics og Johannes Reifenhäuser mod Kommissionen, C-702/19 P, EU:C:2020:857

Dom af 22. marts 2022, Nordzucker m.fl., C-151/20, EU:C:2022:203

Dom af 16. juni 2022, Sony Corporation og Sony Electronics mod Kommissionen, C-697/19 P, EU:C:2022:478

Dom af 16. juni 2022, Toshiba Samsung Storage Technology og Toshiba Samsung Storage Technology Korea mod Kommissionen, C-700/19 P, EU:C:2022:484

Dom af 9. november 2023, Altice Group Lux mod Kommissionen, C-746/21 P, EU:C:2023:836

Menneskerettighedsdomstolen, 10. februar 2009, Zolotukhin mod Rusland, sag 14939/03

### **Anførte nationale forskrifter og retspraksis**

Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (lov om loyal konkurrence) (BGBl. I 2021/239), hvorved direktiv (EU) 2019/633 blev gennemført:

Direktiv (EU) 2019/633 er blevet gennemført ordret ved § 5a, stk. 2, nr. 1-5, i lov om loyal konkurrence, mens § 5a, stk. 3, i lov om loyal konkurrence i henhold artikel 1, stk. 2, i direktiv (EU) 2019/633 fastlægger salgenes geografiske tilknytning til Den Europæiske Union.

**§ 5a i lov om loyal konkurrence** har følgende ordlyd:

*»(1) Bestemmelserne i dette afsnit fastsætter regler for bekæmpelse af urimelig handelspraksis i forbindelse med salg af landbrugs- og fødevarer. De har til formål at gennemføre direktiv (EU) 2019/633 om urimelig handelspraksis i relationer mellem virksomheder i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden, EUT L 111 af 25. april 2019, s. 59 (herefter »direktiv (EU) 2019/633«). Første afsnit og Kartellgesetz 2005 (lov om karteller af 2005), BGBl. I nr. 61/2005, berøres ikke.*

*(2) Bestemmelserne i dette afsnit finder anvendelse på visse former for handelspraksis, der forekommer i forbindelse med salg af landbrugs- og fødevarer fra:*

*1. leverandører, som har en årlig omsætning på højst 2 000 000 EUR til købere, som har en årlig omsætning på over 2 000 000 EUR*

*2. leverandører, som har en årlig omsætning på over 2 000 000 EUR, men ikke over 10 000 000 EUR, til købere, som har en årlig omsætning på over 10 000 000 EUR*

*3. leverandører, som har en årlig omsætning på over 10 000 000 EUR, men ikke over 50 000 000 EUR, til købere, som har en årlig omsætning på over 50 000 000 EUR*

4. leverandører, som har en årlig omsætning på over 50 000 000 EUR, men ikke over 150 000 000 EUR, til købere, som har en årlig omsætning på over 150 000 000 EUR

5. leverandører, som har en årlig omsætning på over 150 000 000 EUR, men ikke over 350 000 000 EUR, til købere, som har en årlig omsætning på over 350 000 000 EUR

[...]

(3) Dette afsnit finder anvendelse på salg, hvor enten leverandøren eller køberen eller begge er etableret i Unionen.

[...]«

**§ 5c, stk. 1, i lov om illoyal konkurrence:** »De former for handelspraksis, der er anført i bilag I, er forbudt. [...]«

Bilag I til lov om illoyal konkurrence har følgende overskrift: »Former for handelspraksis, der altid er forbudt:«

**Bilag I, nr. 4, til lov om illoyal konkurrence** har følgende ordlyd: »Køberen kræver betalinger af leverandøren, der ikke vedrører salg af leverandørens landbrugs- og fødevarer.«

Den forbudte praksis, der er nævnt i § 5c til lov om illoyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov, svarer til den, der er anført i artikel 3, stk. 1, litra d), i direktiv (EU) 2019/633. Denne forbudsbestemmelse er blevet gennemført ordret.

**§ 5b, nr. 2, i lov om illoyal konkurrence** har følgende ordlyd:

»»køber«: enhver fysisk eller juridisk person, såfremt denne ikke forbruger, uanset vedkommendes etableringssted, eller enhver offentlig myndighed i Den Europæiske Union, som køber landbrugs- og fødevarer; betegnelsen »køber« kan omfatte en gruppe af sådanne fysiske og juridiske personer«

**§ 5b, nr. 3, i lov om illoyal konkurrence** har følgende ordlyd:

»»leverandør«: enhver landbrugsproducent eller enhver fysisk eller juridisk person, som sælger landbrugs- og fødevarer, uanset vedkommendes etableringssted; betegnelsen »leverandør« kan omfatte en gruppe af sådanne landbrugsproducenter eller en gruppe af sådanne fysiske og juridiske personer såsom producentorganisationer, leverandørorganisationer og disses sammenslutninger«

De definitioner af »køber« og »leverandør«, der er fastsat i § 5b, nr. 2 og 3, i lov om illoyal konkurrence, er identiske med dem, der fremgår af direktiv (EU) 2019/633 [artikel 2, nr. 2) [og 4)], i direktiv (EU) 2019/633].

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch) (forbundslov af 23.1.1974 om straffbare handlinger (straffeloven)), BGBl. I nr. 60/1974, § 28, stk. 1

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (administrativ straffelov af 1991), BGBl. I nr. 52/1991, § 22, stk. 2

Kartellgesetz 2005 (lov om karteller af 2005), BGBl. I nr. 61/2005, §§ 1, 2, 4a, 5, 29 og 33

Oberster Gerichtshof (øverste domstol), 20. juni 2001, 11 Os 51/11a

Oberster Gerichtshof (øverste domstol), 27. februar 2006, 16 Ok 52/05

Oberster Gerichtshof (øverste domstol), 11. april 2007, 13 Os 1/07g

Oberster Gerichtshof (øverste domstol), 17. september 2013, 11 Os 73/13i

Oberster Gerichtshof (øverste domstol), 08. oktober 2015, 16 Ok 2/15b

Oberster Gerichtshof (øverste domstol), 11. maj 2023, 16 Ok 3/23m

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

- 1 Sagsøgte blev økonomisk hårdt ramt af corona-pandemiens indvirkninger på turismen og den heraf følgende mangel på kunder i fødevarerdetailhandlen og stod over for kraftige omkostningsstigninger, først og fremmest på energiområdet, samt en høj inflation og øgede finansieringsudgifter som følge af renteudviklingen.
- 2 Sagsøgte hyrede et rådgivningsfirma, som fik til opgave at bistå sagsøgte ved gennemførelsen af en »transformationsproces« med henblik på at sikre virksomhedens langsigtede overlevelse og konkurrencedygtighed.
- 3 Det strategiske kursskifte indebærer en forandring på alle virksomhedens områder, navnlig category management, logistik og marketing, og en ny indretning af butikkerne (f.eks. blev der planlagt udvidelser af reolerne med en ny hyldehøjde, som nødvendiggjorde nye, lavere gulve).
- 4 På rådgivningsfirmaets anbefaling afholdt sagsøgte den 16. maj 2023 en »supplier day-konference« online, hvor selskabet gav sine leverandører et overblik over den aktuelle markedssituation og problemstillinger i denne forbindelse samt sagsøgtes daværende tab. Som et blik ind i fremtiden blev der redegjort for den transformationsproces, sagsøgte befandt sig i.
- 5 Efter supplier day-konferencen meddelte sagsøgte sine leverandører, at der ville blive anmodet om økonomisk støtte til transformationsprocessen.

- 6 Den 17. maj 2023 blev der udsendt opfølgningsmails med vedhæftede proformafakturaer på engangsbeløb af forskellig størrelse. Disse fakturaer havde til formål og fulgte en samlet plan om at finansiere udgifterne til denne transformationsproces med et økonomisk bidrag fra leverandørerne. Hver skrivelse var adresseret til en leverandør, og de blev afsendt samtidig.
- 7 Disse e-mails har – med undtagelse af størrelsen af beløbet på proformafakturaen og sontringen efter, om den pågældende leverandør havde deltaget i supplerer day-konferencen eller ikke – samme ordlyd over for alle leverandører:

»[...]

*For at kunne gennemføre [denne transformationsproces] har vi brug for Deres støtte. Konkret forventer [sagsøgte], at De som key account foretager en investering på 15 000 EUR [der fremgår forskellige beløb af e-mailsene] i vores fælles fremtid.*

*Til dette formål har vi allerede udarbejdet en proformafaktura.*

*Vi vil følge op på Deres villighed til at yde støtte som partner. Vær venligst opmærksom på, at Deres investering vil styrke vores partnerskab på lang sigt og støtte det i opbygningen af en fælles og succesrig fremtid. Det er op til Dem at føre dette projekt ud i livet.«*

- 8 Sagsøgeren har den 10. november 2023 ved Kartellgericht (karteldomstol) nedlagt 16 separate påstande om, at sagsøgte pålægges en passende bøde i henhold til § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence, med den begrundelse, at sagsøgte har overtrådt § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov, idet selskabet som køber krævede en betaling af 16 leverandører, der ikke vedrørte salg af landbrugs- og fødevarer.
- 9 Den afdeling ved Oberlandesgericht Wien (den øverste regionale domstol i Wien), som indgiver anmodningen om præjudiciel afgørelse, skal træffe afgørelse om fire betalingsanmodninger på mellem 10 000 og 18 000 EUR.

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

- 10 Efter **sagsøgerens** opfattelse har sagsøgte med denne betalingsanmodning overtrådt § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov.
- 11 Der foreligger det omsætningsforhold (som fastsat i § 5a, stk. 2, i lov om loyal konkurrence) mellem sagsøgtes omsætning som køber som omhandlet i § 5b, nr. 2, i lov om loyal konkurrence og leverandørens omsætning som omhandlet i § 5b, nr. 3, i lov om loyal konkurrence, der er nødvendigt for, at andet afsnit i lov om loyal konkurrence finder anvendelse.

- 12 **Sagsøgte** har bestridt, at lov om loyal konkurrence er blevet overtrådt, eftersom sagsøgte ikke har krævet nogen betalinger som omhandlet i § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov. Sagsøgte har blot foretaget en investeringsanmodning med udtrykkelig henvisning til, at betaling var frivillig.

*Argumenter vedrørende nedlæggelsen af separate påstande*

- 13 **Sagsøgeren** har gjort gældende, at sagsøgte 16 gange overtrådte § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov, idet selskabet af 16 forskellige leverandører krævede en betaling af forskellig størrelse, som er forbudt i henhold til § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov.
- 14 Direktiv (EU) 2019/633 er blevet gennemført ved den relevante del af lov om loyal konkurrence. Det fremgår klart af ordlyden af direktiv (EU) 2019/633 og lov om loyal konkurrence, at det er i overensstemmelse med lovgivers hensigt, at de begåede overtrædelser bedømmes på grundlag af den leverandør, der har været individuelt involveret, og den køber, der har været individuelt involveret, eller at disse to personer inddrages som et centralt bedømmelseskriterium med identitetsskabende virkning. Dette følger allerede af definitionerne af »køber« og »leverandør«, eftersom det for begge disse begreber angives, at der herved forstås »enhver fysisk eller juridisk person, uanset vedkommendes etableringssted« eller »en gruppe af sådanne fysiske og juridiske personer«. I forbindelse med bestemmelserne om beregningen af den relevante årlige omsætning (§ 5a, stk. 2, i lov om loyal konkurrence) kan det udledes, at det principielt er enkelte og selvstændige virksomheder, der skal anses for at være »køber« og »leverandør« – ved anvendelse af definitionerne af »uafhængig virksomhed«, »partnervirksomhed« og »tilknyttet virksomhed« i bilaget til henstilling 2003/361/EF.
- 15 Den østrigske lovgiver har ved fastsættelsen af straffen herfor i stedet for en procentandel af den årlige omsætning valgt et maksimumsbeløb på 500 000 EUR (§ 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence).
- 16 I opregningen af de enkelte forbudte former for urimelig handelspraksis i loven anvendes singularisformen »leverandør« og »køber«. Valget af singularisformen har logisk sammenhæng med de årlige omsætninger, der skal anvendes i henhold til § 5a i lov om loyal konkurrence, og som principielt kun skal beregnes for »uafhængig virksomhed«, »partnervirksomhed« og »tilknyttet virksomhed«. Det konkrete valg af singularisformen »leverandør« og »køber« fremgår navnlig af ordlyden vedrørende urimelig handelspraksis i bilag I, nr. 4, i lov om loyal konkurrence. Heri fastsættes det, at et krav om en eller flere betalinger (der anvendes pluralis) fra en leverandør udgør en urimelig handelspraksis.
- 17 Det følger af beskyttelsesformålet med direktiv (EU) 2019/633 og andet afsnit af lov om loyal konkurrence, at det principielt er nødvendigt at føre en særskilt sag



vedrørende hver af de leverandører, der er berørt af en købers urimelige handelspraksis.

- 18 Direktiv (EU) 2019/633, som er gennemført ved andet afsnit af lov om loyal konkurrence, udgør ikke – som hævdet af sagsøgte – »særlig kartelret«. Det har derimod til formål at skabe en lovgivningsmæssig struktur, hvor forhandlingsprocessen mellem aktørerne i fødevareforsyningskæden fører til et retfærdigt resultat.
- 19 I denne forbindelse skal der sondres mellem problemer, der skyldes potentielt urimelige former for handelspraksis, og problemer, som vedrører konkurrencebegrænsende adfærd. Direktiv (EU) 2019/633 har hverken til formål at beskytte konkurrencen som institution eller at beskytte forbrugere mod vildledende markedsføring og andre urimelige praksisser, men at opretholde en passende balance mellem leverandørers og deres aftageres interesser på business to business-området (jf. første og sjette betragtning).
- 20 Endvidere fremgår det klart af 7. og 14. betragtning til direktiv (EU) 2019/633, at primærproducenterne i landbrugs- og fødevareforsyningskæden er de beskyttelsesobjekter, som skal beskyttes mod den direkte eller indirekte negative indvirkning af urimelige former for handelspraksis. I denne henseende tages der altid udgangspunkt i den relative forhandlingsposition mellem den individuelle leverandør og den individuelle køber, som skal vurderes på grundlag af deres respektive årlige omsætning.
- 21 Det er netop den omstændighed, at der foreligger et misforhold i denne forhandlingsposition – mellem den individuelle leverandør og den individuelle køber – som medfører, at direktiv (EU) 2019/633 finder anvendelse, og dermed at det er nødvendigt at bekæmpe urimelige former for handelspraksis. Misforholdet i forhandlingspositionen udgør derfor et væsentligt kendetegn for den individuelle overtrædelse. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om identiske handlinger, er det på grundlag af beskyttelsesformålet – som fremgår af direktiv (EU) 2019/633 – nødvendigt at inddrage det individuelle forhold mellem køberen og leverandøren, på grundlag af hvilket også det individuelle retsstridige indhold af den anvendte urimelige handelspraksis skal bedømmes.
- 22 Også Europa-Kommissionen har i sin begrundelse for udkastet til direktiv (EU) 2019/633 (forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om illoyal handelspraksis i relationer mellem virksomheder i fødevareforsyningskæden, 12.4.2018, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), [eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173), hentet den 3.1.2024) tydeligt gjort opmærksom på, at kartelrettens anvendelsesområde adskiller sig fra anvendelsesområdet for lovgivningen om bekæmpelse af illoyal handelspraksis, og at disse lovgivningskomplekser eksisterer uafhængigt og komplementært ved siden af hinanden. Endelig bør også det retsgrundlag, som vedtagelsen af direktiv (EU) 2019/633 var baseret på, tages i betragtning. Såfremt det havde været hensigten at indføre konkurrenceregler (særlig kartelret) for landbrugs- og

fødevarerforsyningskæden, kunne artikel 103 have været anvendt som retsgrundlag. Der blev imidlertid ikke gjort brug af denne mulighed. I stedet blev artikel 43, stk. 2, TEUF, som har til formål at virkeliggøre målsætningerne for den fælles landbrugs- og fiskeripolitik, valgt.

- 23 Dette medfører, at der ikke er noget grundlag for at anvende det retlige begreb om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse, som er udviklet i den europæiske konkurrenceret.
- 24 Den østrigske lovgiver har ved fastsættelsen af straffen – i modsætning til inden for kartelretten – i stedet for en procentandel valgt et fast maksimumsbeløb. Op til dette maksimumsbeløb vil det ved fastsættelsen af en konkret bøde også være relevant, hvilken omsætningsklasse (§ 5a, stk. 2, i lov om loyal konkurrence) en køber tilhører. Mens en straf på op til 500 000 EUR i høj grad vil være en eksistentiel trussel for en køber, der er omfattet af den nævnte bestemmelses nr. 1, synes dette i tilfælde af en køber i de højere omsætningsklasser op til den nævnte bestemmelses nr. 6 ikke at være egnet til i tilstrækkelig grad at forhindre alvorlige og vidtrækkende overtrædelser op til et fælles maksimumsbeløb. Derimod må det i dette tilfælde i lighed med den administrative strafferet lægges til grund, at kumulationsprincippet finder anvendelse, således at der for hver individuel overtrædelse skal pålægges en bøde på op til 500 000 EUR. I forbindelse med de ovenstående betragtninger og med henblik på en fortolkning i overensstemmelse med direktivet indebærer dette, at andet afsnit af lov om loyal konkurrence principielt foreskriver en vurdering af hvert enkelt tilfælde og dermed, at der skal føres særskilte sager.
- 25 Det udgør således ikke en kunstig adskillelse, at der føres 16 særskilte sager, idet det derimod er nødvendigt at gøre dette ved anvendelse af de individuelle vurderingskriterier i lov om loyal konkurrence.
- 26 **Sagsøgte** har fremsat det modargument mod nedlæggelsen af de særskilte påstande, at alle de 16 påstande, som sagsøgeren har nedlagt særskilt, vedrører de samme faktiske omstændigheder, hvorfor der er tale om en beskyldning for en enkelt overtrædelse. Den kunstige opdeling i 16 sager udgør en tilsidesættelse af princippet »ne bis in idem«.
- 27 Menneskerettighedsdomstolen har i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om den samme strafbare handling, for nylig lagt afgørende vægt på de faktiske omstændigheder, der skal bedømmes (de samme kendsgerninger) (jf. principielt Menneskerettighedsdomstolen, 10.2.2009, 14939/03, Zolotukhin mod Rusland, præmis 71 ff. og 82 f.). I henhold hertil foreligger der en overtrædelse af artikel 4 i syvende tillægsprotokol til EMRK, hvis de samme faktiske omstændigheder på grundlag af kendsgerninger, som er identiske eller i det væsentlige ens (»identical facts or facts which are substantially the same«), fører til flere retsforfølgelser eller flere straffe. Det følger af Menneskerettighedsdomstolens retspraksis, at det altid skal lægges til grund, at der foreligger et »idem«, når begge strafbare handlinger hviler på faktiske

omstændigheder, som er identiske eller i det væsentlige ens. Ifølge Menneskerettighedsdomstolen skal der i denne forbindelse tages udgangspunkt i de omstændigheder, som udgør et kompleks af kendsgerninger, som i tids- og stedmæssig henseende er uløseligt forbundne. Det må ifølge Oberster Gerichtshof (øverste domstol) lægges til grund, at der foreligger en identisk handling, »idem« – uanset den retlige kvalificering eller det berørte retsgode – når sagen eller afgørelserne vedrører de samme historiske faktiske omstændigheder. Oberster Gerichtshof har således bemærket i 11 Os 73/13i: »Som bedømmelseskriterier anvendes tidspunktet for handlingen, genstanden for handlingen, handlingens indhold, gerningsmændene, ofrene for handlingen samt det forårsagede eller tilsigtede resultat af handlingen. I denne henseende må et kompleks af kendsgerninger, som efter deres natur er uløseligt forbundne og er sammenfaldende i sted- og tidsmæssig henseende, ikke opdeles i kunstigt adskilte handlinger.«

- 28 Denne definition af »idem« medfører, at den beskyldning om overtrædelse af § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 5, til samme lov, som sagsøgeren har gjort gældende over for sagsøgte i 16 særskilte sager, vedrører identiske faktiske omstændigheder.
- 29 § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence fastsætter, at Kartellgericht (karteldomstol) kan »fastsætte en bøde op til et maksimumsbeløb på 500 000 EUR«.
- 30 Ved at indlede særskilte sager har sagsøgeren omgået den retsforordning, der fastsætter én bøde op til et maksimumsbeløb på 500 000 EUR. Dette medfører ikke blot en overbebyrdelse af sagsøgtens økonomiske ressourcer, men også en mangedobling af de processuelle omkostninger og en uforholdsmæssig belastning af retsvæsenet.
- 31 Eftersom alle investeringsanmodningerne til leverandørerne var baseret på en samlet plan, hvorefter udgifterne til transformationsprocessen skulle kompenseres af et økonomisk bidrag fra leverandørerne af landbrugs- og fødevarerprodukter med henblik på at sikre sagsøgtens fortsatte eksistens, foreligger der en samlet handling.
- 32 Subsidiært har sagsøgte gjort gældende, at der er tale om en beskyldning om en **samlet og vedvarende overtrædelse**. Det fremgår af fast retspraksis, at en overtrædelse af kartelretten kan foreligge ikke alene ved en enkeltstående handling, men også ved en række handlinger eller en sammenhængende adfærd, selv om et eller flere elementer i rækken af handlinger eller i den sammenhængende adfærd også i sig selv og isoleret betragtet kan udgøre en tilsidesættelse af denne bestemmelse (Domstolen, C-697/19 P, præmis 62). Der er tale om et retligt begreb, der er skabt ved retslig fortolkning og udspringer af Domstolens principielle afgørelse i sag C-49/92 P. Domstolen fastslog herom, at »de aftaler og den samordnede praksis, der var blevet konstateret, indgik som led i systemer med regelmæssige møder og fastsættelse af madpriser og kvoter, som på deres side var led i de pågældende virksomheders bestræbelser på at nå et

*bestemt økonomisk mål, nemlig at fordreje prisudviklingen. Den anførte, at det ville være unaturligt at opdele denne sammenhængende adfærd, der havde ét formål, i forskellige særskilte overtrædelser, når der tværtimod var tale om en enkelt overtrædelse, der gradvis var blevet udmøntet dels i aftaler, dels i samordnet praksis«.*

Også i Østrig henvises der i fast retspraksis i forbindelse med overtrædelser af konkurrenceretten til det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse (16 Ok 2/15b).

Begrebet om en samlet og vedvarende overtrædelse forudsætter, at der foreligger en »samlet plan«, hvori de forskellige handlinger indgår som følge af deres identiske formål, uanset om en eller flere af disse handlinger også i sig selv og isoleret betraget kan udgøre en overtrædelse af konkurrenceretten.

- 33 I EU-retspraksis anvendes dette retlige begreb også ved overtrædelser af artikel 102 TEUF/§ 5 i lov om karteller. Ifølge Retten (T-321/05, præmis 892 f.) skal det ved anvendelse af det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse på faktiske omstændigheder, som udgør misbrug, prøves, om forskellige handlinger fremstår som et supplement til hinanden.
- 34 Det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse finder også anvendelse på overtrædelser af lov om loyal konkurrence henholdsvis gennemførelsesbestemmelserne til direktiv (EU) 2019/633 i §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence, såfremt overtrædelserne står i et komplementært forhold til hinanden, dvs. at de er ensartede med hensyn til den måde, hvorpå de er begået, har nær tidsmæssig forbindelse og er baseret på en samlet hensigt eller en samlet plan, eftersom gennemførelsesbestemmelserne til direktiv (EU) 2019/633 i §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence og de heri nævnte overtrædelser frembyder en systematik med hensyn til beskyttelsesformålet, lovgivers hensigt og virkningen, som har store ligheder med de kartelretlige forbud i artikel 102 TEUF/§ 5 i lov om karteller.
- 35 Sagsøgte adfærd over for de 16 leverandører indgår i et kompleks af kendsgerninger, som efter deres natur er uløseligt forbundne. Den samlede investeringsplan blev udarbejdet af det virksomhedsrådgivningsfirma, som sagsøgte havde hyret, og blev (delvist) accepteret af sagsøgte. Formålet hermed var at muliggøre en bedre stilling på markedet gennem omstrukturering og yderligere investeringer. Til dette formål skulle økonomisk stærke leverandører målrettet indbydes til at foretage en investering, som skulle bidrage til deres aftagers overlevelse. På denne baggrund må det lægges til grund, at den førnævnte betingelse om en »samlet plan« er klart opfyldt hvad angår investeringsanmodningen.
- 36 Det følger af en undersøgelse af formålet med direktiv (EU) 2019/633 og lov om loyal konkurrence, at lov om loyal konkurrence kan kvalificeres som konkurrence- eller kartelret.

- 37 Det fremgår af betragtningerne til direktiv (EU) 2019/633, at disse leverandører sektorspecifikt skal beskyttes mod aftagere med en stærk position på markedet. Til dette formål definerer direktiv (EU) 2019/633 en række »former for adfærd«, som tilsyneladende skal forbydes absolut eller relativt. Det er værd at bemærke, at disse former for adfærd i tilfælde af virksomheder med en dominerende stilling på markedet under alle omstændigheder allerede udgør en tilsidesættelse af den kartelretlige misbrugskontrol. De nævnte former for handelspraksis udviser en nær tilknytning til kartelretten. Direktiv (EU) 2019/633 og kartelretten tilstræber samlet set det samme grundlæggende formål om »beskyttelse mod uligheder på markedet«.
- 38 Navnlig skaber ordlyden af niende betragtning, hvori der tales om en »forhandlingsposition, som svarer til leverandørens økonomiske afhængighed af køberen«, en direkte sammenhæng med bestemmelsen om misbrugskontrol i § 5 i lov om karteller/artikel 102 TEUF.
- 39 Også udtrykket »rimelige og effektivitetsfremmende aftaler« er i det væsentlige sammenligneligt med undtagelseskriteriet i artikel 101, stk. 3, TEUF henholdsvis § 2 i lov om karteller.
- 40 Endelig bør der ikke ses bort fra den strukturelle udformning af direktiv (EU) 2019/633 og §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence, som med hensyn til »forbudskataloget« i store træk ligner bestemmelserne af samme navn i de kartelretlige gruppefritagelsesforordninger, den såkaldte »sorte liste«, og de former for praksis, der er tilladt under visse betingelser, den såkaldte »grå liste«.
- 41 Alt i alt må det på denne baggrund fastslås, at det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse er udviklet med henblik på faktiske omstændigheder som de foreliggende. Opbygningen af kriterierne i §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence følger kartelretten, navnlig § 5 i lov om karteller, hvis anvendelsesområde kun adskiller sig fra direktiv (EU) 2019/633 og lov om loyal konkurrence med hensyn til den strenge betingelse om dominerende stilling på markedet. Det vil derfor være unaturligt, hvis en sammenhængende overtrædelse, der er baseret på en samlet plan, opdeles i forskellige overtrædelser, alene fordi den retsforfølges i henhold til §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence og ikke i henhold til § 5 i lov om karteller. Derimod bør retspraksis vedrørende en samlet og vedvarende overtrædelse også anvendes på overtrædelser af lov om loyal konkurrence.
- 42 En manglende anvendelse af det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse eller en vedvarende strafbar handling ville endvidere udgøre en tilsidesættelse af det EU-retlige ækvivalensprincip.
- 43 Forpligtelsen til at sikre EU-rettens effektive virkning, som hviler på medlemsstaternes loyalitets- og samarbejdspligt i henhold til artikel 4, stk. 3, TEU, omfatter også en forpligtelse til ved håndhævelsen af EU-retten effektivt at sikre de subjektive retsstillinger, der er afledt af en objektiv adfærdsregel. Heraf

følger konkrete krav til udformningen af den nationale lovgivning, der finder anvendelse i mangel af EU-retlige bestemmelser. Således bør de materielle og processuelle regler om sanktionering af overtrædelser af EU-retten svare til de bestemmelser, hvorved tilsvarende overtrædelser af national lovgivning sanktioneres (ækvivalensprincippet).

- 44 Dette gælder også for så vidt angår forholdet mellem §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence, som hviler på EU-retten (direktiv (EU) 2019/633), og de nationale bestemmelser i §§ 1 ff. i lov om karteller. Procesautonomien og til en vis grad også den materielle frihed til at udforme lovgivningen (ved gennemførelsen af direktivet) ophører, når ækvivalensen er forstyrret. En sådan forstyrrelse af ækvivalensen foreligger, hvis der ved den nationale håndhævelse af §§ 4a ff. i lov om loyal konkurrence på trods af stor lighed med lov om karteller følges andre gennemførelsesprocedurer. Dette følger også af direktiv (EU) 2019/633 selv, hvorefter køberens (EU-retligt) garanterede ret til et forsvar skal sikres af de retshåndhævende myndigheder (35. betragtning til og artikel 6, stk. 2, i direktiv (EU) 2019/633). Denne ret til et forsvar må ikke begrænses ved en overdreven opdeling af en (vedvarende) overtrædelse, idet dette ville være i strid med ækvivalensprincippet.

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

- 45 Hvad angår det i direktiv (EU) 2019/633 fastsatte formål om at udligne de hyppigt forekommende uligheder mellem køber og leverandør i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden med hensyn til deres forhandlingsposition er det nødvendigt at vurdere den nationale gennemførelse efter denne målestok. Herefter skal en sanktion i form af en bøde i henhold til § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence kvalificeres retligt, og endelig vil den østrigske konkurrenceretlige ordning i forbindelse med flere lovovertrædelser blive behandlet og sammenholdt med direktiv (EU) 2019/633.
- 46 Uligheden mellem leverandørens og aftagerens (køberens) position som følge af deres forskellige økonomiske formåen udtrykkes i artikel 1 i direktiv (EU) 2019/633 ved omsætningstærskelværdier, som er blevet gennemført i østrigsk ret ved § 5a, stk. 2, nr. 1-5, i lov om loyal konkurrence. § 5a, stk. 2, nr. 1-5, i lov om loyal konkurrence fastsætter på samme måde som direktiv (EU) 2019/633 maksimums- og minimumsomsætninger som tærskelværdier som en betingelse for anvendelsen af §§ 5a ff. i lov om loyal konkurrence.
- 47 Betragtningerne til direktiv (EU) 2019/633 blev ikke optaget i lov om loyal konkurrence. Deres indhold gengives imidlertid i de lovforberedende arbejder, nærmere bestemt forklaringerne til regeringens forslag (ErlRV 1167 XXVII. GP, 1) til lov om loyal konkurrence.
- 48 § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence fastsætter til gennemførelse af artikel 6 i direktiv (EU) 2019/633 pålæggelse af en bøde som sanktion i tilfælde af en overtrædelse af forbuddet mod urimelig handelspraksis.

- 49 Efter den forelæggende rets opfattelse udgør denne sanktionsbestemmelse en bestemmelse af strafferetlig karakter.

***Bøde i henhold til den østrigske lov om karteller***

- 50 En bøde i henhold til den østrigske lov om karteller er henset til sit formål og sin virkning en sanktion af strafferetlig karakter (Oberster Gerichtshof (øverste domstol), RIS-Justiz RS0120560). Bøder i henhold til § 29 i lov om karteller har til formål at sanktionere en begået ulovlighed (sanktionering), og – uanset om en ulovlig adfærd fortsat varer ved eller dens virkninger fortsat består – at forhindre yderligere overtrædelser (forebyggelse). Kartelretlige bøder er et middel til udøvelse af statslig tvang og henhører derfor under strafferetten i bred forstand (Koprivnikar/Mertel i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 29 KartG 2005).
- 51 En bøde i henhold til § 29 i lov om karteller opfylder også de kriterier for kvalificering som en sanktion af strafferetlig karakter, som Domstolen opstillede i dommen i sag C-151/20.
- 52 I dommen i sag C-151/20 fastslog Domstolen i denne henseende følgende:

Præmis 29: »Chartrets artikel 50 fastsætter, at »[i]ngen [...] i en straffesag på ny [skal] kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen«. Princippet ne bis in idem er således til hinder for en kumulation af retsforfølgelse og sanktioner af strafferetlig karakter som omhandlet i denne bestemmelse for de samme forhold og mod samme person (dom af 20.3.2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).«

Præmis 30: »Hvad angår den vurdering af de pågældende retsforfølgelsers og sanktioners strafferetlige karakter, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, skal der erindres om, at tre kriterier er vigtige. Det første kriterium er den retlige kvalifikation af overtrædelsen i national ret, det andet kriterium er selve overtrædelsens art, og det tredje kriterium er graden af hårdhed af den sanktion, som den pågældende risikerer at blive pålagt (jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, præmis 37, og af 20.3.2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 26 og 27).«

Præmis 31: »Det skal i denne forbindelse fremhæves, at anvendelsen af chartrets artikel 50 ikke er begrænset til retsforfølgelse og sanktioner, der kvalificeres som »strafferetlige« i national ret, men – uafhængigt af en sådan kvalificering i national ret – kan udvides til retsforfølgelse og sanktioner, der skal anses for at være af strafferetlig karakter på grundlag af de to andre kriterier, der er omhandlet i den foregående præmis (jf. i denne retning dom af 20.3.2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 30).«

***Bøde i henhold til § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence***

- 53 De kriterier, der er opstillet i forbindelse med kvalificeringen af en bøde i henhold til lov om karteller som en sanktion af strafferetlig karakter, opfyldes også af § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence.
- 54 Bødebestemmelsen i § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence gennemfører sanktionsbestemmelsen i artikel 6, stk. 1, litra e), i direktiv (EU) 2019/633. Ved udmålingen af bøden skal der i henhold til artikel 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence tages hensyn i lovovertrædelsens alvor og varighed, den berigelse, der er opnået ved lovovertrædelsen, graden af skyld og den økonomiske formåen. Denne sanktion skal i henhold til artikel 6, stk. 1, sidste punktum, i direktiv (EU) 2019/633 være effektiv, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning, under hensyntagen til overtrædelsens art, varighed, gentagne karakter og grovhed. Således fastsætter artikel 6, stk. 1, i direktiv (EU) 2019/633 som et kriterium for graden af hårdhed af den sanktion, som den pågældende risikerer at blive pålagt (C-151/20 – Bundeswettbewerbsbehörde mod Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH), at sanktionen har til formål at sanktionere en begået ulovlighed (sanktionering) og ved afskrækkelse at forhindre begåelsen af yderligere overtrædelser (forebyggelse). Eftersom sanktionerings- og forebyggelsesvirkningen som de typiske kendetegn for en straf (Oberster Gerichtshof (øverste domstol) 16 Ok 52/05) skal opnås i henhold til de klare regler i artikel 6, stk. 1, sidste punktum, i direktiv (EU) 2019/633, udgør gennemførelsen i Østrig ved § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence med en strafferamme på op til 500 000 EUR en sanktion af strafferetlig karakter.
- 55 Hvad angår denne retlige kvalificering af den østrigske sanktionsbestemmelse som en sanktionsforanstaltning af strafferetlig karakter er der behov for at besvare det spørgsmål, i hvilken form en adfærd, hvorved § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov [artikel 3, stk. 1, litra d), i direktiv (EU) 2019/633], overtrædes flere gange, hvilket er blevet gjort gældende af sagsøgeren i den foreliggende sag, skal sanktioneres.

***Begreber i østrigsk strafferet i tilfælde af flere lovovertrædelser – konkurrenceretten***

- 56 Til forskel fra den østrigske Strafgesetzbuch (straffeloven) og den østrigske Verwaltungsstrafgesetz (den administrative straffelov) indeholder lov om loyal konkurrence ikke nogen bestemmelse om, i hvilken form sanktioneringen skal ske, når der begås flere overtrædelser.
- 57 Den østrigske lov om karteller indeholder heller ingen bestemmelse herom (jf. Koprivnikar/Mertel i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, § 29, punkt 5).
- 58 I forbindelse med gentagne og vedvarende overtrædelser af konkurrenceretten er der under de i fast retspraksis og den juridiske litteratur anførte betingelser som beskrevet nærmere nedenfor blevet udviklet det retlige begreb om en samlet og



vedvarende overtrædelse, som dogmatisk indebærer, at flere overtrædelser behandles som en enkelt handling forstået som idealkonkurrence (opfyldelse af gerningsindholdet ved en enkelt handling).

- 59 I hovedsagen opstår det spørgsmål, om det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse skal anvendes i forbindelse med flere overtrædelser af lov om loyal konkurrence. I denne henseende er der behov for en nærmere undersøgelse af begrebet om en samlet og vedvarende overtrædelse.

#### *Samlet og vedvarende overtrædelse*

- 60 Forordning nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 101 TEUF og 102 TEUF anvender i artikel 25, stk. 2, begrebet vedvarende overtrædelse.
- 61 Ifølge Domstolens faste praksis skal det lægges til grund, at der er tale om en samlet og vedvarende overtrædelse, hvis der foreligger en samlet plan, hvori der indgår forskellige handlinger, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencevilkårene inden for det indre marked, og det uafhængigt af det forhold, at en eller flere af disse handlinger også i sig selv og isoleret betragtet kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF (Domstolens dom i sag C-702/19 P og C-642/13).
- 62 Når de forskellige handlinger indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencevilkårene inden for det indre marked, kan Kommissionen således med rette pålægge ansvaret for disse handlinger på grundlag af deltagelsen i overtrædelsen betragtet i sin helhed (Domstolens dom i sag C-642/13 P, jf. i denne retning dommen i sag C-293/13 P og C-294/13 P, præmis 156 og den deri nævnte retspraksis).
- 63 Hvis disse betingelser er opfyldt, ville det være unaturligt at opdele en kontinuerlig adfærd, der er kendetegnet ved et enkelt formål, og herudfra konstruere flere selvstændige overtrædelser (jf. Domstolens dom i sag C-642/13 P, C-702/19 P og C-700/19 P).
- 64 I modsætning til i artikel 25 i forordning 1/2003 sondres der i den østrigske lov om karteller ikke mellem vedvarende overtrædelser og andre typer overtrædelser (Schwarz i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 33 KartG 2005).
- 65 Siden afgørelse 16 Ok 2/15b har det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse i tilfælde af overtrædelser af artikel 101 TEUF også i Østrig været anerkendt af de øverste domstole.
- 66 Oberster Gerichtshof (øverste domstol) fastslog, at et stort antal ulovlige på hinanden følgende handlinger udgør en vedvarende overtrædelse og en retlig enhed, såfremt handlingerne er forbundne i kraft af, at de har samme formål (samtlige bestanddele forfølger det samme mål). De enkelte delhandlinger skal

være ens med hensyn til den måde, hvorpå de er begået, stå i nær tidsmæssig forbindelse og være baseret på en samlet hensigt (16 Ok 2/15b).

- 67 En sådan samlet overtrædelse er generelt kendetegnet ved, at deltagerne i kartellet udviser en kontinuerlig konkurrencebegrænsende adfærd med et samlet økonomisk formål (16 Ok 3/23m).
- 68 Oberster Gerichtshof (øverste domstol) påpegede, at det ved kvalificeringen af forskellige handlinger som en vedvarende overtrædelse skal vurderes, om der består et komplementært forhold mellem dem, for så vidt som hver af dem har til formål at fjerne en eller flere konsekvenser af den normale konkurrence og i samspil med hinanden bidrager til at realisere alle de konkurrencebegrænsende virkninger, som gerningsmændene tilstræber inden for rammerne af en samlet plan med en samlet målsætning. Der behøver ikke at have foreligget en samlet plan fra begyndelsen, idet denne også først kan være blevet udarbejdet undervejs (16 Ok 2/15b).
- 69 Dette indebærer, at det retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse ifølge samstemmende retspraksis fra Domstolen og Oberster Gerichtshof (øverste domstol) forudsætter, at deltagerne har en samlet plan om at fordreje konkurrencen med deres handlinger.
- 70 En anvendelse af det i konkurrenceretten udviklede retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse i forbindelse med sanktioneringen af flere overtrædelser synes ikke at være systemkonform:
- 71 Hvis det tages i betragtning, at hovedformålet med direktiv (EU) 2019/633 og dermed med lov om loyal konkurrence er at udligne forskelle i forhandlingspositionen mellem køber og leverandør i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden, idet der fokuseres på den relative forhandlingsposition (14. betragtning til direktiv (EU) 2019/633), fremgår det klart, at i tilfælde af flere overtrædelser af forbuddet mod urimelig handelspraksis kan disse handlinger som følge af den manglende samlede plan om at fordreje konkurrencen – forstået som en bredt anlagt strategi om konkurrencebegrænsning – ikke kvalificeres som en samlet og vedvarende overtrædelse. I henhold til lov om loyal konkurrence er det centrale altid det enkelte leverandørforhold og den forskel i forhandlingspositionen, som gør sig gældende i dette forhold.
- 72 Også i den østrigske litteratur afvises det, at der i forbindelse med urimelig handelspraksis er grundlag for at anvende det i konkurrenceretten udviklede retlige begreb om en samlet og vedvarende overtrædelse (Seper i Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 6 FWBG, punkt 6).
- 73 Dette indebærer, at spørgsmålet om, hvorledes den gentagne tilsidesættelse af forbuddene i direktiv (EU) 2019/633 skal retsforfølges, bør besvares på grundlag af den østrigske (administrative) strafferet.

- 74 Som anført nedenfor er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt den tilgang til løsningen af dette spørgsmål, som følger af østrigsk dogmatik, er i overensstemmelse med reglerne i direktiv (EU) 2019/633.

*Absorptionsprincippet over for kumulationsprincippet*

- 75 Reglerne for, hvilken fremgangsmåde der skal anvendes, hvis en person begår flere overtrædelser, er i den østrigske strafferet fastsat i straffelovens § 28 og i den østrigske administrative strafferet i den administrative straffelovs § 22.
- 76 Straffelovens § 28, stk. 1, fastsætter det såkaldte absorptionsprincip i tilfælde af straffe af samme art.
- 77 I straffelovens § 28, stk. 1, fastsættes følgende: »Såfremt en person ved en handling eller ved flere selvstændige handlinger har begået flere strafbare handlinger af samme eller forskellig art og der træffes afgørelse om disse strafbare handlinger samtidigt, skal der, såfremt de love, der støder sammen, kun fastsætter frihedsstraffe eller kun fastsætter bødestrafte, træffes afgørelse om pålæggelse af en enkelt frihedsstraf eller bødestraf. Denne straf skal udmåles i henhold til den lov, som fastsætter den højeste straf. Bortset fra ekstraordinær strafnedsættelse må der dog ikke pålægges en lavere straf end den højeste af de minimumsstraffe, som er fastsat i de love, der støder sammen.«
- 78 Derimod fastsætter den østrigske administrative strafferet i den administrative straffelovs § 22, stk. 2, i tilfælde af flere strafbare forvaltningsretlige overtrædelser som hovedregel, at kumulationsprincippet finder anvendelse: »Såfremt en person ved flere selvstændige handlinger har begået flere forvaltningsretlige overtrædelser eller en handling er omfattet af flere straffe, som ikke udelukker hinanden gensidigt, skal straffene kumuleres. Det samme gælder, hvis forvaltningsretlige overtrædelser foreligger samtidigt med andre strafbare handlinger, som skal sanktioneres af en forvaltningsmyndighed.«
- 79 Kumulationsprincippet gælder for alle tilfælde af ægte idealkonkurrence (opfyldelse af gerningsindholdet ved en enkelt handling) og realkonkurrence (opfyldelse af gerningsindholdet ved flere handlinger). Såfremt gerningsmanden ved gentagelse begår flere selvstændige handlinger og der dermed foreligger realkonkurrence, skal der for hver forvaltningsretlig overtrædelse pålægges en straf, således at flere straffe kumuleres (Lewisch i Lewisch/Fister/Weilguni, VStG3, § 22, punkt 9).
- 80 Ved kumulation af straffe skal der dog tages hensyn til de EU-retlige begrænsninger, navnlig proportionalitetsprincippet (Domstolens dom i sag C-64/18 og C-746/21 P).
- 81 Lov om loyal konkurrence fastsætter ikke nogen bestemmelse om, efter hvilket princip der skal pålægges sanktioner i tilfælde af sammenstød mellem overtrædelser.

- 82 På baggrund af den betragtning, at anvendelsen af kumulationsprincippet ikke forudsætter nogen yderligere retsforskrifter ud over selve sanktionsbestemmelsen, hvorimod absorptionsprincippet (princippet om fradrag i straf) kræver regler om fradrag i straf, må det lægges til grund, at sanktionerne (bøderne) i tilfælde af flere overtrædelser af lov om loyal konkurrence skal kumuleres i henhold til kumulationsprincippet.
- 83 Ifølge den østrigske (administrative) strafferetlige dogmatik finder hverken absorptionsprincippet eller kumulationsprincippet anvendelse i hovedsagen, eftersom den adfærd, som sagsøgeren har foreholdt sagsøgte, skal bedømmes som en sammenhængende handling (vedvarende strafbar handling):

*Sammenhængende handling – samlet handling*

- 84 Ved afgørelse 13 Os 1/07g truffet af en udvidet afdeling ved Oberster Gerichtshof (øverste domstol) skete der et paradigmeskifte i det retlige begreb om en vedvarende strafbar handling med hensyn til tilfælde, hvor der foreligger en sammenhængende handling.
- 85 I begrundelsen i afgørelse 13 Os 1/07g anføres følgende:

»For så vidt som tidligere retspraksis under begrebet »vedvarende strafbar handling« (på grundlag af kriterier, som undertiden blev krævet opfyldt, men ikke blev håndhævet ensartet) sammenfattede flere handlinger med samme gerningsindhold (hvad enten handlingerne blev forsøgt eller gennemført), som blev begået med en »samlet hensigt«, til en i lovgivningen ukendt retligt sammenhængende handling med den konsekvens, at de hver for sig selvstændige ensartede strafbare handlinger kun udgjorde en enkelt strafbar handling, har Oberster Gerichtshof (øverste domstol) allerede i materiel henseende opgivet at anvende dette retlige begreb, idet den ved principafgørelse SSt 56/88 = EvBl 1986/123 har fastslået, at den strafbare handling kan opdeles processuelt. [...]. En anerkendelse af den vedvarende sammenhæng alene på grundlag af, at der foreligger sammenhængende successive handlinger, indebærer en målrettet afvisning af en absolut anskuelse af vedvarende strafbare handlinger og sammenhængende handlinger til fordel for en tilgang på grundlag af den specifikke strafbare handling. Forskellen mellem det retlige begreb om en vedvarende strafbar handling og den sammenhængende handling består nemlig i, at det retlige begreb om en vedvarende strafbar handling afledes af den almindelige del af den materielle strafferet, hvorimod begrebet om en sammenhængende handling sammenfatter ensartede handlinger på grundlag af enkelte gerningsindhold. Kriterierne for en sammenfatning kan derfor meget vel være forskellige afhængigt af den specifikke strafbare handling, uden at dette medfører selvmodsigelser, som omfatter hele det strafferetlige system. Jf. Jescheck/Weigend<sup>5</sup> (s. 711 ff.) er der tale om en sammenhængende handling, når blot gerningsindholdet foreligger, altså når minimumsforudsætningerne for det ved lov fastsatte gerningsindhold er opfyldt, navnlig ved strafbare handlinger med flere faser og varige strafbare handlinger (sammenhængende handling i snæver

forstand), og når det kun drejer sig om intensiteten af den samlede udførelse af handlingen (SSt 56/88), og dermed i tilfælde af gentagen opfyldelse af det samme gerningsindhold inden for kort tid, altså ved en blot kvantitativ forøgelse (sammenhængende lovovertrædelse) og en sammenhængende motivsituation (sammenhængende skyld), også når forskellige personers personlige retsgoder krænkes, samt ved vedvarende realisering af gerningsindholdet, altså når handlingens resultat søges opnået gradvist ved flere enkelthandlinger i tilfælde af en sammenhængende handlingssituation og den samme motivsituation, f.eks. ved overgang fra forsøg til fuldbyrdelse eller ved et indbrudstyveri i to etaper (sammenhængende handling i bred forstand).«

- 86 Den sammenhængende handling i bred forstand har siden da været et retligt begreb, som finder anvendelse i fast retspraksis (RIS-Justiz RS0122006), når følgende forudsætninger er opfyldt:
- Gentagen realisering af det samme gerningsindhold, altså kvantitativ forøgelse (sammenhængende lovovertrædelse),
  - inden for kort tid,
  - når der foreligger en sammenhængende motivsituation (sammenhængende skyld).
- 87 Når denne forudsætning er opfyldt, skal det retlige begreb om en sammenhængende handling også anvendes, såfremt forskellige personers retsgoder krænkes (Ratz i Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar<sup>2</sup> StGB, Vorbemerkungen zu §§ 28-31, punkt 89).
- 88 Sammenfatningen af handlinger til en sammenhængende handling har den konsekvens, at gerningsindholdet kun realiseres én gang (RIS-Justiz RS0120233, RS0122006). En sammenhængende handling er nemlig i både materiel og processuel henseende en handling (11 Os 51/11a).
- 89 Inden for den administrative strafferet anvendes det retlige begreb om en vedvarende strafbar handling fortsat i forbindelse med forsætlige handlinger. Den østrigske Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) definerer en vedvarende strafbar handling som »en række af retsstridige enkelthandlinger, der som følge af ligheden med hensyn til måden, hvorpå de begås, samt de ydre omstændigheder inden for en tidsmæssig sammenhæng, der fortsat kan konstateres«, på grundlag af en »på forhånd truffet viljesbeslutning« (»samlet hensigt«) »forenes til en enhed«, idet den sammenhængende viljesbeslutning skal være rettet mod den gentagne opnåelse af et samlet formål, der ligger fast i grove træk. Senest har Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) betegnet den sammenhængende viljesbeslutning som et »motiv til gentagen og ensartet strafbar adfærd« (Lewisch i Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>3</sup>, § 22, punkt 20). Den vedvarende strafbare handlingens funktion består i at samle den gentagne realisering af gerningsindholdet (»vedvarende strafbare handlinger«) til en enkelt »vedvarende strafbar handling«. Såfremt der foreligger en vedvarende strafbar handling, er der dermed i retlig

forstand tale om en enkelt handling, for hvilken der også skal pålægges en enkelt straf; der er altså ikke mulighed for kumulation af straffene for de enkelthandlinger, der er begået sammenhængende og successivt (ibidem, punkt 24).

### **Konklusioner**

- 90 Dette indebærer for så vidt angår de tilfælde, der skal bedømmes her, at de beskyldninger, som sagsøgeren har fremsat over for sagsøgte, om ved afsendelse af 16 e-mails med proformafakturaer til 16 forskellige leverandører med det førnævnte indhold, som blev afsendt på samme tid, at have overtrådt § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov, i henhold til østrigsk strafferetlig dogmatik skal kvalificeres som en sammenhængende handling:
- 91 Sagsøgerens beskyldning vedrører den gentagne og ensartede realisering af det samme gerningsindhold, nærmere bestemt § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov (sammenhængende lovovertrædelse), inden for kort tid, endda på samme tid, idet der foreligger en sammenhængende motivsituation i form af en samlet hensigt om at gennemføre transformationsprocessen under de samme ydre omstændigheder, nærmere bestemt gennemførelsen af et hyret virksomhedsrådgivningsfirmas anbefaling (sammenhængende skyld). Dermed skal handlingerne ifølge fast national retspraksis sammenfattes til en retligt sammenhængende handling (RIS-Justiz RS0122006), idet de overtrædelser af lov om loyal konkurrence, som sagsøgeren har foreholdt sagsøgte, skal vurderes som en enkelt overtrædelse af lov om loyal konkurrence.
- 92 Dermed skal der – såfremt det efter bevisproceduren viser sig, at sagsøgerens beskyldning er korrekt – eftersom der kun foreligger en enkelt handling, kun én gang pålægges en bøde med en strafferamme på 500 000 EUR, selv om 16 leverandørforhold var berørt.
- 93 Denne konklusion står dog efter den forelæggende rets opfattelse i et spændingsforhold til det formål, der forfølges med direktiv (EU) 2019/633, om at udligne eksisterende uligheder i forhandlingspositionen mellem køber og leverandør i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden, eftersom denne udligning altid kun kan opnås gennem det enkelte leverandørforhold. Den omstændighed, at det centrale i henhold til direktiv (EU) 2019/633 altid er det enkelte leverandørforhold og den relative ulighed i forhandlingspositionen inden for dette forhold, fremgår også af artikel 1 i direktiv (EU) 2019/633, som opstiller et forhold mellem leverandør og køber på grundlag af den årlige omsætning og, såfremt dette forhold mellem den årlige omsætning foreligger, for hver kategori lægger til grund, at køberens forhandlingsposition er truet (jf. også syvende betragtning til direktiv (EU) 2019/633). Dette formål gør det nærliggende at antage, at der ved enhver tilsidesættelse af lov om loyal konkurrence skal

foretages en separat vurdering af køberen og leverandøren med hensyn til deres årlige omsætning. På denne måde flyttes fokus til det enkelte leverandørforhold.

- 94 Med sammenfatningen af en købers overtrædelser af lov om loyal konkurrence over for flere leverandører til en sammenhængende handling bliver den relative forhandlingsposition, selv om den hyppige ulighed i denne relative forhandlingsposition var anledningen til vedtagelsen af direktiv (EU) 2019/633, mindre central i bedømmelsen. Vurderingen af en købers adfærd over for flere leverandører som en sammenhængende handling medfører endvidere, at kravet om, at bøden skal være effektiv, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning, eventuelt ikke opfyldes, og at den effektive virkning af direktiv (EU) 2019/633 herved under visse omstændigheder begrænses. Derimod vil en kumulativ pålæggelse af bøder afhængigt af antallet af de leverandørforhold, der er berørt af overtrædelsen eller overtrædelserne, efter den forelæggende rets opfattelse på effektiv vis tage hensyn til den relative forhandlingsposition.
- 95 Eftersom denne kumulation af bøder i henhold til national strafferetlig dogmatik og dermed i henhold til den østrigske retstilstand ikke skal foretages, anmodes Domstolen om fortolkning af direktiv (EU) 2019/633 og af østrigsk lovgivnings overensstemmelse med dette direktiv som omhandlet i de forelagte præjudicielle spørgsmål.

### ***Sammenfatning af begrundelsen for forelæggelsen***

Det første spørgsmål:

- 96 I henhold til østrigsk strafferetlig dogmatik skal den fremgangsmåde, som sagsøgeren har foreholdt sagsøgte, og som består i fremsendelse af flere betalingsanmodninger (proformafakturaer), som ikke vedrører salg af landbrugs- og fødevarerprodukter, til 16 leverandører på samme tidspunkt med samme motiv (gennemførelse af transformationsprocessen) i den samme handlingssituation kvalificeres som en sammenhængende handling i form af en enkelt overtrædelse af § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov.
- 97 Det er uklart, om kvalificeringen af denne adfærd, som er blevet gjort gældende af sagsøgeren, som en sammenhængende handling med den konsekvens, at der pålægges en (enkelt) bøde, på ækvivalent og effektiv vis opfylder det i direktiv (EU) 2019/633 fastsatte formål om at udligne uligheder i forhandlingspositionen mellem køber og leverandør i landbrugs- og fødevarerforsyningskæden. Med det første præjudicielle spørgsmål og dets underpunkter 1a og 1b ønskes det oplyst, om den kvalificering som en enkelt handling, der skal foretages i henhold til national dogmatik, er i overensstemmelse med direktiv (EU) 2019/633.

Det andet spørgsmål:

- 98 I fraværet af en bestemmelse om pålæggelse af sanktioner i tilfælde af flere strafbare handlinger i lov om loyal konkurrence skal der, såfremt sagsøgerens beskyldning om flere overtrædelser § 5c, stk. 1, i lov om loyal konkurrence, sammenholdt med bilag I, nr. 4, til samme lov, skal kvalificeres som flere handlinger og ikke som en sammenhængende handling, kumulativt pålægges en bøde for hver handling. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønskes det oplyst, om anvendelse af kumulationsprincippet i en situation som den foreliggende er i overensstemmelse med direktiv (EU) 2019/633.
- 99 Såfremt kvalificeringen af den adfærd over for 16 leverandører, som sagsøgeren har foreholdt sagsøgte, som en sammenhængende handling – hvilket følger af østrigsk dogmatik – måtte vise sig at være i strid med direktivet, og det første præjudicielle spørgsmål dermed besvares bekræftende, er det nødvendigt for den forelæggende rets afgørelse at afklare, om anvendelse af kumulationsprincippet, altså kumulering af bøder i henhold til § 6, stk. 2, i lov om loyal konkurrence, er i overensstemmelse med direktiv (EU) 2019/633.