Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MICHAL BOBEK
esitatud 2. septembril 2021 [1]

Kohtuasi C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
versus
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus))

Eelotsusetaotlus – Konkurents – Kahe konkurentsiasutuse uuritud tegevus – *Ne bis in idem*'i põhimõte – ELi ja liikmesriigi konkurentsiõiguse üheaegne kohaldamine – Kaitstava õigushüve samasus – Liikmesriigi konkurentsiasutuse otsuse territoriaalne mõju – Leebema kohtlemise programm

I. Sissejuhatus

1. Nordzucker ja Südzucker on kaks suhkrutootjat. Saksamaa riiklik konkurentsiasutus leidis, et need kaks ettevõtjat on rikkunud ELTL artiklit 101 ja Saksamaa konkurentsiõigust. Põhikohtuasjas soovib Austria riiklik konkurentsiasutus kinnitust, et need ettevõtjad on rikkunud ELTL artiklit 101 ja Austria konkurentsiõigust, tuginedes ilmselt samadele asjaoludele, mis on juba esitatud Saksamaa otsuses.

2. Selles kontekstis tõstatab Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus) küsimused Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta") artiklis 50 sätestatud *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamisala kohta. Kas sisuliselt välistab see põhimõte paralleelsed või hilisemad konkurentsiõiguslikud menetlused teistes liikmesriikides, kus näib vähemalt osaliselt toimuvat samasugune tegevus?

3. Käesolevas kohtuasjas tekib eelkõige kaks küsimust. Esiteks, millistest kriteeriumidest peaks lähtuma *idem*'i tõlgendamisel *ne bis in idem*'i tähenduses konkurentsiõiguses ja üldisemalt harta artikli 50 raames? Seda teemat olen käsitlenud paralleelses ettepanekus bposti kohtuasjas. [2] Seetõttu tugineb käesolev ettepanek selles suhtes juba nimetatud kohtuasja raames tehtud analüüsile. Teiseks seisneb käesoleva kohtuasja eripära vajaduses uuesti kindlaks määrata, mis on

[1] Algkeel: inglise.

[2] Kohtuasi bpost (C-117/20).

faktiliste asjaolude samasus *ne bis in idem*'i põhimõtte tähenduses.[3] Eelkõige palutakse Euroopa Kohtul veel kord selgitada oma arusaama kaitstava õigushüve samasusest. Kas sama kaitstav õigushüve on olemas kahes liikmesriigi menetluses, kus kaks liikmesriikide konkurentsiasutust on kohaldanud ELi konkurentsiõiguse (sama) sätet ja oma asjakohaseid liikmesriigi konkurentsieeskirju?

II. Õiguslik raamistik

4. Harta artikkel 50 pealkirjaga „Mitmekordse kohtumõistmise ja karistamise keeld" sätestab, et „kedagi ei tohi uuesti kohtu alla anda ega karistada kuriteo eest, milles ta on liidu territooriumil seaduse järgi juba lõplikult õigeks või süüdi mõistetud".

5. ELTL artikli 101 kohaselt on „siseturuga kokkusobimatud ja keelatud kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires".

6. Määruse (EÜ) nr 1/2003[4] artikkel 3 pealkirjaga „Asutamislepingu artiklite 81 ja 82 ning siseriiklike konkurentsieeskirjade vaheline seos" kõlab järgmiselt:

„1. Kui liikmesriikide konkurentsiasutused või siseriiklikud kohtud kohaldavad siseriiklikku konkurentsiõigust asutamislepingu artikli 81 lõikes 1 sätestatud kokkulepete, ettevõtjate ühenduste otsuste ja kooskõlastatud tegevuse suhtes, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust selle sätte tähenduses, peavad nad selliste kokkulepete, otsuste ja niisuguse kooskõlastatud tegevuse suhtes kohaldama ka asutamislepingu artiklit 81. Kui liikmesriikide konkurentsiasutused või siseriiklikud kohtud kohaldavad siseriiklikku konkurentsiõigust asutamislepingu artikli 82 alusel keelatud kuritarvitamise suhtes, peavad nad kohaldama ka asutamislepingu artiklit 82.

2. Siseriikliku konkurentsiõiguse kohaldamine ei tohi põhjustada selliste kokkulepete ja ettevõtjate ühenduste otsuste või niisuguse kooskõlastatud tegevuse keelamist, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, kuid ei piira konkurentsi asutamislepingu artikli 81 lõike 1 tähenduses, või vastavad asutamislepingu artikli 81 lõike 3 tingimustele või on hõlmatud asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks vastu võetud määrusega. Liikmesriikidel ei takistata käesoleva määruse alusel oma territooriumil vastu võtta ja kohaldada rangemaid siseriiklikke õigusakte, millega keelatakse ettevõtjate ühepoolne tegevus või rakendatakse selle suhtes sanktsioone.

3. Ilma et see piiraks ühenduse õiguse üldpõhimõtteid ja muid sätteid, ei kohaldata lõiget 1 ja 2 juhul, kui liikmesriikide konkurentsiasutused ja kohtud kohaldavad ühinemiskontrolli käsitlevaid siseriiklikke õigusakte, ning need ei välista selliste siseriiklike sätete kohaldamist, mille põhieesmärk erineb asutamislepingu artiklites 81 ja 82 nimetatud eesmärgist."

[3] Mida Euroopa Kohus on juba varem teinud ja kõige üksikasjalikumalt ehk 14. veebruari 2012. aasta kohtuotsuses Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] Nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määrus asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205).

7. Artikkel 5 „Liikmesriikide konkurentsiasutuste volitused“ sätestab järgmist:

„Liikmesriikide konkurentsiasutustel on asutamislepingu artiklite 81 ja 82 kohaldamise õigus üksikjuhtudel. Sel eesmärgil võivad nad omal algatusel või kaebuse põhjal teha järgmised otsused:

– nõuda rikkumise lõpetamist;

– kehtestada ajutisi meetmeid;

– kiita heaks kohustusi;

– kehtestada trahve, karistusmakseid või muid siseriiklikus õiguses sätestatud sanktsioone.

Kui keelamise tingimused ei ole nende valduses oleva teabe põhjal täidetud, võivad nad ka otsustada, et neil ei ole põhjust meetmeid võtta.“

8. Artikkel 13 hõlmab menetluse peatamist või lõpetamist:

„1. Kui kaebus on esitatud kahe või enama liikmesriigi konkurentsiasutustele või kui nad võtavad asutamislepingu artikli 81 või 82 alusel omal algatusel meetmeid sama kokkuleppe, ühenduse otsuse või tegevuse suhtes, on asjaolu, et üks asutus juba tegeleb juhtumi käsitlusega, teistele asutustele piisav põhjus menetlus peatada või kaebus tagasi lükata. Komisjon võib samuti kaebuse tagasi lükata, kui mõne liikmesriigi konkurentsiasutus on juba asunud juhtumit käsitlema.

2. Kui liikmesriigi konkurentsiasutusele või komisjonile esitatakse kaebus kokkuleppe, ühenduse otsuse või tegevuse kohta, mida mõni teine konkurentsiasutus on juba käsitlenud, võib kaebuse tagasi lükata.“

III. Faktilised asjaolud, riigisisene menetlus ja eelotsuse küsimused

9. Nordzucker ja Südzucker on kaks Saksamaa suhkrutootjat. Agranat kontrollib Südzucker. Ettevõtja juhib suhkruvabrikuid Austrias ja Ida-Euroopas.

10. Ajaloolistel põhjustel ning tulenevalt toote homogeensusest ja suurtest veokuludest oli Saksa suhkruturg jaotatud suurte Saksa tootjate vahel peamisteks müügipiirkondadeks. Vastuseks välismaiste suhkrutootjate püüdlustele siseneda Saksamaa turule kohtusid Nordzuckeri ja Südzuckeri müügidirektorid alates 2004. aastast mitu korda. Nendel kohtumistel rõhutati eelkõige seda, kui oluline on vältida uut konkurentsisurvet, tagades, et Saksamaa ettevõtjad hoiduvad üksteisega konkureerimast, sisenedes nende vastavatesse peamistesse traditsioonilistesse müügipiirkondadesse.

11. 2005. aasta lõpus ja 2006. aasta alguses tegi Agrana kindlaks, et mõned tema Austria kliendid ostavad suhkrut Nordzuckeri tütarettevõtjalt Slovakkias. 22. veebruari 2006. aasta telefonikõnes teavitas Agrana tegevdirektor Südzuckeri müügidirektorit asjaomastest tarnetest ja küsis, kas ta teab Nordzuckerist kedagi, kelle poole pöörduda seoses kõnealuse küsimusega. Seejärel helistas Südzuckeri müügidirektor Nordzuckeri müügidirektorile. Ta kurtis toodangu Austriasse tarnimise üle ja andis mõista, et see võib avaldada mõju Saksamaa turule. Nordzuckeri

müügidirektorile anti korraldus sellele taotlusele sõnaselgelt mitte reageerida. Küll aga andis ta seejärel Nordzuckeri Slovakkia tütarettevõtja müügijuhile teada, et ta ei soovinud eksporti Austriasse laiendada.

12. Bundeskartellamt (Saksamaa riiklik konkurentsiasutus) (edaspidi „BKA“) määras 18. veebruari 2014. aasta otsusega Südzuckerile 195 500 000 euro suuruse trahvi sisuliselt selle eest, et ettevõtja ei järginud Saksamaa Liitvabariigis keeldu sõlmida konkureerivate ettevõtjate vahelisi kokkuleppeid, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ja mille eesmärk või tagajärg on konkurentsi takistamine, piiramine või moonutamine siseturul. BKA leidis, et Nordzucker, Südzucker ja kolmas Saksamaa ettevõtja olid sõlminud kokkuleppe, pidades kinni oma peamistest tööstusliku ja jaemüügi suhkru müügipiirkondadest. BKA otsuses esitati ka eespool kirjeldatud 22. veebruaril 2006. aastal toimunud telefonivestluse sisu, mis oli seotud Austriaga.

13. Põhikohtuasi algas pärast seda, kui Nordsucker oli Austrias esitanud leebema kohtlemise taotluse. Bundeswettbewerbsbehörde (Austria riiklik konkurentsiasutus) (edaspidi „BWB“) esitas Austria pädevale kohtule tuvastamistaotluse, paludes tuvastada, et Nordzucker on rikkunud ELTL artiklit 101 ja liikmesriigi konkurentsiõiguse sätteid. BWB taotles Südzuckerile 12 460 000 euro suuruse trahvi määramist ajavahemiku eest, mis algas 1. jaanuaril 2005 ja lõppes 21. septembril 2006. BWB nõudis ka täiendavat trahvi summas 15 390 000 eurot, mis pidi solidaarselt määratama Südzuckerile ja Agranale, ajavahemiku eest, mis algas 22. septembril 2006 ja lõppes 31. oktoobril 2008.

14. Esimese astme kohus jättis selle taotluse rahuldamata. Kohus leidis, et BWB-l ei olnud õigustatud huvi esitada Nordzuckeriga seoses tuvastamistaotlust. Põhjus seisneb selles, et Nordzucker on ettevõtja, kellele kohaldub leebema kohtlemise programm, millega seoses BWB on hoidunud trahvi määramise nõudest. Kuni 22. veebruarini 2006 ei olnud isegi mitte kaudseid viiteid sellele, et Austria oleks kaasatud Saksamaa traditsiooniliste müügipiirkondade kokkuleppesse.

15. Siiski märkis esimese astme kohus ka seda, et 22. veebruari 2006. aasta telefonikõnes esitatud päring võis vähemalt mõjuda pärssivalt Nordzuckeri Slovakkia tütarettevõtja Austriasse suunatud tarnetele. Seega kujutas asjaomasele päringule järgnenud tegevus endast Nordzuckeri ja Südzuckeri vahelist kokkulepet, millega rikuti ELTL artikli 101 lõiget 1. Kõnealune kohus leidis siiski, et kui teatavate käitumisaspektide suhtes kohaldatakse teise riikliku konkurentsiasutuse juba määratud karistust, on uus karistus vastuolus *ne bis in idem*'i põhimõttega. Kohtu sõnul oli olukord 22. veebruari 2006. aasta kokkuleppe puhul täpselt selline.

16. BWB esitas eelotsusetaotluse esitanud Oberster Gerichtshofile (Austria kõrgeim üldkohus) apellatsioonkaebuse. Selles palutakse 22. veebruari 2006. aasta telefonivestluses sõlmitud kokkuleppe põhjal tuvastada, et Nordzucker on rikkunud ELTL artiklit 101 ja liikmesriigi konkurentsiõiguse sätteid. Südzuckerile nõuab BWB samuti sama rikkumise eest trahvi määramist. BWB vaidlustab esimese astme kohtu osutatud *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamise. Ta väidab, et asjaomases hinnangus ei võetud arvesse territooriume, mille eest määrati trahvid seal saadud käibe alusel. BWB on seisukohal, et esimese astme kohtu otsus on vastuolus ka ELi konkurentsiõiguse detsentraliseeritud kohaldamisega, mida reguleerib määrus (EÜ) nr 1/2003, millega on lubatud mitme riikliku konkurentsiasutuse paralleelne tegevus.

17. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et BKA määras Südzuckerile trahvi tegude eest, mis hõlmasid 22. veebruari 2006. aasta telefonivestlust, kujutades endast ainsat faktilist rikkumist menetluses olevas kohtuasjas. Lisaks osutab kõnealune kohus Euroopa Kohtu praktikale, mille kohaselt sõltub *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamine õigusrikkuja, faktiliste asjaolude ja kaitstava õigushüve samasuse kolmest kumulatiivsest tingimusest. Samuti juhib kohus tähelepanu sellele, mida ta peab pingeliseks olukorraks kaitstava õigushüve kriteeriumi ja muudes ELi õiguse valdkondades rakendatud lähenemisviisi vahel, mille kohaselt sõltub *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamine üksnes õigusrikkuja ja asjaolude samasusest.

18. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et Euroopa Kohtu praktika ei anna juhiseid seoses *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamisega olukorras, kus kaks riiklikku konkurentsiasutust kohaldavad ELi ja liikmesriigi konkurentsiõigust kahes menetluses, mis on seotud samade asjaolude ja sama õigusrikkujaga. Samuti märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et määruse (EÜ) nr 1/2003 põhjal ei saa teha mingeid järeldusi. Lisaks sellele küsib kohus, kas asjaolu, et riiklik konkurentsiasutus võttis arvesse asjaomase rikkumise mõju teises liikmesriigis, mängib rolli *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamisel ja kas asjaolul, et põhikohtuasi hõlmas Nordzuckeri esitatud leebema kohtlemise taotlust, on selles suhtes mingi tähtsus.

19. Nendel asjaoludel peatas Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus) menetluse ja esitas Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused.

„1. Kas konkurentsiõigusnorme käsitlevas Euroopa Kohtu praktikas *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamiseks kehtestatud kolmandat kriteeriumi, mille kohaselt peab rikkumine puudutama sama kaitstavat õigushüve, tuleb kohaldada ka juhul, kui kahe liikmesriigi konkurentsiasutused peavad samade asjaolude ning samade isikute suhtes lisaks riigisisestele õigusnormidele kohaldama ka samu ELi õigusnorme (käesolevas asjas ELTL artikkel 101)?

Kui esimesele küsimusele vastatakse jaatavalt, siis küsitakse järgmist.

2. Kas sellises Euroopa Liidu ja riigisiseste konkurentsiõigusnormide paralleelse kohaldamise olukorras on tegemist sama kaitstava õigushüvega?

3. Kas *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamise seisukohast on lisaks sellele oluline, kas ühe liikmesriigi konkurentsiasutuse ajaliselt esimese trahviotsusega on võetud faktilisest vaatenurgast arvesse konkurentsiõigusnormide rikkumise mõju teisele liikmesriigile, mille konkurentsiasutus tegi alles pärast seda otsuse tema menetletavas konkurentsiasjas?

4. Kas menetlus, milles tulenevalt ühe poole osalemisest leebema kohtlemise programmis saab selle poole suhtes tuvastada üksnes konkurentsiõiguse rikkumise toimepaneku, on *ne bis in idem*'i põhimõttega hõlmatud menetlus või saab rikkumise toimepanekut tuvastada sõltumata (teises liikmesriigis) varem toimunud trahvi määramise menetluse tulemusest?

20. Kirjalikud seisukohad on esitanud Südzucker, Agrana, BWB, Belgia, Saksamaa ja Itaalia valitsus ning Euroopa Komisjon. Südzucker, Agrana, BWB, Belgia, Saksamaa ja Poola valitsus ning komisjon esitasid 22. märtsil 2021 toimunud kohtuistungil suulised seisukohad. Kohtuistung korraldati käesolevas asjas ja kohtuasjas C-117/20 bpost ühine.

IV. Õiguslik hinnang

21. Käesolev ettepanek on üles ehitatud järgmiselt. Alustan oma analüüsi esimese ja teise tõstatatud küsimuse asjakohasuse käsitlemisega (A). Seejärel vaatlen testi, mis peaks minu arvates reguleerima *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavust konkurentsiõiguse küsimustes ja ka muudel juhtudel harta artikli 50 raames (B). Peatun eelkõige ELi konkurentsiõiguses sätestatud kaitstava õigushüve küsimusel (B.1) ning seejärel asun käsitlema faktiliste asjaolude samasust asjaomasel territooriumil ja ajal (B.2). Lõpetuseks keskendun küsimusele, kas riigisiseses menetluses, milles taotletakse rikkumise tuvastamist, kuid milles trahvi ei määrata, kuna kõnealune menetlus hõlmab leebema kohtlemise taotlust, saab kohaldada *ne bis in idem*'i põhimõtet (C).

A. Esimese ja teise eelotsuse küsimuse asjakohasus

22. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimese ja teise küsimusega palutakse Euroopa Kohtul kindlaks teha, kas kaitstava õigushüve kriteerium kehtib kahe erineva riigisisese menetluse puhul, mis puudutavad samu õigusrikkujaid ja samu asjaolusid, milles asjaomased riiklikud konkurentsiasutused kohaldavad ELTL artiklit 101 ja liikmesriigi konkurentsiõigust (esimene küsimus). Kui õigushüve kriteeriumi peetakse asjakohaseks, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus ka seda, kas ELi ja liikmesriigi konkurentsiõigus kaitsevad sama õigushüve (teine küsimus).

23. Kuigi vastuvõetamatuse vastuväidet ei ole ametlikult esitatud, ei pea BWB, Saksamaa valitsus ja komisjon vastust esimesele küsimusele (ja teatud ulatuses ka teisele küsimusele) käesoleva kohtuasja lahendamisel otsustavaks. Sisuliselt on nad seisukohal, et põhikohtuasjas puudub asjaolude samasus, sest BKA ja BWB käsitlesid kõnealust konkurentsivastast käitumist üksnes oma riigi territooriumil. Seetõttu ei ole vaja hinnata kaitstavat õigushüve.

24. Soovitan mitte jätta vastamata esimesele ja teisele tõstatatud küsimusele.

25. Esiteks ja eelkõige ei ole selge, kas BKA tegevus piirdus ainult Saksamaa territooriumiga. Tegelikult näib esinevat mõningane segadus selles suhtes, mida riiklik konkurentsiasutus täpselt arvesse võttis ja millised on sellest tulenevad tagajärjed. Mõistan, et see segadus tuleneb sellest, et BKA otsuses on nimetatud 22. veebruari 2006. aasta telefonivestlust, mille käigus arutati Austria turu üle. Sellele vestlusele tugineb põhikohtuasjas ka BWB.

26. Samas puudub teave, mis annaks selgust selle kohta, kas (ja kuidas) kajastub sellest vestlusest tulenev kokkumäng BKA menetluses ja tema lõplikus otsuses territoriaalse kohaldamisala kindlaksmääramisel. Eelotsusetaotluse esitanud kohus väljendab kahtlust BKA otsuse territoriaalse kohaldamisala suhtes. Lisaks märgib kohus, et asjaomane otsus ei hõlma üksikasju käibe kohta, mis oli Südzuckerile määratud trahvi arvutamise aluseks.

27. Neid kahtlusi toetab asjaolu, et esimese küsimuse sõnastus osutab sõnaselgelt *samadele asjaoludele*. Kolmas küsimus on seejärel seotud kõnealuse konkurentsiõigusnormide rikkumise *sama mõjuga*. Kui neid küsimusi käsitleda eelotsusetaotluse raames, näib, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu seisukohalt võivad BKA korraldatud menetlus ühelt poolt ja käsitletav menetlus teiselt poolt omavahel territoriaalselt kattuda.

28. Teiseks palub eelotsusetaotluse esitanud kohus selgelt Euroopa Kohtul anda juhiseid kaitstava õigushüve küsimuses. Kuigi seda tegurit võetakse tõenäoliselt arvesse pärast õigusrikkuja ja faktiliste asjaolude samasuse kontrollimist, võivad kohtuasja eripärad ja huvi menetlusökonoomia vastu eeldada hindamiskorra erinevust. See kord jääb eelotsusetaotluse esitanud kohtu kehtestada.

29. Kolmandaks küsib liikmesriigi kohus üsna kõrvalise, ent siiski olulise teemana käesoleva eelotsusetaotluse kaudu *ne bis in idem*'i testi kohaldamise kohta eelkõige konkurentsiõiguse menetluses ja harta artikli 50 raames üldiselt. Selles kontekstis oleks minu arvates üsna segadusttekitav ja kindlasti mitte kooskõlas õigusalase koostöö vaimuga, kui Euroopa Kohus keskenduks lihtsalt ühele tingimusele, mis ei pruugi olla täidetud (kuid mis on tegelikult faktiline küsimus, mille peab kindlaks tegema eelotsusetaotluse esitanud kohus), täpsustamata, millised on sama testi muud kriteeriumid.

30. Kokkuvõtteks, kuivõrd ei saa välistada, et mõlemad menetlused kattuvad faktiliselt ühel või teisel viisil või et eelotsusetaotluse esitanud kohus võib soovida uurida õigushüve küsimust enne asjaolude samasuse väljaselgitamist, ei saa eelotsusetaotluse asjakohasuse eeldust [5] pidada ümberlükatuks. Seetõttu soovitan Euroopa Kohtul vastata esimesele ja teisele tõstatatud küsimusele.

B. Ne bis in idem'i põhimõte ELi (konkurentsi)õiguses: test ja selle osad

31. Esimene ja teine tõstatatud küsimus on seotud testi määratlusega, mis peaks reguleerima *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavust konkurentsiõiguse küsimustes ja täpsemalt selles kontekstis seoses *idem*'i mõistega.

32. Alustuseks meenutan lühidalt põhjuseid, mis tekitavad selles suhtes küsimusi. Minu soovitatud vastus esimesele küsimusele tugineb analüüsile, mis on juba tehtud minu paralleelses ettepanekus kohtuasjas bpost. Pakun välja harta artikli 50 alusel *ne bis in idem*'i ühtse testi, tuginedes kolmekordsele samasusele, mis on seotud õigusrikkuja, faktiliste asjaolude ja kaitstava õigushüvega (1).

33. Järgmisena käsitlen vastusena *teisele* küsimusele kaitstava õigushüve küsimust konkreetselt konkurentsiõiguses. Sellega seoses järeldan, et kui kaks riiklikku konkurentsiasutust kohaldavad ELTL artiklit 101 ja samaväärseid liikmesriigi õigusnorme, kaitsevad nad sama õigushüve (2).

34. Lõpuks peatun küsimusel, kas mõlemad käesolevas kohtuasjas käsitletud menetlused on seotud samade asjaoludega ja kas need on õiguslikult üldse võimalikud. Järeldan, et küsimus, kas BKA võttis arvesse konkurentsiõiguse asjaomase rikkumise mõju Austrias, on põhikohtuasjas *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavuse seisukohalt küll asjakohane, ent faktiliselt kaugeltki mitte selge (3).

[5] Viimati nt 29. aprilli 2021. aasta kohtuotsus Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny z siedzibą (C-383/19, EU:C:2021:337, punktid 29 ja 30 ja seal viidatud kohtupraktika).

1. Test: kolmekordne samasus

35. Esimene ja teine eelotsuse küsimus on vaieldamatult inspireeritud Euroopa Kohtu korduvast kinnitusest, et konkurentsiõiguses nõuab *idem*'i tingimuse täitmine mitte üksnes õigusrikkuja ja asjaolude, vaid ka kaitstava õigushüve samasust.[6]

36. ELi konkurentsiõiguse *ne bis in idem*'iga seotud kohtupraktika hakkas tekkima umbes 50 aastat tagasi pärast Euroopa Kohtu otsust Wilhelm jt.[7] Kõnealune kohtuasi oli seotud konkurentsivastase tegevuse paralleelse riikliku ja riikideülese uurimisega. Euroopa Kohtu väidet, et „ühenduse ja riigisisene kartelle käsitlev õigus vaatlevad kartelle erinevatest aspektidest"[8], täiendati hiljem selgitusega, mille kohaselt rakendatakse konkurentsiõiguses *ne bis in idem*'i põhimõttega tagatud kaitset alles siis, kui teine menetlus hõlmab lisaks õigusrikkuja ja asjaolude samasusele ka kaitstava õigushüve samasust.[9] Selle põhimõtte tõlgendust kinnitati eelkõige kohtuotsuses Toshiba.[10] Hoolimata kasvavast kriitikast kaitstava õigushüvega seotud tingimuse kasutamise kohta, mida ei olnud ELi õiguse muudes valdkondades,[11] kinnitati sama tõlgendust viimati kohtuotsuses Slovak Telecom.[12]

37. Euroopa Kohus piirdus sõnaselgelt *idem*'i käsitlemisel üksnes õigusrikkuja ja tegude samasusega kohtupraktikas, mis on seotud 14. juuni 1985. aasta konventsiooni (millega rakendatakse 14. juuni 1985. aasta Schengeni lepingut Beneluxi Majandusliidu riikide, Saksamaa Liitvabariigi ja Prantsuse Vabariigi valitsuste vahel nende ühispiiridel kontrolli järkjärgulise kaotamise kohta) (edaspidi „Schengeni lepingu rakenduskonventsioon")[13] artikliga 54. Selles kontekstis leidis Euroopa Kohus, et *idem*'i tingimuse hindamise ainus asjakohane kriteerium seisneb „tegude sisulise samasuse kindlakstegemises, mida tuleb mõista konkreetsete omavahel lahutamatult seotud asjaolude kogumi esinemisena".[14] Sarnaselt leidis Euroopa Kohus kriminaal- ja haldusmenetluste kombinatsiooni käsitlevas kohtupraktikas, et „harta artikliga 50 ei ole vastuolus see, kui liikmesriik näeb käibemaksu deklareerimise kohustuse rikkumistega seonduva *samadel tehioludel* põhineva teokoosseisu jaoks ette järjestikku maksuõigusliku sanktsiooni ja kriminaalkaristuse".[15] Hiljem selgitas Euroopa Kohus, et „harta artikli 50 kohaselt on keelatud identsete tegude eest nende tegude suhtes läbi viidud erinevate menetluste tulemusel määrata

6 Vt eelkõige 7. jaanuari 2004. aasta kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 338), 14. veebruari 2012. aasta kohtuotsus Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97) ning 25. veebruari 2021. aasta kohtuotsus Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, punkt 43).

7 13. veebruari 1969. aasta kohtuotsus (14/68, EU:C:1969:4).

8 *Ibid.*, punkt 3.

9 7. jaanuari 2004. aasta kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 338) ning 14. veebruari 2012. aasta kohtuotsus Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97). Vt ka Üldkohtu 26. oktoobri 2017. aasta otsus Marine Harvest *vs.* komisjon (T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 308).

10 14. veebruari 2012. aasta kohtuotsus Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97 ja seal viidatud kohtupraktika).

11 Vt kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2011:552, punktid 114–122), kohtujurist Wahli ettepanek kohtuasjas Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, punkt 45) ning kohtujurist Tanchevi kohtuasjas Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, punkt 95, 34. joonealune märkus).

12 Vt 25. veebruari 2021. aasta kohtuotsus Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

13 EÜT 2000, L 239, lk 19.

14 9. märtsi 2006. aasta kohtuotsus van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, punkt 36), 28. septembri 2006. aasta kohtuotsus Gasparini jt (C-467/04, EU:C:2006:610, punkt 54), 28. septembri 2006. aasta kohtuotsus van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, punkt 48), 18. juuli 2007. aasta kohtuotsus Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, punkt 26), 16. novembri 2010. aasta kohtuotsus Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, punkt 39), 29. aprilli 2021. aasta kohtuotsus X (Euroopa vahistamismäärus – *ne bis in idem*) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, punkt 71 ja seal viidatud kohtupraktika), kusjuures viimane kohtuasi hõlmas kolmanda riigi eelmist määratud karistust.

15 26. veebruari 2013. aasta kohtuotsus Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 34). Kohtujuristi kursiiv.

mitu kriminaalkaristust“.[16] Muutes analüüsi rohkem *bis*'i suunas, lubas Euroopa Kohus jätkata teist menetlust samas asjas, järgides harta artikli 52 lõikes 1 sätestatud õiguste piiramise klausli tingimusi.[17]

38. Praegu näib, et Menci test on üldiselt kohaldatav; seda kohaldatakse kõikide olukordade suhtes, mis kuuluvad harta artikli 50 kohaldamisalasse. See jätab siiski ruumi konkreetsemate eeskirjade, näiteks Schengeni lepingu rakenduskonventsiooni artikli 54 või Euroopa vahistamismäärust käsitleva raamotsuse 2002/584/JSK[18] artikli 3 lõike 2 paralleelseks kohaldamiseks. Siiski näib praegu olevat vaikimisi testiks väga lai *idem factum*'i mõiste seoses harta artikli 50 kohaldamisalaga, mis on kombineeritud üsna suurejoonelise „pääseteega“ harta artikli 52 lõike 1 kohase õiguste piiramise võimaluse kujul.

39. Ma ei hakka siinkohal kordama argumente selle kohta, miks pean sellist lähenemist problemaatiliseks. Siin jääb mul üle osutada üksnes oma analüüsile bposti kohtuasjas.[19] Seetõttu pakun välja harta artikli 50 tähenduses *idem*'i (samasuse) testi, tuginedes kolmekordsele samasusele, mis on seotud õigusrikkuja, faktiliste asjaolude ja kaitstava õigushüvega.[20]

40. Selle lähtepunkti selgitamine ajendab mind põhjalikumalt uurima selle testi kahte elementi, mis asuvad käesoleva juhtumi keskmes, täpsemalt kaitstava õigushüve samasus (2) ja asjaolude samasus (3).

2. Kaitstava õigushüve samasus

41. Kuigi kaitstava õigushüve tingimust on konkurentsiõiguse küsimustes sageli korduvalt kinnitatud, ei ole mulle teadaolevalt kõnealust tingimust kunagi päriselt selgitatud,[21] välja arvatud väide, mille kohaselt „puudutavad siseriiklikud õigusnormid, mille iga riik võtab vastu omaenda kaalutlustest lähtudes, konkurentsi piiravat tegevust vastava riigi territooriumil“.[22]

42. Konkreetne küsimus selle kohta, kas ELi ja liikmesriikide konkurentsiõigus kaitsevad sama õigushüve, esitati Euroopa Kohtule üsna hiljuti kohtuasjas Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie.[23] Euroopa Kohus ei pidanud vajalikuks seda küsimust käsitleda. Kuigi põhikohtuasi oli

16 20. märtsi 2018. aasta kohtuotsus Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, punkt 35). Kohtujuristi kursiiv. Vt siiski ka kohtuotsus Garlsson Real Estate jt (C-537/16, EU:C:2018:193, punkt 27), kus viidatakse taaskord *samadele õigusaktidele*.

17 Siinkohal võib lisada, et (faktiliste) asjaolude ja (faktilise) teo mõistete vahelduv kasutamine võis osaliselt aidata kaasa segaduse tekkimisele seoses nõutava samasuse tüübi ja kohaldamisalaga. Kitsal lugemisel ja konkreetsetes kontekstides võib „tegu“ tõepoolest võrdsustada „asjaoludega“. Kuid mõnes keeles ja kindlasti ka abstraktselt käsitledes on (kuritegeliku) teo mõiste laiem kui pelgalt selle faktilised asjaolud. See ei hõlma mitte üksnes seda, mis juhtus, vaid ka juhtunu õiguslikku hindamist ja kvalifitseerimist, mis omakorda tõenäoliselt mõjutab kaitstavat õigushüve, vähemalt kaudselt, määrates kindlaks kõnealuse käitumise ühiskondliku mõju.

18 Nõukogu 13. juuni 2002. aasta raamotsus Euroopa vahistamismääruse ja liikmesriikidevahelise üleandmiskorra kohta (EÜT 2002, L 190, lk 1; ELT eriväljaanne 19/6, lk 34).

19 bpost (C-117/20, EU:C:2021:XXX, punktid 101–117).

20 Juhindudes ka sealsetes punktides 119–122 sätestatud põhimõtetest.

21 Euroopa Kohus osutas (otseselt või kaudselt) kohtuasjas Wilhelm jt tehtud avaldusele selle kohta, et liikmesriigi ja EÜ konkurentsiõigus on erinevad, näiteks 10. juuli 1980. aasta kohtuotsuses Giry ja Guerlain jt (253/78 ja 1/79 kuni 3/79, EU:C:1980:188, punkt 15), 16. juuli 1992. aasta kohtuotsuses Asociación Española de Banca Privada jt (C-67/91, EU:C:1992:330, punkt 11), 26. novembri 1998. aasta kohtuotsuses Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punkt 19), 9. septembri 2003. aasta kohtuotsuses Milk Marque ja National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, punkt 61), 13. juuli 2006. aasta kohtuotsuses Manfredi jt (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punkt 38) või 1. oktoobri 2009. aasta kohtuotsuses Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, punkt 50).

22 Vt nt 10. juuli 1980. aasta kohtuotsus Giry ja Guerlain jt (253/78 ja 1/79–3/79, EU:C:1980:188, punkt 15), 9. septembri 2003. aasta kohtuotsus Milk Marque ja National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, punkt 61) või 1. oktoobri 2009. aasta kohtuotsus Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, punkt 50).

23 3. aprilli 2019. aasta kohtuotsus (C-617/17, EU:C:2019:283).

seotud liikmesriikide ja ELi konkurentsieeskirjade samaaegse kohaldamisega, hõlmas see üksnes ühte menetlust riiklikus konkurentsiasutuses. Seega piirdus Euroopa Kohus sellega, et juhtis tähelepanu asjaolule, et *bis*'i ei saa käsitleda ilma *idem*'ita.

43. Seevastu hõlmab käesolev kohtuasi selgelt kahte menetlust, mis puudutavad siinkohal asjakohasusest lähtudes samu õigusrikkujaid.[24] Seega, kui eelotsusetaotluse esitanud kohus ei järelda, et mõlemad menetlused puudutavad selle küsimuse uurimisel enne kaitstava õigushüve küsimust erinevaid faktilisi asjaolusid, on kaitstava õigushüve küsimus selgelt asjakohane.

44. Kas ELi ja liikmesriikide konkurentsiõigus kaitsevad sama õigushüve? Kui läheneda sellele pigem üldiselt, pidades silmas õiglast ja häirimatut konkurentsi siseturul, siis need seda selgelt teevad. Kuid ma ei arva, et analüüs saaks sellega tõesti piirduda. Kaitstava õigushüve küsimust tuleks hinnata konkreetse sätte alusel. See peab keskenduma konkreetsele hüvele või eesmärgile, mida kohaldatav säte taotleb, mida selle sätte alusel karistatakse ja miks.[25]

45. Ühest küljest, kui vaadata olukorda abstraktselt, ei ole kahtlust, et praegu on ELi ja liikmesriikide konkurentsieeskirjad suures osas ühtlustunud. Ilma et see piiraks ajaloolisi põhjuseid, mis ajendasid kohtuotsuse Wilhelm jt avaldust ühenduse ja liikmesriikide konkurentsiõiguse erinevuse kohta,[26] on selge, et määrus (EÜ) nr 1/2003 lähendas ELi ja liikmesriikide konkurentsiõigust. Lähenemise ja koostöö vajadus peegeldub nii asjaomase õiguse sisus kui ka seda kohaldavate institutsioonide tasandil.

46. Sisuliste sätete osas annab määrus (EÜ) nr 1/2003 selgelt riiklikele konkurentsiasutustele õiguse kohaldada ELTL artikleid 101 ja 102.[27] Selles sätestatakse ka eeskirjad, mille eesmärk on tagada nende kohaldamise järjepidevus. Sealjuures on võib-olla määruse (EÜ) nr 1/2003 sätetel, mis on seotud institutsioonide ja korraga, mille alusel on loodud Euroopa konkurentsivõrgustiku üsna keerukas süsteem, ajendades osalema nii komisjoni kui ka riiklikke konkurentsiasutusi, eesmärk ühtlustada ELTL artiklite 101 ja 102 kohaldamist. Lisaks kõrvaldab ELi seadusandja vastuvõetud direktiiv (EL) 2019/1[28] kehtiva korra puhul tunnetatavad lüngad. Kõnealuse direktiiviga antakse riiklikele konkurentsiasutustele õigus saada tõhusamateks ELTL artiklite 101 ja 102 jõustajateks valdkondades, mis on hõlmatud selle õigusakti üksikute peatükkidega.[29]

47. Selle süsteemse ajakohastamise kontekstis on keeruline võtta seisukoht, et ELi ja liikmesriikide konkurentsiõigus ei ole üksteisele lähemale jõudnud pärast seda, kui kohus arutas nende suhet kohtuasjas Wilhelm jt. Selline kaalutlus näib olevat tõene mitte üksnes siis,

[24] Kuigi kummagi liikmesriigi menetluses ei ole *kõik* pooled identsed, on Nordzuckeri ja Südzuckeri kontekstis õigusrikkuja(te) samasus ilmselge.

[25] Seda on käsitletud minu ettepanekus bposti kohtuasja kohta, täpsemalt punktides 136–141 koos punktidega 142–151, milles esitatakse täiendavad kirjeldused.

[26] Euroopa Kohus kasutas täpsemalt mõistet „ühenduse ja riigisisene kartelle käsitlev õigus". 13. veebruari 1969. aasta kohtuotsus Wilhelm jt (14/68, EU:C:1969:4, punkt 3).

[27] Mis oli osaliselt juba nii määruse nr 17 alusel seoses EMÜ asutamislepingu artiklitega 85 ja 86; EMÜ nõukogu määrus nr 17: esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta (EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne 08/01, lk 3).

[28] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2018. aasta direktiiv, mille eesmärk on anda liikmesriikide konkurentsiasutustele volitused, et tulemuslikumalt tagada konkurentsinormide täitmine ja et tagada siseturu nõuetekohane toimimine (ELT 2019, L 11, lk 3).

[29] Nagu nähtub direktiivi (EL) 2019/1 vastavate peatükkide peakirjadest, hõlmavad need valdkonnad riiklike konkurentsiasutuste sõltumatust ja vahendeid, volitusi oma ülesannete täitmiseks, trahvide määramist, leebema kohtlemise programme, vastastikust abi ja aegumistähtaegu.

kui võetakse arvesse selles otsuses kasutatud täpset Euroopa Kohtu sõnastust, mis osutab „ühenduse ja riigisisesele *kartelle* käsitlevale õigusele“,[30] vaid ka siis, kui võetakse arvesse üldisemat viidet „konkurentsi piiravatele tavadele“[31] hilisemas kohtupraktikas.

48. Teisest küljest, kui keskenduda konkreetsetele sätetele, ei saa täie kindlusega väita, et konkurentsieeskirjade teatavates valdkondades ei esine enam (või pigem ei saa enam olla) lahknevusi.[32] Määruse (EÜ) nr 1/2003 artikkel 3 mitte üksnes ei reguleeri vastupidi eelnevale määrusele nr 17 suhteid ELi ja riiklike konkurentsiasutuste vahel, vaid tunnistab ka konkreetselt, et esineb juhtumeid, kus riiklikud konkurentsieeskirjad võivad sisuliselt erineda ELi konkurentsieeskirjadest.

49. Seoses ELTL artiklite 101 ja 102 riigisisese kohaldamisega tuleneb määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 3 lõikest 2, et liikmesriigid ei või kokkulepete, ettevõtjate ühenduste otsuste ja kooskõlastatud tegevuse suhtes kohaldada rangemaid eeskirju kui need, mis kehtivad ELi tasandil. Liikmesriigid aga saavad seda teha seoses ettevõtjate *ühepoolse tegevusega*. Seepärast esineb erinevus konkreetsete riigisiseste eeskirjade lubatavuses sõltuvalt sellest, kas kõnealune tegevus kuulub ELTL artikli 101 või 102 kohaldamisalasse.

50. Lisaks annab määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 3 lõige 3 riigisiseste ühinemisseaduste suhtes veelgi rohkem võimalusi eristamiseks ja jätab alles võimaluse kohaldada jätkuvalt riigisiseseid õigusnorme, mille peamine eesmärk on ELTL artiklite 101 ja 102 eesmärkidest erinev. Viimast võimalust kinnitab ka määruse (EÜ) nr 1/2003 põhjendus 9, milles on muu hulgas märgitud, et „liikmesriigid võivad […] rakendada oma territooriumil siseriiklikke õigusakte, mis keelavad ühepoolse või lepingujärgse ebaõiglase kaubandustavade praktika või rakendavad selle suhtes sanktsioone“.

51. Struktuurilises mõttes näeb määruse (EÜ) nr 1/2003 artiklis 3 käsitletud ELi ja riiklike eeskirjade normatiivne koosmõju ette vähemalt neli erinevat stsenaariumi. *Esiteks* esineb ELTL artikli 101 kohaldamisalasse kuuluvate olukordade puhul täielik sisuline kattumine, milles liikmesriigid ei saa rangemaid eeskirju vastu võtta. *Teiseks* on ELTL artikli 102 kohaldamisalasse kuuluvate olukordade puhul üsna suur, ent mitte täielik sisuline kattumine, mille puhul võivad liikmesriigid vastu võtta rangemaid eeskirju.[33] *Kolmandaks* toimub ühinemiste kontrolli osaline ühtlustamine. *Neljandaks* ja ehk kõige olulisemana tuleb välja tuua see, et liikmesriikidele on eraldatud normeeritud ruum, kui tegemist on riiklike eeskirjadega, millel on ELTL artiklites 101 ja 102 sätestatust erinevad eesmärgid, kusjuures näitena on nimetatud ebaausate kaubandustavade riiklikku reguleerimist.

30 13. veebruari 1969. aasta kohtuotsus Wilhelm jt (14/68, EU:C:1969:4, punkt 3). Kohtujuristi kursiiv.

31 Vt nt 10. juuli 1980. aasta kohtuotsus Giry ja Guerlain jt (253/78 ja 1/79–3/79, EU:C:1980:188, punkt 15).

32 Määruse (EL) nr 1/2003 vastuvõtmisele eelnenud õigusloometöös märkis komisjon, et (tollasest 15st) paljud liikmesriigid jõustasid riigisisesed konkurentsiseadused, mis kajastasid EÜ asutamislepingu artiklite 81 ja 82 sisu. Samal ajal tunnistas komisjon, et ametlikku ühtlustamist ei ole toimunud ning erinevused on säilinud nii õiguses kui ka praktikas. Vt nõukogu määruse ettepaneku (asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta ja määruste (EMÜ) nr 1017/68, (EMÜ) nr 2988/74, (EMÜ) nr 4056/86 ja (EMÜ) nr 3975/87 muutmise kohta (edaspidi „määrus, millega rakendatakse asutamislepingu artikleid 81 ja 82“) (KOM(2000) 582 (lõplik), EÜT 2000, C 365E, lk 284)) seletuskirja kolmanda lõigu punkti 1 alapunkt A „Kontekst“ ning teise lõigu punkti 2 alapunkti C alapunkti 2 alapunkt a.

33 Määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 3 lõikes 2 osutatud mõiste „rangemaid siseriiklikke õigusakte“ kohta vt nt Feteira, L. T., *The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: United (Should) We Stand?*, Wolters Kluwer Law International, 2015, lk 62–67.

52. Seega tunnistatakse määruse (EÜ) nr 1/2003 artiklis 3 asjaolu, et ELi ja liikmesriikide konkurentsiõigus ei ole vähemalt mitte kõikides aspektides identne.[34] See võimalik erinevus on aga seotud taotletava huvi (või eesmärgi) normatiivse kvaliteediga. See ei saa asuda lihtsalt teises geograafilises kohaldamisalas.

53. Teisisõnu ei usu ma, et pelgalt (kvantitatiivne) erinevus sama rikkumise territoriaalses ulatuses ja seega ka asjaomases eeskirjas näitab iseenesest (kvalitatiivset) erinevust õigushüves.[35] Kui ELi konkurentsiõigus hõlmab olukordi, kus mõjutatakse liikmesriikidevahelist kaubandust, siis liikmesriigi konkurentsiõigust kohaldatakse riigisisestes olukordades. Minu arvates osutab see erinevus rikkumise territoriaalsele ulatusele, mis võib olla seotud ka kaitstava õigushüve kahjustamise olulisusega, ent mitte tingimata asjaomase kaitstava õigushüve erineva kvaliteediga.[36]

54. Lihtsamalt öeldes mõjutab Tšehhi Vabariigis kokku lepitud ja korraldatud hinnakartell tõenäoliselt kvalitatiivselt sama kaitstavat õigushüve, olenemata sellest, kas lõppkokkuvõttes ja arvestades liikmesriikidevahelist kaubandust, kohaldatakse selles suhtes üksnes ELTL artiklit 101 kajastavat riigisisest sätet[37] või ELTL artiklit 101 koos selle riigisisese sättega või ainult ELTL artiklit 101 üksinda.

55. Tõepoolest, seda koondpilti reguleerib üldeeskiri, mille kohaselt kohaldatakse riiklikke konkurentsieeskirju üksnes siis, kui liidu õigus ei näe ette konkreetseid eeskirju.[38] Kui aga mõlemad eeskirjad tõepoolest kattuvad või kui nende suhtes kehtestatud sanktsioonid puudutavad samasid asjaolusid, määratakse see, kas kaitstav õigushüve on sama nii ELi kui ka liikmesriigi tasandil, kindlaks *in concreto*, arvestades konkreetseid sätteid, mida kohaldatakse sama kohtuasja suhtes mõlemal tasandil.

56. Kui kohaldada seda lähenemisviisi käesolevas asjas, siis tuleneb määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 3 lõikest 1, et kui riiklik konkurentsiasutus (või liikmesriigi kohus) kohaldab riigisisest õigust toimingute suhtes, mis ELTL artikli 101 tähenduses mõjutavad liikmesriikidevahelist kaubandust, peab see asutus kohaldama ka ELTL artiklit 101. Teisisõnu, kui kõnealune tegevus kuulub *samuti* ELTL artikli 101 kohaldamisalasse, peavad riiklikud konkurentsiasutused või kohtud *samuti* asjaomast sätet kohaldama.[39]

[34] Seetõttu märkis kohtujurist Kokott oma ettepanekus kohtuasja Toshiba Corporation jt kohta, et sisuliselt jääb Walt Wilhelmi kohtuotsuse esialgne väide endiselt kehtima (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 81).

[35] Vt ka Nazzini, R., „Parallel Proceedings in EU Competition Law: *Ne Bis In Idem* as a Limiting Principle“: van Bockel, B. (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, lk 159.

[36] Kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomer leidis, et „õigusvastase tegevuse territoriaalse ulatuse test ei ole sisuline, vaid omadussõnaline, sest see ei mõjuta rikkumise olemust, vaid üksnes selle intensiivsust“. Ta ei nõustunud kohtuotsuses Wilhelm jt toodud lähenemisega, sõnades, et „eeskirjad, mis tagavad vaba konkurentsi Euroopa Liidus, ei võimalda eristada eraldi piirkondi, ühenduse piirkonda ja riigisiseseid alasid nii, nagu oleks tegemist veetihedate sektsioonidega. Mõlemad sektorid tegelevad vaba ja avatud konkurentsi järelevalvega ühisturul, millest üks kaalub seda tervikuna ja teine selle eraldi osade vaatenurgast, kuid sisu on sama“. Vt kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri ettepanekud kohtuasjas Aalborg Portland jt (C-217/00 P, EU:C:2003:83, punktid 176, 173 ja 121. joonealune märkus) ning kohtuasjas Aalborg Portland jt (C-213/00 P, EU:C:2003:84, punktid 94, 91 ja 71. joonealune märkus).

[37] Praegu konkurentsikaitse seaduse (zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže) (muudetud kujul) § 3.

[38] Vt selle kohta 3. mai 2011. aasta kohtuotsus Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, punkt 33). Vt ka 5. juuni 2014. aasta kohtuotsus Kone jt (C-557/12, EU:C:2014:1317, punkt 32) ning 7. detsembri 2010. aasta kohtuotsus VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, punktid 56 ja 57), milles leitakse vastavalt, et liikmesriigi õigus peab tagama „liidu konkurentsiõiguse täieliku tõhususe“ ega tohi ohustada selle õiguse tõhusat kohaldamist riiklike konkurentsiasutuste poolt, mis on määruse (EÜ) nr 1/2003 eesmärk.

[39] Sellega seoses märgitakse direktiivi 2019/1 põhjenduses 3, et „praktikas kohaldab enamik liikmesriikide konkurentsiasutusi ELi toimimise lepingu artiklitega 101 ja 102 samal ajal ka liikmesriigi konkurentsiõigust“.

57. Nagu selgub määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 3 lõigetest 1 ja 2, ei saa liikmesriigi õiguse kohaldamise tulemus ELTL artikli 101 kohaldamisalasse kuuluva olukorra puhul erineda tulemusest, mis oleks saavutatud juhul, kui ELTL artiklit 101 oleks kohaldatud üksinda. Ilma et see piiraks küsimust, milline on sellise stsenaariumi korral lisandväärtus liikmesriigi konkurentsiõiguse paralleelsel kohaldamisel,[40] on igal juhul keeruline ette kujutada, kuidas saaksid kõnealuse liikmesriigi õigusnormi ja ELTL artikli 101 vastavad eesmärgid olla erinevad. Lisaks sellele, kui kaks riiklikku konkurentsiasutust kohaldavad sama ELi õiguse sätet, täpsemalt ELTL artiklit 101, mille suhtes on neil keelatud liikmesriigi tasandil erandit teha, siis peab mõlema riikliku konkurentsiasutuse konkreetne kaitstav õigushüve olema samane.

58. Lühidalt, vastus teisele eelotsuse küsimusele peaks olema, et see, kas ELi konkurentsiõigus ja liikmesriigi konkurentsiõigus kaitsevad sama õigushüve, tuleb kindlaks teha kohaldatavate erieeskirjade uurimisel. See hõlmab hindamist, kas kõnealused liikmesriigi eeskirjad erinevad ELi eeskirjadest. Kui kahe liikmesriigi konkurentsiasutused kohaldavad ELTL artiklit 101 ja liikmesriigi konkurentsiõiguse asjakohast sätet, siis kaitsevad nad sama õigushüve.

3. Faktiliste asjaolude samasus: aeg ja ruum

59. Järgmisena käsitlen kolmandat küsimust. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, kas on asjakohane, et BKA võttis arvesse kõnealuse kartelli mõju teises liikmesriigis ehk minu arusaamise kohaselt Austria turul.

60. Sellele küsimusele tuleb vastata jaatavalt.

61. Nagu märkis kohtujurist Kokott oma ettepanekus Toshiba kohtuasjas: „Kartellid on keelatud ja karistatavad just seetõttu, et nad avaldavad konkurentsile kahjulikku mõju või võivad konkurentsi igal juhul negatiivselt mõjutada.“[41] Samuti märkis ta, et „seda, kas mingis asjas oli taoline konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine eesmärk või tagajärg, ei saa hinnata abstraktselt, vaid tuleb alati kontrollida konkreetset perioodi ja konkreetset piirkonda arvesse võttes“.[42]

62. Teisisõnu, et teha kindlaks, kas teine menetlus on *ne bis in idem*'i põhimõttega vastuolus, tuleb määratleda aeg ja ruum, millega kõnealune piirang seostub. Kohtuasjas Toshiba nõustus Euroopa Kohus selles suhtes kohtujuristiga ja rõhutas, et „küsimust, kas ettevõtjad on tegutsenud eesmärgiga takistada, piirata või moonutada konkurentsi toimet või kas nende tegevusel on olnud selline mõju, [ei saa] hinnata abstraktselt, vaid seda tuleb uurida arvestades *territooriumi* […], kus tegevusel oli selline eesmärk või mõju, ja *perioodi*, mille kestel tegevusel oli selline eesmärk või mõju“.[43] Euroopa Kohtu arvates on nii territoorium kui ka aeg faktilised asjaolud, mis moodustavad *asjaolude* samasuse.[44]

[40] Pean tunnistama, et see jääb mulle endiselt mõnevõrra mõistetamatuks. Komisjoni esialgne ettepanek määruse (EÜ) nr 1/2003 kohta hõlmas artikli 3 eelnõus mõnevõrra loogilisemat eeskirja järgmises sõnastuses: „Kokkulepete, ettevõtjate ühenduste otsuste ja kooskõlastatud tegevuse suhtes asutamislepingu artikli 81 tähenduses ja valitseva seisundi kuritarvitamise suhtes asutamislepingu artikli 82 tähenduses, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, *kohaldatakse üksnes ühenduse konkurentsiõigust, välistades liikmesriikide konkurentsiõiguse kohaldamise*.“ Kohtujuristi kursiiv. Vt nõukogu määruse ettepanek asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta ja määruste (EMÜ) nr 1017/68, (EMÜ) nr 2988/74, (EMÜ) nr 4056/86 ja (EMÜ) nr 3975/87 muutmise kohta (edaspidi „määrus, millega rakendatakse asutamislepingu artikleid 81 ja 82“) (KOM(2000) 582 (lõplik), EÜT 2000, C 365E, lk 284).

[41] Kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 128).

[42] *Ibid*., punkt 129.

[43] 14. veebruari 2012. aasta kohtuotsus Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 99). Kohtujuristi kursiiv.

[44] *Ibid*., punkt 99. Vt ka kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 130).

63. Käesoleva ettepaneku järgmistes osades käsitlen selle põhjal lühidalt põhikohtuasja aja ja ruumi samasust. Esiteks, kui võtta arvesse kohtuasja toimikus sisalduvat teavet, ei saa ma esitada muud kui pelgalt hüpoteesi selle kohta, kas BKA võttis arvesse ka keelatud käitumise mõju Austria turu suhtes (a). Teiseks vaatlen küsimust, mida Euroopa Kohus saab kõige paremini käsitleda, nimelt seda, kas selline ekstraterritoriaalne karistamine teatava tegevuse mõju eest, mis ilmselgelt realiseerus teises liikmesriigis, oleks tegelikult olnud õiguslikult võimalik (b).

a) BKA poolt tegelikult arvesse võetud territoorium

64. Eelotsusetaotluses märgitakse, et BKA otsuses on esitatud 22. veebruaril 2006. aastal toimunud telefonivestluse sisu, mis oli seotud Austriaga. Samal ajal tugineb ka BWB eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses olevas apellatsioonkaebuses samale telefonivestlusele.

65. On täiesti võimalik, et üks telefonivestlus võib olla seotud mitme geograafilise turuga. Sellega seoses on aga ebaselge, kas BKA võttis tegelikult arvesse asjaomase turu jagamise kartelli mõju Austria turule ja mida „mõju arvesse võtmine“ käesoleval juhul tegelikult tähendab.

66. *Ne bis in idem*'i põhimõttest tuleneva kaitse kohaldamiseks ei piisa sellest, et teatavale käitumisele või asjaolude kogumile on osutatud ja see on kuskil otsuses kajastatud. Samane faktiline asjaolu tuleb tunnistada õiguslikult asjakohaseks ning selle mõju tuleb sellisena kvalifitseerida ja hinnata. Kas käesolevas kohtuasjas on sellised asjaomase telefonivestlusega seotud faktilised asjaolud arvesse võetud BKA esitatud konkurentsiõiguse rikkumise avalduses? Kas BKA otsusest järeldub, et riiklik konkurentsiasutus võttis asjaomased ettevõtjad vastutusele ja karistas neid ka seoses Austria turuga? Või kas BKA pidas seda vestlust Saksamaa turgu puudutava rikkumise tõendiks? [45]

67. Eeldan, et riikliku konkurentsiasutuse otsus peaks sellist teavet hõlmama, olenemata sellest, kas see oli algul seotud asjaomase turu määratlusega või ennekõike järeldustega, kus ja millal pandi konkurentsiasutuse arvates toime konkurentsieeskirjade rikkumine.

68. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on koostöös BKAga uurida ja vajaduse korral leida neile küsimustele vastus, et teha kindlaks asjaomase riikliku konkurentsiasutuse taotluse tegelik ulatus. See koostöö võiks toimuda kas kaudselt BWB abiga [46] või otseselt. [47]

69. Lõpetuseks, nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus oma taotluses teatas ja millele mõned huvitatud pooled osutasid, võttis BKA trahvi kogusumma arvutamisel arvesse asjaomaste ettevõtjate käivet üksnes Saksamaa territooriumil. Kohtuasjas Toshiba märkis Euroopa Kohus tõepoolest sarnaselt komisjoni trahvide arvutamisega, et selline tegur võib osutuda asjakohaseks. [48]

[45] Kohtuasja asjaolude põhjal, nagu on välja toonud eelotsusetaotluse esitanud kohus (vt eespool punkt 11), on samuti mõeldav, et Austria turuga seotud telefonivestlust võidi „võtta arvesse“ kui kaudset tõendit ebaseadusliku konkurentsipiirangu kohta Saksamaa turul asjaomasel ajavahemikul.

[46] Määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 12 lõike 1 kohaselt on riiklikul konkurentsiasutusel kindlasti õigus nõuda ka teise riikliku konkurentsiasutuse lõplikku otsust, sealhulgas konfidentsiaalset teavet.

[47] Määruses (EÜ) nr 1/2003 ei ole tõepoolest ühtegi konkreetset sätet, mis võimaldaks liikmesriigi kohtul nõuda teise liikmesriigi konkurentsiasutuse lõpliku otsuse koopiat. Sellegipoolest leian, et liikmesriigi kohus on täiesti õigustatud nõudma sellist lõplikku otsust kas määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 12 lõike 1 või artikli 15 lõike 1 põhjal, mida kohaldatakse analoogia alusel, või tuginedes otseselt ELL artikli 4 lõikele 3.

[48] 14. veebruari 2012. aasta kohtuotsus Toshiba Corporation jt (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 101).

70. Kuigi selline tegur võib tõepoolest olla vajalik kaudne näitaja, ei saa seda iseenesest pidada otsustavaks. Esiteks eeldab see teatud määral tagurpidist arutluskäiku. Küll aga ei pruugi pöördvõrdeline seos alati toimida: asjaolu, et ametiasutus on trahvi arvutanud ühel või teisel viisil, võib tuleneda põhjustest, mis ei ole seotud otsuse kavandatud kohaldamisalaga. Teiseks on riiklike konkurentsiasutuste praktika trahvide arvutamise suhtes nüüdseks teataval määral ühtlustunud.[49] See praktika ei ole aga täielikult ühtlustatud ning selle peavad osaliselt määrama kindlaks erinevad liikmesriikide seadused ja tavad.

71. Kokkuvõtteks võib öelda, et BKA otsuse geograafilise (ja potentsiaalselt ajalise) kohaldamisala väljaselgitamine on faktiline küsimus, mis kuulub liikmesriigi kohtu pädevusse. Kuid eelnev küsimus, mida Euroopa Kohus saab kõige paremini käsitleda, seisneb selles, kas riiklikul konkurentsiasutusel on õiguslik pädevus karistada konkreetse rikkumise eksterritoriaalse mõju eest.

b) Territoorium, mida saab riiklik konkurentsiasutus õiguslikult arvesse võtta

72. Kui jätta välja see, mida BKA reaalselt tegi, siis tekib küsimus, kas ta oleks võinud õiguslikult jälgida konkurentsieeskirjade rikkumist Austria turul ja määrata selle eest karistuse? Selles suhtes lähevad poolte seisukohad käesolevas menetluses lahku.

73. Agrana märgib, et riikliku konkurentsiasutuse otsused, millega seoses kohaldatakse ELTL artiklit 101, ei saa piirduda riigi territooriumile avalduva mõjuga. Kui riiklikud konkurentsiasutused kohaldavad ELTL artiklit 101, peavad nad analüüsima siseturul kõne all oleva konkurentsipiirangu kõiki aspekte.

74. Seevastu väidab BWB, et territoriaalsuse põhimõte piirab riikliku konkurentsiasutuse õigust riigi territooriumil karistusi määrata. Sellest ka BWB juhindus, võttes Südzuckerile määratud trahvi arvutamisel aluseks käibe Austria turul. Territoriaalsuse põhimõte välistab seega *ne bis in idem*'i põhimõtte rikkumise võimaluse, sest karistatava tegevuse geograafiline kohaldamisala on alati erinev. Saksamaa valitsus on omakorda sarnasel seisukohal. Riiklik konkurentsiasutus võib määrata karistuse konkurentsiõiguse rikkumise eest üksnes seoses oma territooriumiga, mis väljendub selles, et trahv arvutatakse ettevõtja käibe põhjal asjaomases liikmesriigis.

75. Belgia valitsus leiab, et kui riiklik konkurentsiasutus kohaldab ELTL artiklit 101, peab asutus toimima nagu komisjon, st võtma arvesse kõnealuse piirangu kogumõju konkurentsile siseturul. Selle suhtes kehtib siiski kaks piirangut. Esiteks võivad liikmesriigi põhiseadus ja traditsioonid keelata riiklikul konkurentsiasutusel määrata sanktsioone ekstraterritoriaalse mõju eest. Teiseks on ekstraterritoriaalse mõju eest sanktsioonide määramine igal juhul võimalik üksnes kokkuleppe alusel selle riigi konkurentsiasutusega, kelle territooriumile see mõju avaldub.

76. Alustuseks meenutan, et vastutusele võtmise ja karistamise suhtes kehtib üldjuhul territoriaalsuse põhimõte. Loomulikult on võimalik, et riik püüab „jõuda oma piiridest kaugemale" ja karistada mujal toimunud tegevust. See võib juhtuda erandliku kohtualluvusega hõlmatud olukordades, olgu siis tegemist teatud tüüpi isikute (nimelt oma kodanike) või teatud liiki süütegudega (nimelt need, millega rünnatakse asjaomase riigi huve, olenemata nende toimepanemise asukohast, või teatud liiki rängad süüteod, mille suhtes kohaldatakse universaalset kohtualluvust jne).

[49] Mitu riiklikku konkurentsiasutust järgisid tegelikult komisjoni suuniseid selle kohta juba varem. Lisaks ühtlustab uus direktiiv (EL) 2019/1, mis ei ole põhikohtuasjas *ratione temporis* siiski kohaldatav, trahvide määramise aspekte oma V peatükis.

77. Kuid kõikide nende tegeliku ekstraterritoriaalsuse juhtumite korral on lõpptulemus see, et need nõuavad *selgesõnalist õiguslikku alust*, olgu selleks siis riiklik, rahvusvaheline või ELi õigus. Märkimisväärne ja hiljutisem näide sellise ekstraterritoriaalse volituse kohta ELi õiguses on määruse (EL) 2016/679 (isikuandmete kaitse üldmäärus) ühtse kontaktpunkti alusel juhtiva järelevalveasutuse pädevus uurida ja vajaduse korral karistada kogu piiriülese töötlemise eest, mida teostab Euroopa Liidus vastutav töötleja või volitatud töötleja.[50] Kuigi oleks ebareaalne väita, et selle korra pädevuse täpsed piirid on vaieldamatud,[51] pole siiski kahtlust, et on olemas nii sisuline säte andmetöötluse seaduslikkuse kohta kui ka sõnaselge pädevusklausel, millega antakse järelevalveasutusele volitused tegutseda asjaomaste sisuliste eeskirjade kohaldamisel ekstraterritoriaalselt.

78. Milline kontseptuaalne seisukoht on selles suhtes vastu võetud määrusega (EÜ) nr 1/2003? Pean tunnistama, et seda ei olegi nii lihtne öelda.

79. Ühest küljest esineb selgeid märke selle kohta, et piiriülest ulatust on kaalutud. Esiteks on riiklike ametiasutuste kohustus rakendada ELTL artikleid 101 ja 102 seotud sellega, et *võidakse mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust*. Samuti võib see tuua kaasa riikliku konkurentsiasutuse olemusest tuleneva suutlikkuse võtta vastutusele ja karistada konkreetsest rikkumisest tuleneva ekstraterritoriaalse mõju eest.

80. Teiseks näib, et määruse (EÜ) nr 1/2003 artikkel 13 kinnitab sama põhimõtet. Selle sätte esimeses lõigus on sätestatud, et riiklik konkurentsiasutus võib menetluse peatada või kaebuse tagasi lükata, kui *sama* kokkulepet, ühenduse otsust või tegevust *käsitleb* teine asutus.[52] Samamoodi sätestatakse selle sätte teises lõigus, et riiklik konkurentsiasutus võib kaebuse tagasi lükata, kui talle esitati kaebus kokkuleppe, ühenduse otsuse või tegevuse kohta, mida mõni teine konkurentsiasutus on juba *käsitlenud*.[53]

81. Kolmandaks näib, et komisjoni teatis koostöö kohta kinnitab samuti tõlgendust, et riikliku konkurentsiasutuse tegevus võib olla ekstraterritoriaalse ulatusega. Selles teatises täpsustatakse seoses artikliga 13, et mõiste „juhtumi käsitlemine“, mis on sätestatud asjaomases sättes, „ei tähenda pelgalt seda, et juhtumi kohta on teisele asutusele esitatud kaebus. Silmas on peetud, et teine asutus uurib või on uurinud kaebust oma nimel“.[54] Lisaks märgitakse selles teatises, et artikli 13 „saab võtta aluseks, kui kokkulepe või tegevus rikub konkurentsi samadel asjaomastel geograafilistel ja tooteturgudel“.[55]

[50] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. aprilli 2016. aasta määruse (EL) 2016/679 (füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta) (isikuandmete kaitse üldmäärus) (ELT 2016, L 119, lk 1) artikli 56 lõige 1.

[51] Nagu näitas hiljuti 15. juuni 2021. aasta kohtuasi Facebook Ireland jt (C-645/19, EU:C:2021:483).

[52] Kohtujuristi kursiiv. Kuigi selles sättes on öeldud, et „[…] asjaolu, et üks asutus juba tegeleb juhtumi käsitlusega, on teistele asutustele *piisav põhjus* menetlus peatada või kaebus tagasi lükata“, märgitakse teatises koostöö kohta, et riiklikul konkurentsiasutusel ei ole kohustust menetlust peatada ega kaebust tagasi lükata. Seda põhjusel, et määruse (EÜ) nr 1/2003 kohast koostööd reguleerib paindlikkus. Komisjoni teatis koostöö kohta konkurentsiasutuste võrgustikus (ELT 2004, C 101, lk 43, punkt 22) (edaspidi „teatis koostöö kohta“).

[53] Kohtujuristi kursiiv.

[54] *Ibid*., punkt 20 [Siin ja edaspidi on nimetatud teatist tsiteeritud mitteametlikus tõlkes].

[55] *Ibid*., punkt 21.

82. Peale selle kirjeldatakse samas teatises „asjakohase asutuse“ kontseptsiooni, mis on esitatud teatises koostöö kohta seoses konkurentsiõiguse konkreetse rikkumisega.[56] Kui riikliku konkurentsiasutuse pädevus on kõikides olukordades piiratud riigi territooriumiga, ei ole asjakohase asutuse kontseptsioonil suurt mõtet, kui just ei nõustuta sellega, et rikkumise mõningad tahud võivad jääda karistamata sellise asjakohase asutuse pädevuse territoriaalsete piirangute tõttu. Seevastu, kui nõustutakse, et konkurentsi tõhus kaitse siseturul võib nõuda, et konkurentsivastast tegevust uuriks üksnes üks asjakohane riiklik konkurentsiasutus, siis peaks selline riiklik konkurentsiasutus saama ka tegelikkuses uurida tegevust tervikuna, et mitte jätta tahke sellest karistamata.

83. Olgu kuidas on, teatis koostöö kohta ei ole siiski õiguslikult siduv ELi õigusakt ja väidetavalt ei ole määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 13 lõike 1 kohase „[menetluse] peatamise või [kaebuse] tagasilükkamise“ võimaluse ulatus täiesti selge. Kuid artikkel 13 tervikuna tähendab siiski seda, et esineda võib territoriaalne kattumine. Kui iga riikliku konkurentsiasutuse volitused piirduksid rangelt riigi territooriumiga, siis mis kasu oleks menetluse peatamisest või kaebuse tagasilükkamisest, kui teise sama tegevust käsitleva riikliku konkurentsiasutuse ees on menetlus käimas? Loomulikult esineb mitu erinevat, ent seotud küsimust, mille kontekstis võib olla mõistlik menetlus peatada, kuid kaebuse tagasilükkamine näib olevat mõttekas üksnes siis, kui mõlemale riiklikule konkurentsiasutusele on esitatud sama küsimus, sealhulgas sama geograafilise ulatusega.

84. Teisest küljest on õiglane tunnistada, et kõik need on vaid kaudsed vihjed asjaolule, et määruse (EÜ) nr 1/2003 väljatöötamisel kaaluti ekstraterritoriaalsust. Kuid lisaks sellele nõustun siiski Saksamaa valitsusega, et määruses (EÜ) nr 1/2003 puudub põhisäte, mis annab tegelikkuses sõnaselgelt pädevuse riiklikule konkurentsiasutusele menetleda asja ekstraterritoriaalselt. Nagu Saksamaa valitsus asjakohaselt märkis, ei ole määruse (EÜ) nr 1/2003 artiklis 5 pealkirjaga „Liikmesriikide konkurentsiasutuste volitused“, kus üldjuhul eeldatakse sarnase volituste andmise klausli olemasolu, seda küsimust üldse käsitletud. Seega ei ole tegemist piisava õigusliku alusega, et riiklik konkurentsiasutus saaks võtta vastu ekstraterritoriaalse otsuse, kui sellist alust ei ole liikmesriigi õiguses ette nähtud. Sama väidab ka Belgia valitsus.

85. Olen päri nende valitsuste seisukohtadega, et riikliku konkurentsiasutuse volituste kasutamiseks ekstraterritoriaalselt peab olema piisav õiguslik alus, mis kehtiva ELi õiguse kohaselt saab pärineda üksnes liikmesriigi õigussüsteemist. Siia võiks lühidalt lisada, et kohtuistungil väitis Saksamaa valitsus, et sellist õiguslikku alust ei leia ka Saksamaa õigusest.

86. Soovin rõhutada, et selline ettepanek on täielikult kooskõlas ELTL artikli 101 sõnastusega, milles on tõepoolest ühe kohaldamise tingimusena loetletud, et see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust. Minu arvates on aga võimatu tõlgendada ELTL artiklit 101 kui olulist sisulist sätet nii, et see oleks võrdne volituste andmise klausliga, volitades kõiki riiklikke konkurentsiasutusi vastutusele võtma ja karistama konkurentsivastase tegevuse eest kõikjal Euroopa Liidus.[57]

[56] Riiklikku konkurentsiasutust võib selliseks pidada, kui esiteks on kokkuleppel või tegevusel oluline otsene tegelik või eeldatav mõju konkurentsile tema territooriumil, seda rakendatakse tema territooriumil või see pärineb sealt; kui teiseks suudab asutus kogu rikkumise tulemuslikult lõpetada ning kui kolmandaks suudab ta koguda võimalusel teiste asutuste abiga rikkumise tõendamiseks vajalikke tõendeid. *Ibid*., punkt 8.

[57] Neid kaalutlusi silmas pidades tuleb kindlasti tagantjärele kiita komisjoni esialgse sellekohase eelnõu selgust (vt eespool 40. joonealune märkus) ja tunda kahetsust, et seda ei säilitatud.

87. Seega soovitan kolmandale küsimusele vastata, et asjaolu, mille kohaselt võttis riiklik konkurentsiasutus varasemas otsuses arvesse konkreetse konkurentsivastase tegevuse ekstraterritoriaalset mõju, tingimusel et tal oli selleks liikmesriigi õiguse kohaselt õigus, on asjakohane *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavuse kontrollimisel järgnevas menetluses. Harta artikkel 50 takistab riiklikul konkurentsiasutusel või kohtul määrata karistust konkurentsivastase tegevuse eest, mis on juba olnud teise riikliku konkurentsiasutuse vastu võetud lõpliku otsusega lõpetatud eelneva menetluse esemeks. See keeld kehtib siiski üksnes niivõrd, kuivõrd on mõlema menetluse ese ajaliselt ja geograafiliselt sama.

C. Ne bis in idem'i põhimõte menetlustes, mis puudutavad leebema kohtlemise taotlust

88. Neljanda küsimusega küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, kas *ne bis in idem*'i põhimõtet kohaldatakse menetlustes, mis puudutavad leebema kohtlemise taotlust ja milles seetõttu trahvi ei määrata.

89. Minu arvates peab sellele küsimusele vastama jaatavalt.

90. Esiteks kaitseb *ne bis in idem*'i põhimõte kontseptuaalsel tasandil, nagu Itaalia valitsus õigesti meelde tuletab, mitte üksnes sama asja hõlmava teise trahvi määramise eest, vaid ka teise vastutusele võtmise eest.[58] Minu arvates on teise menetluse algatamine samas küsimuses harta artiklis 50 sätestatud tagatise rikkumine. Põhjuste tõttu, mida olen üksikasjalikult kirjeldanud oma ettepanekus bposti kohtuasjas,[59] ei nõustu ka mina selles punktis seisukohaga, mille Euroopa Kohus võttis selles suhtes Menci kohtupraktikas.[60]

91. Teiseks osutab neljas küsimus olukorrale, kus riiklik konkurentsiasutus viib läbi menetlust taotluse alusel, millega ettevõtja taotleb leebemat kohtlemist. Leebem kohtlemine võimaldab soodsat kohtlemist nende ettevõtjate suhtes, kes on otsustanud ELTL artikli 101 rikkumise uurimisel teha koostööd vastava konkurentsiasutusega.[61]

92. Trahvist vabastamine või selle vähendamine ei ole aga automaatselt tagatud. See sõltub paljudest tingimustest, mille ühine nimetaja on ettevõtja koostööst tulenev lisandväärtus keelatud kokkuleppe avastamiseks ja karistuse määramiseks.[62] Sõltuvalt asjaoludest võib leebema kohtlemise taotlejale anda täieliku või osalise puutumatuse (või seda mitte teha), samal ajal kui konkurentsiõiguse rikkumine tema poolt on tuvastatud.[63] Seega, kuigi leebema kohtlemise

[58] Vt nt 3. aprilli 2019. aasta kohtuotsus Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, punktid 29 ja 30).

[59] bpost (C-117/20, punktid 107–110).

[60] Eelotsusetaotluse esitanud kohtu neljas küsimus illustreerib hästi ühte Menci kontseptuaalset probleemi. Eeldan, et pelgalt õigusvastaseks tunnistamine ilma sanktsioone määramata vastab tõenäoliselt harta artikli 52 lõike 1 kohase piirangu proportsionaalsuse põhimõttele. *A fortiori* ei saaks ju kaks sama ettevõtja vastu algatatud paralleelset menetlust, mis on tekkinud kahe leebema kohtlemise menetluse tulemusel, kunagi rikkuda *ne bis in idem*'i põhimõtet, sest trahve ei ole määratud. Kuid samas ei saa *ne bis in idem*'i põhimõtet taandada sanktsioonide kogumi proportsionaalsuse tagantjärele kontrollimisele.

[61] Vt nt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. novembri 2014. aasta direktiivi 2014/104/EL (teatavate eeskirjade kohta, millega reguleeritakse liikmesriikide õiguse kohaseid kahju hüvitamise hagisid liikmesriikide ja Euroopa Liidu konkurentsiõiguse rikkumise korral) (ELT 2014, L 349, lk 1) artikli 2 punkt 15. Vt ka direktiivi (EL) 2019/1 artikli 2 lõike 1 punkt 16.

[62] Vt täiendavalt komisjoni teatis, mis käsitleb kaitset trahvide eest ja trahvide vähendamist kartellide puhul (ELT 2006, C 298, lk 17, punkt 8).

[63] Konkreetsed viisid sõltuvad liikmesriigi õigusest. BWB selgitab, et leebema kohtlemise taotluse alusel algatatud menetlus on mittevastuoluline tsiviilkohtumenetlus, mille suhtes kohaldatakse 2005. aasta kartelliseaduse (Kartellgesetz) § 38. Vastupidi komisjonis toimuvale menetlusele ei ole liikmesriigi menetlus integreeritud kõiki teisi pooli hõlmavasse üldmenetlusse, vaid see on sõltumatu. Sellega ei kaasne trahvi määramist ega trahvi vähendamist nullini. Pigem märgib kohus, et rikkumine pandi toime pärast seda, kui BWB andis ettevõtjale puutumatuse.

taotlus muudab tõenäoliselt riikliku menetluse läbiviimist või tulemust, on lõppkokkuvõttes tegemist siiski omaette menetlusega, mis eeldab kõikide asjaomaste ettevõtjate, sealhulgas leebema kohtlemise taotleja osalemist.

93. Kolmandaks, isegi kui leebema kohtlemise programmiga seotud ettevõtja seisukohalt läheb kõik hästi ja ta vabastatakse trahvi tasumisest lõplikult, on menetluse tulemuseks ikkagi asjaolu, et leebema kohtlemise taotleja on rikkunud konkurentsiõigust. Nagu ma aru saan, on liikmesriigi õiguse kohaselt kujundlikult väljendudes tegemist ikkagi süüdimõistmisega. Selline kujundlik süüdimõistmine on asjaomas(t)e ettevõtja(te) tuleviku seisukohalt tõenäoliselt üsna tähendusrikas. Kui asjaomane ettevõtja tunnistatakse tulevikus uuesti süüdi konkurentsiõiguse rikkumises, siis on tõenäoline, et tema varasem süüdimõistmine ja rikkumise korduvus toovad kaasa trahvi automaatse suurenemise. Samal ajal ei saa välistada asjaolu, et eraõiguslikud isikud, kes taotlevad hüvitist kõnealuse konkurentsivastase tegevusega tekitatud kahju eest, võivad tugineda pädeva ametiasutuse või kohtu välja antud autoriteetsele avaldusele asjaomase ettevõtja õigusvastase käitumise kohta,[64] mis on tõenäoliselt üldsusele kättesaadav.[65]

94. Lühidalt öeldes ei näe ma ühtegi põhimõttelist põhjust, miks *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavust ja kohaldamisala tuleks hinnata erinevalt vastavalt sellele, kas kõnealune konkurentsiõiguse menetlus puudutas leebema kohtlemise taotlust, isegi kui selle tulemuseks on täielik puutumatus trahvi suhtes. Seetõttu ei nõustu ma komisjoni üsna kaudse argumendiga, mille kohaselt peaks *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldamine sõltuma sellest, kas esineb endiselt võimalus, et Nordzucker kaotab leebema kohtlemise taotleja staatuse ja seega võidakse talle siiski määrata trahv.

95. Sellest tulenevalt soovitan vastata neljandale tõstatatud küsimusele, et harta artiklis 50 sätestatud *ne bis in idem*'i põhimõtet kohaldatakse ka liikmesriigi menetluse kontekstis, mis puudutab leebema kohtlemise taotlust ja millel tulemusel trahvi ei määrata.

V. Ettepanek

96. Teen ettepaneku, et Euroopa Kohtus vastaks Oberster Gerichtshofi (Austria kõrgeim üldkohus) esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt.

1. Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 50 sätestatud *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavus sõltub õigusrikkuja, faktiliste asjaolude ja kaitstava õigushüve samasuse alusel kindlaksmääratud *idem*'i uurimisest.

2. Asjaolu, kas ELi konkurentsiõigus ja liikmesriigi konkurentsiõigus kaitsevad sama õigushüve, tuleb kindlaks teha kohaldatavate erieeskirjade uurimisel. See hõlmab hindamist, kas kõnealused liikmesriigi eeskirjad erinevad ELi eeskirjadest. Kui kahe liikmesriigi konkurentsiasutused kohaldavad ELTL artiklit 101 ja liikmesriigi konkurentsiõiguse asjakohast sätet, siis kaitsevad nad sama õigushüve.

[64] Kui kohtuotsus hõlmab avaldust konkurentsieeskirjade rikkumise kohta koos kõikide kogutud tõenditega, mis moodustavad osa kohtu põhjenduskäigust, siis on direktiivi 2014/104/EL II peatüki kohane kaitse välistatud. Olukord ei erine tõenäoliselt siiski palju, kui tegemist on liikmesriigi konkurentsiasutuse lõpliku otsusega rikkumise kohta (vastupidi pelgalt leebema kohtlemise menetluses esitatud menetlusdokumentidele või tõenditele, nagu need, mis on loetletud direktiivi 2014/104/EL artikli 6 lõikes 6).

[65] Seega kõrvaldatakse suur tõendamiskoormus, millega eraõiguslik hageja, kes soovib, et algatataks eraldiseisev menetlus konkurentsieeskirjade rikkumisest tingitud kahju hüvitamiseks, seisab tõenäoliselt silmitsi, et teha faktiliste asjaolude põhjal täpselt kindlaks, milline on sellise otsuse konkreetne sisu, ehk et rikuti konkurentsieeskirju. Vt täiendavalt minu ettepanekut kohtuasjas Stichting Cartel Compensation ja Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, punktid 93–96).

3. Asjaolu, mille kohaselt võttis riiklik konkurentsiasutus varasemas otsuses arvesse konkreetse konkurentsivastase tegevuse ekstraterritoriaalset mõju, tingimusel et tal oli selleks liikmesriigi õiguse kohaselt õigus, on asjakohane *ne bis in idem*'i põhimõtte kohaldatavuse kontrollimisel järgnevas menetluses. Harta artikkel 50 takistab riiklikul konkurentsiasutusel või kohtul määrata karistust konkurentsivastase tegevuse eest, mis on juba olnud teise riikliku konkurentsiasutuse vastu võetud lõpliku otsusega lõpetatud eelneva menetluse esemeks. See keeld kehtib siiski üksnes niivõrd, kuivõrd on mõlema menetluse ese ajaliselt ja geograafiliselt sama.

4. Harta artiklis 50 sätestatud *ne bis in idem*'i põhimõtet kohaldatakse ka liikmesriigi sellise menetluse kontekstis, mis puudutab leebema kohtlemise taotlust ja millel tulemusel trahvi ei määrata.