Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 2 septembre 2021 [1]

Affaire C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
contre
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche)]

« Renvoi préjudiciel – Concurrence – Comportement faisant l'objet d'une enquête par deux autorités nationales de concurrence – Principe ne bis in idem – Application simultanée du droit de l'Union et du droit national de la concurrence – Identité de l'intérêt juridique protégé – Effets territoriaux d'une décision d'une autorité nationale de concurrence – Programme de clémence »

I. Introduction

1. Nordzucker AG et Südzucker AG sont deux producteurs de sucre. L'autorité nationale allemande de la concurrence a estimé que ces deux entreprises avaient enfreint l'article 101 TFUE et le droit allemand de la concurrence. Dans l'affaire au principal, l'autorité nationale autrichienne de la concurrence cherche à faire constater que ces entreprises ont violé l'article 101 TFUE et le droit autrichien de la concurrence, tout en se fondant apparemment sur les mêmes faits que ceux déjà contenus dans la décision allemande.

2. C'est dans ce contexte que l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche) s'interroge sur la portée du principe ne bis in idem consacré à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »). En substance, ce principe s'oppose-t-il à des procédures parallèles ou ultérieures en droit de la concurrence dans d'autres États membres pour ce qui semble être, au moins en partie, le même comportement ?

3. La présente affaire soulève plus particulièrement deux questions. Premièrement, quels critères devraient guider l'interprétation du terme « idem » aux fins du principe ne bis in idem en droit de la concurrence et, en général, au regard de l'article 50 de la Charte ? J'aborde ces questions en détail dans mes conclusions parallèles dans l'affaire bpost [2]. Ainsi, les présentes conclusions

[1] Langue originale : l'anglais.
[2] C-117/20, EU:C:2021:680.

s'appuient, à cet égard, sur l'analyse déjà réalisée dans ces conclusions parallèles. Deuxièmement, la particularité de la présente affaire réside dans la nécessité de rappeler ce qui constitue l'identité des faits pertinents aux fins du principe ne bis in idem [3]. Surtout, la Cour est également invitée, une fois de plus, pourrait-on ajouter, à préciser ce qu'elle entend par identité de l'intérêt juridique protégé. Le même intérêt juridique protégé existe-t-il dans deux procédures nationales dans lesquelles deux autorités nationales de concurrence ont appliqué (la même) disposition du droit de l'Union en matière de concurrence, ainsi que leurs règles nationales de concurrence respectives ?

II. Le cadre juridique

4. L'article 50 de la Charte, intitulé « Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », énonce que « [n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

5. Aux termes de l'article 101 TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ».

6. L'article 3 du règlement (CE) nº 1/2003 [4], intitulé « Rapport entre les articles 81 et 82 du traité et les droits nationaux de la concurrence », dispose :

« 1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du traité, elles appliquent également l'article 82 du traité.

2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

3. Sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des

[3] Ce que la Cour a déjà fait par le passé, de manière probablement plus détaillée dans l'arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1).

États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité. »

7. L'article 5, du règlement nº 1/2003, intitulé « Compétence des autorités de concurrence des États membres », dispose :

« Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes :

– ordonner la cessation d'une infraction,

– ordonner des mesures provisoires,

– accepter des engagements,

– infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.

Lorsqu'elles considèrent, sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, elles peuvent également décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir. »

8. L'article 13 du règlement nº 1/2003 concerne la « [s]uspension ou clôture de la procédure » :

« 1. Lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite.

2. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter. »

III. Les faits, le litige au principal et les questions préjudicielles

9. Nordzucker et Südzucker sont deux fabricants de sucre allemands. Agrana Zucker GmbH est contrôlée par Südzucker. Elle exploite des usines sucrières en Autriche et en Europe de l'Est.

10. Pour des raisons historiques, et en raison de l'homogénéité des produits et des coûts de transport élevés, le marché allemand du sucre a été réparti entre les zones de vente principales des grands producteurs allemands. En réponse aux tentatives de producteurs de sucre étrangers de pénétrer le marché allemand, plusieurs réunions se sont tenues entre les directeurs commerciaux de Nordzucker et de Südzucker à partir de l'année 2004 au plus tard. Au cours de ces réunions, l'accent a été mis en particulier sur l'importance d'esquiver la nouvelle pression concurrentielle en veillant à ce que les entreprises allemandes ne se fassent pas concurrence par intrusion dans leurs zones de vente traditionnelles respectives.

11. Vers la fin de l'année 2005 et le début de l'année 2006, Agrana a constaté que certains de ses clients autrichiens achetaient du sucre auprès d'une filiale slovaque de Nordzucker. Lors d'un entretien téléphonique du 22 février 2006, le gérant d'Agrana a informé le directeur commercial de Südzucker de ces livraisons et lui a demandé s'il connaissait quelqu'un à qui en parler auprès de Nordzucker. Le directeur commercial de Südzucker a ensuite appelé le directeur commercial de Nordzucker. Il s'est plaint des livraisons vers l'Autriche et a laissé entendre que cela pourrait avoir des conséquences sur le marché allemand. Le directeur commercial de Nordzucker a d'abord reçu instruction de ne pas réagir expressément à cette demande. Toutefois, il a ensuite exprimé auprès du responsable commercial de la filiale slovaque de Nordzucker le souhait de ne pas étendre les exportations vers l'Autriche.

12. Par décision du 18 février 2014, le Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence, ci-après le « BKA »), à savoir l'autorité nationale de concurrence (ANC) allemande, a infligé à Südzucker une amende de 195 500 000 euros au motif que, en substance, elle avait enfreint, en Allemagne, l'interdiction de conclure des accords entre entreprises concurrentes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur. Le BKA a constaté que Nordzucker, Südzucker et une troisième entreprise allemande avaient conclu un accord de respect mutuel des zones de vente principales pour le sucre destiné à l'industrie et pour le sucre destiné au détail. La décision du BKA reproduit également le contenu de la conversation téléphonique du 22 février 2006, précédemment évoquée, concernant l'Autriche.

13. La procédure au principal a débuté après l'introduction, par Nordzucker, d'une demande de clémence en Autriche. La Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale de la concurrence ; ci-après la « BWB ») (l'ANC autrichienne) a saisi les juridictions autrichiennes compétentes d'une demande tendant à faire constater, à l'égard de Nordzucker, que cette dernière avait enfreint l'article 101 TFUE et les dispositions pertinentes du droit national de la concurrence. En ce qui concerne Südzucker, la BWB a demandé que lui soit infligée une amende de 12 460 000 euros pour la période comprise entre le 1er janvier 2005 et le 21 septembre 2006. La BWB a également demandé une autre amende d'un montant de 15 390 000 euros, au titre de la responsabilité conjointe et solidaire de Südzucker et d'Agrana, pour la période comprise entre le 22 septembre 2006 et le 31 octobre 2008.

14. La juridiction nationale de première instance a rejeté ce recours. Elle a estimé que la BWB n'avait pas d'intérêt légitime à demander une constatation à l'encontre de Nordzucker. En effet, Nordzucker est une entreprise concernée par un programme de clémence pour laquelle la BWB s'était abstenue de demander la condamnation à une amende. Pour la période allant jusqu'au 22 février 2006, rien n'indique, pas même de manière implicite, que l'Autriche était incluse dans l'accord de base relatif au respect des zones de vente traditionnelles allemandes.

15. Toutefois, la juridiction de première instance a également constaté que la demande formulée lors de l'entretien téléphonique du 22 février 2006 était au moins susceptible d'avoir un effet modérateur sur les livraisons effectuées vers l'Autriche par la filiale slovaque de Nordzucker. Ainsi, la mise en œuvre ultérieure de cette demande constitue un accord entre Nordzucker et Südzucker qui a enfreint l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Toutefois, cette juridiction a estimé que, dans l'hypothèse où un certain aspect des comportements aurait déjà fait l'objet d'une sanction infligée par une autre ANC, une nouvelle sanction serait contraire au principe ne bis in idem. Selon cette juridiction, tel serait bien le cas en ce qui concerne l'accord du 22 février 2006.

16. La BWB a formé un recours devant l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), à savoir la juridiction de renvoi. Elle demande, en raison de l'accord conclu lors de la conversation téléphonique du 22 février 2006, à ce qu'il soit constaté que Nordzucker a violé l'article 101 TFUE et les dispositions pertinentes de droit national. En ce qui concerne Südzucker, la BWB demande également à ce qu'une amende soit infligée pour la même infraction. La BWB conteste l'application du principe ne bis in idem faite par la juridiction de première instance. Selon elle, cette appréciation ne tient pas compte des territoires pour lesquels les amendes ont été établies sur la base du chiffre d'affaires qui y était réalisé. Selon la BWB, la décision de première instance est également contraire à l'application décentralisée du droit de la concurrence de l'Union, régie par le règlement nº 1/2003, qui autorise une action parallèle de plusieurs ANC.

17. La juridiction de renvoi relève que Südzucker a été condamnée par le BKA à une amende pour des comportements incluant la conversation téléphonique du 22 février 2006, cette dernière étant la seule infraction pertinente dans l'affaire pendante devant elle. Cette juridiction se réfère également à la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'application du principe ne bis in idem est soumise à la triple condition de l'identité du contrevenant, des faits pertinents et de l'intérêt juridique protégé. Elle souligne également ce qu'elle considère être une certaine tension entre le critère de l'intérêt juridique protégé et l'approche adoptée dans d'autres domaines relevant du droit de l'Union qui soumet l'application du principe ne bis in idem à la seule identité du contrevenant et des faits.

18. La juridiction de renvoi fait remarquer que la jurisprudence de la Cour ne fournit aucune indication quant à l'application du principe ne bis in idem dans des circonstances où deux ANC sont appelées à appliquer à la fois le droit de l'Union et le droit national de la concurrence dans deux procédures relatives aux mêmes faits et au même contrevenant. La juridiction de renvoi relève également qu'aucune indication ne peut être tirée du règlement nº 1/2003. En outre, cette juridiction se demande si la prise en compte, par une ANC, des effets d'une infraction donnée dans un autre État membre joue un rôle pour l'application du principe ne bis in idem et si le fait que le litige au principal concernait l'application d'un programme de clémence à Nordzucker a une quelconque pertinence à cet égard.

19. Dans ces conditions, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Le troisième critère posé par la jurisprudence de la Cour en matière de concurrence pour l'application du principe "ne bis in idem", à savoir celui selon lequel le même intérêt juridique protégé doit être concerné, doit-il également être appliqué lorsque les autorités de la concurrence de deux États membres sont appelées à appliquer aux mêmes faits et à l'égard des mêmes personnes, outre la réglementation nationale, les mêmes règles de droit européen (en l'espèce, l'article 101 TFUE) ?

En cas de réponse affirmative à cette question :

2) Dans un tel cas d'application parallèle du droit de la concurrence européen et [du droit de la concurrence] national, le même intérêt juridique est-il protégé ?

3) En outre, aux fins de l'application du principe "ne bis in idem", importe-t-il de savoir si la première – chronologiquement – décision de l'autorité de la concurrence d'un État membre infligeant une amende a pris en compte les effets que l'atteinte à la concurrence a eus, en pratique, dans l'autre État membre dont l'autorité de la concurrence n'a statué qu'ultérieurement dans la procédure de droit de la concurrence qu'elle a menée ?

4) Une procédure dans laquelle, en raison de la participation d'une partie concernée au programme national de clémence, une infraction au droit de la concurrence ne peut qu'être constatée, est-elle également une procédure soumise au principe "ne bis in idem", ou un tel constat simple d'infraction peut-il être dressé indépendamment du résultat d'une procédure antérieure relative à l'imposition d'une amende (dans un autre État membre) ? »

20. Des observations écrites ont été soumises par Südzucker, Agrana, la BWB, les gouvernements belge, allemand et italien, ainsi que par la Commission européenne. Südzucker, Agrana, la BWB, les gouvernements belge, allemand et polonais ainsi que la Commission ont présenté des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 22 mars 2021. Cette audience a été organisée en commun pour la présente affaire, ainsi que pour l'affaire C-117/20 bpost.

IV. Appréciation

21. Les présentes conclusions sont structurées comme suit. Je commencerai mon analyse en abordant la pertinence des première et deuxième questions posées (A). J'examinerai ensuite le critère qui, à mon avis, devrait régir l'applicabilité du principe ne bis in idem en droit de la concurrence et dans toute autre affaire relevant de l'article 50 de la Charte (B). Je m'attarderai plus particulièrement sur la question de l'intérêt juridique protégé en droit de la concurrence de l'Union (B.1.), avant de me pencher sur l'identité des faits pertinents sur un territoire et pendant une période donnés (B.2.). Je conclurai en mettant l'accent sur l'importance de la constatation demandée dans le cadre de la procédure nationale, qui n'a donné lieu à aucune amende au motif qu'elle concernait l'application d'un programme de clémence, aux fins de l'applicabilité du principe ne bis in idem à cette procédure (C).

A. La pertinence des première et deuxième questions posées

22. Par ses première et deuxième questions, la juridiction de renvoi invite la Cour à déterminer si le critère de l'intérêt juridique protégé a vocation à s'appliquer dans le cadre de deux procédures nationales, qui concernent les mêmes contrevenants et les mêmes faits, dans lesquelles les ANC respectives appliquent l'article 101 TFUE et le droit national de la concurrence (première question). Si le critère de l'intérêt juridique est considéré comme pertinent, la juridiction de renvoi demande également si le droit de l'Union et le droit national de la concurrence protègent le même intérêt juridique (deuxième question).

23. Bien qu'aucune exception d'irrecevabilité n'ait été formellement soulevée, la BWB, le gouvernement allemand et la Commission considèrent qu'une réponse à la première question (et, dans une certaine mesure, à la deuxième question) n'est pas déterminante pour la résolution de la présente affaire. En substance, ils estiment qu'il n'y a pas d'identité des faits dans l'affaire au principal puisque le BKA et la BWB ont examiné le comportement anticoncurrentiel en question uniquement en ce qui concerne leur territoire national. Par conséquent, il n'y aurait pas lieu de procéder à une appréciation de l'intérêt juridique protégé.

24. Je me prononce contre l'idée de s'abstenir de répondre aux première et deuxième questions préjudicielles.

25. Premièrement, et avant tout, il n'apparaît pas clairement si le BKA a limité son action au territoire allemand. En fait, il semble qu'il y ait une certaine confusion quant aux éléments pris précisément en compte par cette ANC et quant aux conséquences qui en découlent. Je comprends que cette confusion provient de la référence, dans la décision du BKA, à la conversation téléphonique du 22 février 2006 au cours de laquelle il a été question du marché autrichien. Cette conversation est également évoquée par la BWB dans la procédure au principal.

26. Toutefois, aucune information ne permet de savoir si (et comment) la collusion résultant de cette conversation a été prise en compte dans la détermination du champ d'application territorial de la procédure devant le BKA et dans sa décision définitive. La juridiction de renvoi exprime des doutes quant au champ d'application territorial de la décision du BKA. En outre, elle indique que cette décision ne contient pas de précisions sur le chiffre d'affaires ayant servi de base au calcul de l'amende infligée à Südzucker.

27. Le libellé de la première question fait expressément référence aux *mêmes faits*, ce qui renforce les doutes précédemment évoqués. La troisième question porte ensuite sur les *mêmes effets* de l'infraction au droit de la concurrence en cause. Si l'on examine ces questions dans le contexte de la décision de renvoi, il semblerait que, selon la juridiction de renvoi, il puisse y avoir un chevauchement territorial entre les procédures menées par le BKA, d'une part, et celles qui sont pendantes devant elle, d'autre part.

28. Deuxièmement, la juridiction de renvoi invite clairement la Cour à fournir des lignes directrices sur la question de l'intérêt juridique protégé. Si cet élément est effectivement susceptible d'être pris en compte après vérification de l'identité du contrevenant et des faits pertinents, les particularités d'une affaire et l'intérêt d'une économie de procédure peuvent exiger que l'ordre d'examen soit différent. Il appartient à la juridiction de renvoi d'établir cet ordre.

29. Troisièmement, à titre de remarque plutôt accessoire mais qui n'en reste pas moins importante, la juridiction de renvoi s'interroge, par la présente demande de décision préjudicielle, sur la manière dont le principe ne bis in idem doit s'appliquer dans les procédures relevant du droit de la concurrence en particulier et au titre de l'article 50 de la Charte en général. À cet égard, je trouverais plutôt curieux, et certainement non conforme à l'esprit de coopération judiciaire, que la Cour se concentre simplement sur l'une des conditions susceptibles de ne pas être remplies (mais qui est en réalité une question de fait à établir par la juridiction de renvoi), sans préciser quels sont les autres éléments gouvernant l'application du principe ne bis in idem.

30. En résumé, dans la mesure où il ne peut être exclu que les deux procédures se chevauchent factuellement d'une manière ou d'une autre ou que la juridiction de renvoi cherche à examiner la question de l'intérêt juridique avant celle de l'identité des faits, la présomption de pertinence [5] dont bénéficient les demandes de décision préjudicielle ne saurait être considérée comme renversée. Partant, je propose à la Cour de répondre aux première et deuxième questions posées.

[5] Voir, tout récemment, notamment arrêt du 29 avril 2021, Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (C-383/19, EU:C:2021:337, points 29 et 30 et jurisprudence citée).

B. Le principe ne bis in idem en droit (de la concurrence) de l'Union : l'approche et ses éléments

31. Les première et deuxième questions portent sur la détermination des éléments qui devraient régir l'applicabilité du principe ne bis in idem en droit de la concurrence et, plus précisément dans ce contexte, sur la définition du terme « idem ».

32. Je commencerai par rappeler brièvement les raisons qui suscitent des interrogations à cet égard. La réponse que je propose à la *première* question repose sur l'analyse déjà réalisée dans mes conclusions parallèles dans l'affaire bpost (C-117/20, EU:C:2021:680). Je propose une approche unifiée du principe ne bis in idem en vertu de l'article 50 de la Charte, qui repose sur une triple identité : celle du contrevenant, des faits pertinents et de l'intérêt juridique protégé (1).

33. Ensuite, en réponse à la *deuxième* question, j'aborderai la question de l'intérêt juridique protégé particulièrement en droit de la concurrence. À cet égard, je constate que, lorsque deux ANC appliquent l'article 101 TFUE et les dispositions équivalentes de droit national, elles protègent le même intérêt juridique (2).

34. J'examinerai enfin la question de savoir si les deux procédures examinées dans la présente affaire portent sur les mêmes faits et si, en droit, elles sont même de nature à le permettre. Je conclurai que la question de savoir si le BKA a tenu compte des effets de l'infraction concernée au droit de la concurrence en Autriche est effectivement pertinente pour l'applicabilité du principe ne bis in idem dans l'affaire au principal, mais que, en fait, elle est loin d'être claire (3).

1. L'approche : une triple identité

35. Les première et deuxième questions s'inspirent sans doute de la réaffirmation de la Cour selon laquelle, en droit de la concurrence, le respect de la condition « idem » exige non seulement l'identité du contrevenant et des faits, mais aussi l'identité de l'intérêt juridique protégé [6].

36. La jurisprudence relative au principe ne bis in idem en droit de la concurrence de l'Union a commencé à se développer il y a une cinquantaine d'années avec l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Wilhelm e.a. [7]. Cette affaire concernait des enquêtes nationale et supranationale parallèles portant sur un comportement anticoncurrentiel. L'affirmation de la Cour selon laquelle « le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents » [8] a été complétée ultérieurement par la précision que la protection offerte par le principe ne bis in idem en droit de la concurrence n'est déclenchée que lorsque la deuxième procédure concerne non seulement le même contrevenant et les mêmes faits, mais aussi le même intérêt juridique protégé [9]. Cette lecture du principe a été particulièrement confirmée par l'arrêt rendu dans l'affaire Toshiba [10]. Malgré les critiques croissantes à l'égard de l'utilisation de la

6 Voir, notamment, arrêts du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 338) ; du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 97), et du 25 février 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, point 43).

7 Arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4).

8 Arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4, point 3).

9 Arrêts du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 338), et du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 97). Voir également arrêt du 26 octobre 2017, Marine Harvest/Commission (T-704/14, EU:T:2017:753, point 308).

10 Arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 97 et jurisprudence citée).

condition liée à l'intérêt juridique protégé, absente dans d'autres domaines du droit de l'Union [11], cette interprétation a été confirmée tout récemment dans l'arrêt rendu dans l'affaire Slovak Telecom [12].

37. La Cour a expressément limité l'examen de l'élément « idem » à la seule identité du contrevenant et des comportements dans la jurisprudence relative à l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (ci-après la « CAAS ») [13]. Dans ce contexte, la Cour a estimé que le seul critère pertinent aux fins de l'appréciation de la condition « idem » était « celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles » [14]. De même, dans la jurisprudence relative à une combinaison de procédures pénale et administrative, la Cour a jugé que « l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les *mêmes faits* de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la [taxe sur la valeur ajoutée (TVA)], une combinaison de sanctions fiscales et pénales » [15]. Par la suite, la Cour a précisé que « l'article 50 de la Charte interdit d'infliger, pour des *faits identiques*, plusieurs sanctions de nature pénale à l'issue de différentes procédures menées à ces fins » [16]. En orientant l'analyse davantage vers la notion de « bis », la Cour a permis la poursuite de la deuxième procédure dans la même affaire, sous réserve des conditions relatives à la clause de limitation des droits figurant à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte [17].

38. À l'heure actuelle, l'approche développée dans l'affaire Menci semble être d'application générale, visant ainsi toutes les situations relevant de l'article 50 de la Charte. Cela permet aussi l'application parallèle de règles plus spécifiques, telles que l'article 54 de la CAAS ou l'article 3, point 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI [18]. Toutefois, l'approche par défaut du principe ne bis in idem semble désormais être la notion très large d'« idem factum » en ce qui concerne le champ d'application de l'article 50 de la Charte, combiné à une échappatoire plutôt généreuse sous la forme de la possible limitation des droits en vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

[11] Voir conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, points 114 à 122) ; de l'avocat général Wahl dans l'affaire Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, point 45), et de l'avocat général Tanchev dans l'affaire Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, point 95, note en bas de page 34).

[12] Arrêt du 25 février 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, point 43 et jurisprudence citée).

[13] JO 2000, L 239, p. 19.

[14] Arrêts du 9 mars 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, point 36) ; du 28 septembre 2006, Gasparini e.a. (C-467/04, EU:C:2006:610, point 54) ; du 28 septembre 2006, Van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, point 48) ; du 18 juillet 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, point 26) ; du 16 novembre 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, point 39), et du 29 avril 2021, X (Mandat d'arrêt européen – Ne bis in idem) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, point 71 et jurisprudence citée), la dernière affaire ayant concerné une condamnation antérieure prononcée par un État tiers.

[15] Arrêt du 26 février 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, point 34). Souligné par mes soins.

[16] Arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, point 35). Souligné par mes soins. Cependant, voir également arrêt du 20 mars 2018, Garlsson Real Estate e.a. (C-537/16, EU:C:2018:193, point 27), où il est à nouveau fait référence aux *mêmes faits*.

[17] On pourrait ajouter que l'utilisation interchangeable des notions de « faits » (pertinents) et de « comportement » (pertinent) pourrait également avoir contribué en partie à la confusion qui règne quant au type et à la portée de l'identité requise. Selon une lecture étroite et dans des contextes spécifiques, le terme « comportement » pourrait effectivement être assimilé aux « faits ». Toutefois, dans certaines versions linguistiques, et certainement lorsqu'elle est abordée de manière abstraite, la notion de « comportement » (incriminé) est plus large que ses simples éléments factuels. Il s'agit non seulement de savoir « ce qui s'est passé », mais aussi de déterminer et de qualifier juridiquement ce qui s'est passé, détermination et qualification qui, à leur tour, sont susceptibles de tenir compte de l'intérêt juridique protégé, au moins indirectement en définissant les effets sociétaux négatifs du comportement en cause.

[18] Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO 2002, L 190, p. 1).

39. Je n'ai pas l'intention de réitérer les arguments qui expliquent pourquoi je considère qu'une telle approche est problématique. Je ne peux que renvoyer à mon analyse dans l'affaire bpost sur ce point [19]. Je propose donc qu'une approche (unifiée) de l'élément « idem » aux fins de l'article 50 de la Charte soit fondée sur une triple identité : celle du contrevenant, celle des faits pertinents et celle de l'intérêt juridique protégé [20].

40. La clarification de ce point de départ m'incite à examiner plus en avant deux éléments de cette approche qui sont au cœur de la présente affaire, à savoir l'identité de l'intérêt juridique protégé (2) et l'identité des faits pertinents (3).

2. L'identité de l'intérêt juridique protégé

41. À ma connaissance, bien que la condition de l'intérêt juridique protégé en droit de la concurrence ait été confirmée à plusieurs reprises, elle n'a jamais été véritablement expliquée [21], si ce n'est par l'affirmation selon laquelle « les législations internes, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les pratiques restrictives dans ce seul cadre » [22].

42. La question spécifique de savoir si le droit de l'Union et le droit national de la concurrence protègent le même intérêt juridique a été posée à la Cour assez récemment dans l'arrêt rendu dans l'affaire Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie [23]. La Cour n'a pas jugé nécessaire d'aborder cette question. Même si elle concernait l'application simultanée des règles de concurrence nationales et de l'Union, l'affaire au principal n'a donné lieu qu'à une seule procédure devant l'autorité nationale de la concurrence. Ainsi, la Cour s'est limitée à souligner l'absence de l'élément « bis » au départ, sans aborder l'élément « idem ».

43. En revanche, dans la présente affaire, il s'agit clairement de deux procédures qui concernent, pour ce qui est pertinent ici, les mêmes contrevenants [24]. Ainsi, à moins que la juridiction de renvoi ne constate, avant d'examiner la question de l'intérêt juridique protégé, que les deux procédures concernent des faits différents, la question de l'intérêt juridique protégé est manifestement pertinente.

44. Le droit de l'Union et le droit national de la concurrence protègent-ils le même intérêt juridique ? Lorsqu'ils sont envisagés de manière générale, en gardant à l'esprit l'impératif d'une concurrence loyale et non faussée dans le marché intérieur, il est clair qu'ils le protègent. Toutefois, je ne crois pas que l'analyse puisse véritablement s'arrêter là. La question de l'intérêt

19 C-117/20, EU:C:202:680, points 101 à 117.

20 Guidée par les principes qui y sont également énoncés dans mes conclusions dans l'affaire bpost (C-117/20, EU:C:202:680, points 119 à 122.

21 La Cour s'est référée (directement ou indirectement) à l'affirmation faite dans l'affaire Wilhem e.a. sur la différence entre le droit national et le droit de l'Union de la concurrence, notamment, dans les arrêts du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain e.a. (253/78 et 1/79 à 3/79, EU:C:1980:188, point 15) ; du 16 juillet 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, EU:C:1992:330, point 11) ; du 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, point 19) ; du 9 septembre 2003, Milk Marque et National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, point 61) ; du 13 juillet 2006, Manfredi e.a. (C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 38), ou du 1er octobre 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, point 50).

22 Voir, notamment, arrêts du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain e.a. (253/78 et 1/79 à 3/79, EU:C:1980:188, point 15) ; du 9 septembre 2003, Milk Marque et National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, point 61), et du 1er octobre 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, point 50).

23 Arrêt du 3 avril 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283).

24 Bien que les parties ne soient pas *toutes* identiques dans les deux procédures nationales, en ce qui concerne spécifiquement Nordzucker et Südzucker, l'identité du ou des contrevenants est évidente.

juridique protégé doit être appréciée au regard d'une disposition spécifique. Elle doit être axée sur l'intérêt ou l'objectif particulier poursuivi par la disposition appliquée, sur ce que cette disposition sanctionne et sur les raisons pour lesquelles elle le fait [25].

45. D'une part, d'un point de vue théorique, il ne fait aucun doute que, à l'heure actuelle, les règles de concurrence de l'Union et nationales ont largement convergé. Sans préjudice des raisons historiques qui sous-tendent l'affirmation faite dans l'arrêt Wilhelm e.a. selon laquelle le droit de l'Union et le droit national de la concurrence sont différents [26], il apparaît clairement que le règlement nº 1/2003 a rapproché le droit de l'Union et le droit national de la concurrence. Le besoin de convergence et de coopération se reflète à la fois dans la substance de la législation concernée et dans les institutions qui appliquent cette législation.

46. En ce qui concerne les dispositions matérielles, le règlement nº 1/2003 habilite clairement les ANC à appliquer les articles 101 et 102 TFUE [27]. Il fixe également des règles qui visent à assurer la cohérence de leur application. Cela dit, ce sont peut-être les dispositions de ce règlement relatives aux institutions et aux procédures qui établissent un système assez élaboré de « réseau européen de la concurrence », qui suscitent l'intervention tant de la Commission que des ANC, dans le but d'uniformiser l'application des articles 101 et 102 TFUE. En outre, l'adoption par le législateur européen de la directive (UE) 2019/1 [28] vise à combler les lacunes observées dans le régime actuel. Cette directive habilite les ANC à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE de manière plus efficace dans les domaines couverts par les différents chapitres de cet instrument [29].

47. Au vu de cette refonte systémique, il est difficile de considérer que le droit de l'Union et le droit national de la concurrence ne se sont pas rapprochés depuis que la Cour a examiné leurs relations dans l'affaire Wilhelm e.a. Une telle remarque semble vraie non seulement si l'on tient compte de la formulation exacte que la Cour a utilisée dans cet arrêt en se référant au « droit communautaire et [au] droit national en matière d'*ententes* » [30], mais aussi si l'on tient compte de la référence plus générale aux « pratiques restrictives » [31] dans la jurisprudence ultérieure.

48. D'autre part, lorsque l'accent est mis sur les dispositions spécifiques, on ne saurait affirmer avec une certitude absolue qu'il n'y a plus (ou, plutôt, qu'il ne peut plus y avoir) de divergence dans certains domaines visés par les règles de concurrence [32]. L'article 3 du règlement nº 1/2003 non seulement régit, contrairement au règlement nº 17 qui l'a précédé, la relation entre les règles

[25] Voir, plus en détail, mes conclusions dans l'affaire bpost (C-117/20, EU:C:2021:680, points 136 à 141 et 142 à 151), ces derniers points fournissant d'autres exemples.

[26] La Cour a utilisé plus précisément l'expression « le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes ». Arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4, point 3).

[27] Ce qui était déjà partiellement le cas sous le règlement nº 17 en ce qui concerne les articles 85 et 86 CEE – Règlement nº 17 : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204).

[28] Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (JO 2019, L 11, p. 3).

[29] Comme l'indiquent les titres des différents chapitres de la directive 2019/1, ces domaines concernent l'indépendance et les ressources des autorités nationales de concurrence, les pouvoirs pour exercer leurs missions, la détermination des amendes, les programmes de clémence, l'assistance mutuelle et les délais de prescription.

[30] Arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4, point 3). Souligné par mes soins.

[31] Voir, notamment, arrêt du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain e.a. (253/78 et 1/79 à 3/79, EU:C:1980:188, point 15).

[32] Lors des travaux législatifs qui ont conduit à l'adoption du règlement nº 1/2003, la Commission a constaté que de nombreux États membres (sur les quinze à l'époque) avaient adopté des législations nationales en matière de concurrence qui reflétaient le contenu des articles 81 et 82 du traité CE. Dans le même temps, elle a admis qu'aucune harmonisation formelle n'avait eu lieu et que des différences subsistaient à la fois en droit et en pratique. Voir partie I. A. « Contexte », point 3, et partie 2. C., paragraphe 2, sous a), de l'exposé des motifs de la proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 2988/74, (CEE) nº 4056/86 et (CEE) nº 3975/87 (« règlement d'application des articles 81 et 82 du traité »), COM/2000/0582 final (JO 2000, C 365E, p. 284).

de concurrence de l'Union et nationales, mais reconnaît aussi expressément qu'il existe des cas dans lesquels, sur le fond, les règles de concurrence nationales peuvent différer de celles de l'Union.

49. En ce qui concerne l'application des articles 101 et 102 TFUE au niveau national, il ressort de l'article 3, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 que les États membres ne sauraient soumettre les accords, les décisions d'associations d'entreprises ou les pratiques concertées à des règles plus strictes que celles qui existent au niveau de l'Union. Toutefois, les États membres disposent d'une telle possibilité en ce qui concerne un *comportement unilatéral* d'entreprises. Il existe donc une différence en termes de marge admissible pour des règles nationales spécifiques selon que le comportement en cause relève de l'article 101 TFUE ou de l'article 102 TFUE.

50. En outre, l'article 3, paragraphe 3, du règlement nº 1/2003 prévoit une marge de différenciation encore plus grande en ce qui concerne les législations nationales en matière de concentrations et réserve la possibilité de continuer à appliquer les règles de droit national qui poursuivent de manière prédominante un objectif différent de celui poursuivi par les articles 101 et 102 TFUE. Cette dernière possibilité est d'ailleurs confirmée par le considérant 9 de ce règlement qui indique notamment que « les États membres peuvent [...] mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel ».

51. D'un point de vue structurel, l'interaction normative entre les règles de l'Union et les règles nationales relevant de l'article 3 du règlement nº 1/2003 implique donc au moins quatre scénarios distincts. *Premièrement*, il existe un chevauchement matériel complet pour les situations relevant de l'article 101 TFUE, dans lesquelles les États membres ne peuvent pas adopter de règles plus strictes. *Deuxièmement*, il existe un chevauchement matériel assez important, mais incomplet, pour les cas relevant de l'article 102 TFUE dans lesquels les États membres peuvent adopter des règles plus strictes [33]. *Troisièmement*, il existe une harmonisation partielle du contrôle des concentrations. *Quatrièmement*, et c'est peut-être le plus important, il existe une marge normative distincte réservée aux États membres lorsqu'il s'agit de leurs règles nationales qui poursuivent des objectifs différents de ceux des articles 101 et 102 TFUE, dont la réglementation nationale sur les pratiques commerciales déloyales est citée à titre d'exemple.

52. Ainsi, l'article 3 du règlement nº 1/2003 reconnaît que le droit de l'Union et le droit national de la concurrence ne sont pas identiques, du moins pas sous tous leurs aspects [34]. Toutefois, cette différence potentielle est une différence liée à la qualité normative de l'intérêt (ou de l'objectif) poursuivi. Elle ne peut pas tout simplement concerner la différence du champ d'application géographique.

53. En d'autres termes, je ne pense pas que la simple différence (quantitative) de la portée territoriale de la même infraction, et donc de la règle donnée, soit en soi indicative d'une différence (qualitative) de l'intérêt juridique [35]. Alors que le droit de la concurrence de l'Union vise les cas dans lesquels le commerce entre les États membres est affecté, le droit national de la

[33] Sur l'expression « lois nationales plus strictes » figurant à l'article 3, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003, voir, notamment, Féteira, L. T., *The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003 : « United (Should) We Stand ? »*, Wolters Kluwer Law International, La Haye, 2015, p. 62 à 67.

[34] C'est sans doute la raison pour laquelle l'avocate générale Kokott a observé dans ses conclusions dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 81) que, pour l'essentiel, l'affirmation initiale de l'arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4) reste valable.

[35] Voir également Nazzini, R., « Parallel Proceedings in EU Competition Law : Ne bis in idem as a Limiting Principle », dans van Bockel, B. (éd.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 159.

concurrence s'applique aux situations internes. À mon avis, cette différence est liée à l'étendue territoriale de l'infraction, éventuellement couplée à la gravité de l'atteinte à l'intérêt juridique protégé, mais pas nécessairement à la qualité différente de cet intérêt juridique protégé [36].

54. Pour simplifier, une entente sur les prix, conclue et mise en œuvre en République tchèque, est susceptible d'avoir une incidence sur la qualité du même intérêt juridique protégé, indépendamment du fait que, en fin de compte, et au vu de l'affectation du commerce entre les États membres, on appliquera uniquement la disposition nationale reflétant l'article 101 TFUE [37] ou l'article 101 TFUE conjointement avec cette disposition nationale, ou encore l'article 101 TFUE seul.

55. En effet, ce tableau composite est régi par la règle générale selon laquelle les règles de concurrence nationales ne s'appliquent que lorsque le droit de l'Union ne prévoit pas de règles spécifiques [38]. Toutefois, dans la mesure où les deux ensembles de règles se chevauchent effectivement, ou en tout cas dès qu'ils commencent à sanctionner le même ensemble de faits, la question de savoir si l'intérêt juridique protégé est le même au niveau de l'Union et au niveau national doit être déterminée in concreto au regard des dispositions spécifiques qui sont appliquées à la même affaire à ces deux niveaux.

56. En appliquant cette approche à la présente affaire, il ressort tout d'abord de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 que, lorsqu'une ANC (ou une juridiction nationale) applique son droit national à un comportement, lequel, au sens de l'article 101 TFUE, affecte le commerce entre les États membres, elle doit également appliquer l'article 101 TFUE. En d'autres termes, lorsque le comportement en question relève *également* de l'article 101 TFUE, les ANC ou les juridictions doivent *également* appliquer cette disposition [39].

57. Ensuite, ainsi qu'il ressort de l'article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1/2003, le résultat de l'application du droit national à un cas relevant de l'article 101 TFUE *ne peut être différent* du résultat obtenu si l'article 101 TFUE était appliqué seul. Sans préjudice de la question de savoir quelle est alors la valeur ajoutée de l'application parallèle du droit national de la concurrence dans un tel scénario [40], il est, en tout état de cause, difficile d'imaginer comment les objectifs

[36] Voir conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer qui a considéré que « [l]e critère de l'étendue territoriale du comportement restrictif n'est pas substantiel, mais purement adjectif, dans la mesure où il n'affecte pas la nature de l'infraction, mais uniquement son intensité ». Il n'était pas d'accord avec l'approche adoptée dans l'arrêt rendu dans l'affaire Wilhelm e.a. en déclarant que « [l]es règles qui garantissent la libre concurrence à l'intérieur de l'Union européenne ne permet[tent] pas de distinguer ressort communautaire et ressorts nationaux comme s'il s'agissait de compartiments cloisonnés. Il s'agit, dans l'un comme dans les autres, de protéger une concurrence libre et ouverte dans le marché commun. Si le premier l'envisage dans son ensemble et les seconds sous l'angle de leurs composantes distinctes, leur essence demeure la même ». Voir conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Aalborg Portland e.a./Commission (C-217/00 P, non publiées, EU:C:2003:83, points 176, 173 et note en bas de page 121) et dans l'affaire Aalborg Portland e.a./Commission (C-213/00 P, non publiées, EU:C:2003:84, points 94, 91 et note en bas de page 71).

[37] Actuellement article 3 du zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (loi n° 143/2001 relative à la protection de la concurrence), telle que modifiée.

[38] Voir, en ce sens, arrêt du 3 mai 2011, Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, point 33). Voir également arrêts du 5 juin 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, point 32), et du 7 décembre 2010, VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, points 56 et 57) indiquant respectivement que les règles nationales doivent garantir « la pleine effectivité du droit de la concurrence de l'Union » et ne doivent pas porter atteinte à l'application effective de ces règles par les ANC, qui constitue l'objectif poursuivi par le règlement n° 1/2003.

[39] À cet égard, le considérant 3 de la directive 2019/1 énonce que, « [e]n pratique, la plupart des ANC appliquent le droit national de la concurrence parallèlement aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

[40] Qui, je dois l'admettre, m'échappe encore un peu. La proposition initiale de la Commission concernant le règlement n° 1/2003 contenait une règle un peu plus logique dans le projet d'article 3, qui énonçait que, « [l]orsqu'un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée au sens de l'article 81 du traité, ou l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 82, est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, *le droit communautaire de la concurrence est applicable à l'exclusion des droits nationaux de la concurrence* ». Souligné par mes soins. Voir proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87 (« règlement d'application des articles 81 et 82 du traité »), COM/2000/0582 final (JO 2000, C 365E, p. 284).

respectivement poursuivis par la règle nationale en cause et par l'article 101 TFUE pourraient différer. En outre, lorsque deux autorités nationales de concurrence appliquent la même disposition du droit de l'Union, à savoir l'article 101 TFUE, dont elles ne peuvent pas s'écarter au niveau national, il est certain que l'intérêt juridique spécifique protégé poursuivi par les deux ANC doit également être identique.

58. En résumé, il convient de répondre à la deuxième question en ce sens que le point de savoir si le droit de la concurrence de l'Union et le droit national de la concurrence protègent le même intérêt juridique doit être établi en examinant les règles spécifiques appliquées. Il s'agit de déterminer si les règles nationales en cause s'écartent de celles de l'Union. Lorsque les autorités de concurrence de deux États membres sont appelées à appliquer l'article 101 TFUE et la disposition correspondante du droit national de la concurrence, elles protègent le même intérêt juridique.

3. L'identité des faits pertinents : temps et espace

59. J'en viens maintenant à la troisième question. La juridiction de renvoi cherche à savoir si le fait que le BKA a pris en compte les effets de l'entente en cause dans l'autre État membre, donc, si je comprends bien, sur le marché autrichien, constitue un élément pertinent.

60. Cette question appelle une réponse affirmative.

61. Comme l'avocate générale Kokott l'a déclaré dans ses conclusions dans l'affaire Toshiba, « [l]es ententes sont interdites et poursuivies parce qu'elles ont des effets dommageables sur la concurrence ou, tout au moins, qu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence néfaste sur la concurrence »[41]. Elle a également observé que « [l]e point de savoir si des entreprises ont adopté un comportement ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ne saurait être apprécié de manière abstraite, mais doit toujours l'être au regard d'une certaine période et d'un certain territoire »[42].

62. En d'autres termes, pour savoir si le principe ne bis in idem s'oppose à une deuxième procédure, il importe de déterminer le temps et l'espace concernés par la restriction en cause. Dans l'affaire Toshiba, la Cour a donné raison à l'avocate générale Kokott à cet égard et a souligné que le comportement des entreprises « ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ne saurait être apprécié de manière abstraite, mais doit être examiné au regard du *territoire* [...] sur lequel le comportement visé a eu un tel objet ou un tel effet et de la *période* pendant laquelle le comportement visé a eu un tel objet ou un tel effet »[43]. Selon la Cour, tant le territoire que le temps sont des éléments pertinents qui forment l'identité des *faits*[44].

63. Dans les points suivants des présentes conclusions, j'aborderai brièvement, sur cette base, l'identité du temps et de l'espace dans le litige au principal. Tout d'abord, au vu des informations contenues dans le dossier, je ne peux qu'émettre une simple hypothèse quant à la question de savoir si le BKA a également tenu compte des effets du comportement interdit sur le marché

41 Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 128).

42 Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 129).

43 Arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 99). Souligné par mes soins.

44 Arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 99). Voir également conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 130).

autrichien (a). Ensuite, j'examinerai la question – qui se prêterait le mieux à l'appréciation de la Cour – de savoir si une telle pénalisation extraterritoriale des effets de certains comportements qui semblent se matérialiser dans un autre État membre aurait, en fait, été juridiquement possible (b).

a) Le territoire pris en compte par le BKA en tant qu'élément de fait

64. La décision de renvoi indique que la décision du BKA reproduit le contenu de la conversation téléphonique du 22 février 2006 en ce qui concerne l'Autriche. Par ailleurs, dans le cadre du recours pendant devant la juridiction de renvoi, la BWB fait également référence à la même conversation téléphonique.

65. Il est tout à fait possible qu'une conversation téléphonique concerne plusieurs marchés géographiques. Or, à cet égard, il existe un manque de précision quant à la question de savoir si le BKA a effectivement pris en compte les effets de l'entente en cause portant sur la répartition du marché sur le marché autrichien et ce que signifie réellement la « prise en compte des effets » dans la présente affaire.

66. Pour que la protection offerte par le principe ne bis in idem soit déclenchée, il ne suffit pas qu'un certain comportement ou qu'un ensemble de faits soit mentionné et reproduit quelque part dans une décision. L'élément factuel identique doit être jugé juridiquement pertinent, ses effets étant qualifiés et évalués comme tels. En ce qui concerne la présente affaire, de tels éléments factuels relatifs à la conversation téléphonique en cause ont-ils été pris en compte dans le constat d'infraction au droit de la concurrence dressé par le BKA ? Faut-il déduire de la décision du BKA que l'ANC a poursuivi et sanctionné les entreprises respectives également en ce qui concerne le marché autrichien ? Ou bien le BKA a-t-il considéré cette conversation comme un élément de preuve d'une infraction concernant le marché allemand [45] ?

67. Je suppose qu'une décision d'une ANC devrait contenir des informations de ce type, que ce soit initialement en ce qui concerne la définition du marché pertinent pris en compte ou, surtout, en ce qui concerne la constatation du lieu et du moment où, selon elle, l'infraction aux règles de concurrence a été commise.

68. Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner et de déterminer la réponse à ces questions, le cas échéant, en coopération avec le BKA, afin d'établir la portée réelle de l'action de cette ANC. Cette coopération peut se faire soit indirectement, avec l'assistance de la BWB [46], soit directement [47].

[45] D'après les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par la juridiction de renvoi (voir point 11 des présentes conclusions), il est tout aussi concevable que la conversation téléphonique concernant le marché autrichien ait pu être « prise en compte » en tant qu'élément de preuve de la restriction illicite de concurrence concernant le marché allemand au cours de la période considérée.

[46] En vertu de l'article 12, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003, une ANC peut certainement demander également la décision définitive d'une autre ANC, y compris les passages considérés comme confidentiels.

[47] En effet, il n'existe aucune disposition spécifique dans le règlement nº 1/2003 qui habilite une juridiction nationale à demander la copie d'une décision définitive d'une ANC à un autre État membre. Je trouverais néanmoins tout à fait justifié qu'une juridiction nationale puisse demander une telle décision définitive, soit en vertu de l'article 12, paragraphe 1, ou de l'article 15, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 appliqués par analogie, soit en se fondant directement sur l'article 4, paragraphe 3, TUE.

69. Par ailleurs, comme la juridiction de renvoi l'a mentionné dans sa décision, et comme l'ont souligné certaines parties intéressées, le BKA a pris en compte, pour calculer le montant total de l'amende, le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées uniquement sur le territoire allemand. En effet, dans l'affaire Toshiba, la Cour a affirmé, dans un contexte similaire au calcul des amendes par la Commission, qu'un tel facteur pouvait être pertinent [48].

70. Toutefois, si un tel facteur peut effectivement constituer un indicateur indirect utile, il peut difficilement être considéré comme concluant en soi. Premièrement, il nécessite un certain degré de raisonnement a contrario. Cependant, la causalité inversée ne fonctionne pas toujours : le fait qu'une autorité a calculé l'amende d'une manière particulière plutôt que d'une autre peut s'expliquer par des raisons sans rapport avec le champ d'application prévu de la décision. Deuxièmement, il existe désormais une certaine convergence dans la pratique des ANC en ce qui concerne le calcul des amendes [49]. Toutefois, cette pratique qui n'est pas totalement harmonisée est vouée à être en partie déterminée par les lois et pratiques nationales divergentes.

71. En résumé, la clarification de la portée géographique (et potentiellement temporelle) de la décision du BKA est une question de fait qui incombe à la juridiction nationale. Toutefois, la question qui se pose en amont, celle que la Cour est mieux à même d'apprécier, est celle de savoir si une ANC dispose du pouvoir légal de sanctionner les effets extraterritoriaux d'une infraction donnée.

b) Le territoire susceptible d'être pris en compte par une ANC en tant qu'élément de droit

72. Indépendamment de la position BKA s'agissant des faits, aurait-il pu, en droit, constater et également sanctionner l'infraction aux règles de concurrence sur le marché autrichien ? À cet égard, le point de vue des parties dans la présente procédure diverge.

73. Agrana affirme que les décisions d'une ANC appliquant l'article 101 TFUE ne peuvent pas être limitées aux effets sur le territoire national. Lorsqu'elle applique cet article, l'ANC doit analyser tous les aspects de la restriction de concurrence en cause sur le marché intérieur.

74. En revanche, la BWB fait valoir que le principe de territorialité limite le pouvoir de sanction d'une ANC au territoire national. C'est également ce qu'a fait la BWB, en basant le calcul de l'amende à infliger à Südzucker sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché autrichien. Le principe de territorialité exclut donc la possibilité d'une violation du principe ne bis in idem, car l'étendue géographique du comportement sanctionné sera toujours différente. Le gouvernement allemand, pour sa part, adopte un point de vue similaire. Une ANC ne peut sanctionner une infraction au droit de la concurrence qu'en ce qui concerne son propre territoire, ce qui se traduit par le calcul de l'amende sur la base du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise dans l'État membre concerné.

75. Le gouvernement belge considère que, lorsqu'une ANC applique l'article 101 TFUE, elle doit procéder de la même manière que la Commission, c'est-à-dire tenir compte de tous les effets de la restriction en cause sur la concurrence au sein du marché intérieur. Ce raisonnement présente toutefois deux limites. Premièrement, le droit et les traditions constitutionnels des États

[48] Arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 101).

[49] Un certain nombre d'ANC ont, en fait, déjà suivi les lignes directrices de la Commission sur ce point dans le passé. En outre, la nouvelle directive 2019/1, qui n'est toutefois pas applicable ratione temporis dans la procédure au principal, harmonise certains aspects de l'imposition d'amendes dans son chapitre V.

membres peuvent interdire à une ANC de sanctionner les effets extraterritoriaux. Deuxièmement, sanctionner les effets extraterritoriaux n'est en tout état de cause possible qu'en accord avec l'ANC dont le territoire serait concerné.

76. Tout d'abord, je rappelle que les poursuites et les sanctions ont traditionnellement été régies par le principe de territorialité. Il est bien sûr possible qu'un État essaie de « dépasser ses frontières » et de punir un comportement qui a eu lieu ailleurs. Cela pourrait se produire dans des situations régies par une compétence spéciale, que ce soit à l'égard de certains types de personnes (à savoir ses propres citoyens) ou à l'égard de certains types d'infractions (à savoir soit celles portant atteinte aux intérêts de l'État indépendamment du lieu où elles ont été commises, soit certains types de crimes odieux relevant de la compétence universelle, etc.)

77. Cependant, l'ensemble de ces exemples d'extraterritorialité effective requiert une *base juridique explicite*, que ce soit en droit national, international ou de l'Union. Un exemple notable et plus récent d'une telle habilitation extraterritoriale en droit de l'Union est la compétence de l'autorité de contrôle chef de file dans le cadre du mécanisme du guichet unique prévu par le règlement (UE) 2016/679 pour enquêter et, le cas échéant, sanctionner l'intégralité du traitement transfrontalier effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant au sein de l'Union européenne [50]. Bien qu'il soit illusoire de prétendre que les limites exactes de la compétence au sein de ce régime sont incontestées [51], il ne fait aucun doute qu'il existe à la fois une disposition matérielle en termes de licéité du traitement des données, ainsi qu'une clause de compétence explicite confiant à une autorité de contrôle donnée le pouvoir de procéder à une application extraterritoriale de ces règles matérielles.

78. Quelle est la position conceptuelle adoptée par le règlement n° 1/2003 à cet égard ? Je dois admettre qu'elle n'est pas si facile à saisir.

79. En effet, il existe des indications claires qu'une portée transfrontalière a été envisagée. Premièrement, le point de déclenchement de l'obligation pour les autorités nationales d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE est que *le commerce entre les États membres peut être affecté*. Il semble que cela puisse également déclencher la capacité intrinsèque d'une ANC à poursuivre et à sanctionner les effets extraterritoriaux d'une infraction donnée.

80. Deuxièmement, l'article 13 du règlement n° 1/2003 semble confirmer le même point. Le premier paragraphe de cette disposition énonce qu'une ANC peut suspendre la procédure ou rejeter la plainte lorsqu'un *même* accord, une *même* décision d'association ou une *même* pratique est *traité par* une autre autorité [52]. De même, le second paragraphe de cette disposition prévoit qu'une ANC peut rejeter une plainte lorsqu'elle est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été *traitée par* une autre autorité de concurrence [53]

[50] Article 56, paragraphe 1, du règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO 2016, L 119, p. 1).

[51] Comme l'a récemment démontré l'arrêt du 15 juin 2021, Facebook Ireland e.a. (C-645/19, EU:C:2021:483).

[52] Souligné par mes soins. Bien que cette disposition énonce que « [l]e fait qu'une autorité traite l'affaire *constitue* pour les autres autorités *un motif suffisant* pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte », la communication relative à la coopération indique qu'une ANC n'a pas l'obligation de suspendre la procédure ou de rejeter la plainte. En effet, la coopération prévue par le règlement n° 1/2003 est régie par la flexibilité. Voir point 22 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO 2004, C 101, p. 43) (ci-après la « communication relative à la coopération »).

[53] Souligné par mes soins.

81. Troisièmement, l'interprétation selon laquelle une action d'une ANC peut avoir une portée extraterritoriale semble également confirmée dans la communication de la Commission relative à la coopération. Cette dernière précise, à propos de l'article 13 du règlement nº 1/2003, que l'expression « traiter l'affaire » figurant dans cette disposition « ne signifie pas simplement qu'une autre autorité a été saisie de la plainte, mais qu'elle enquête ou a enquêté sur l'affaire pour son compte »[54]. Cette communication prévoit par ailleurs que cet article « peut être invoqué lorsque l'accord ou la pratique porte sur la ou les mêmes infractions sur les mêmes marchés de produits et géographiques en cause »[55].

82. En outre, cette même communication détaille la notion d'« autorité bien placée », à laquelle elle fait référence, en ce qui concerne une infraction au droit de la concurrence[56]. Si la compétence d'une ANC est dans tous les cas limitée au territoire national, la notion d'« autorité bien placée » n'a pas beaucoup de sens, sauf si l'on accepte que certains éléments d'une infraction puissent rester impunis en raison des limites territoriales de la compétence d'une telle « autorité bien placée » concernée. En revanche, si l'on admet que la protection efficace de la concurrence au sein du marché intérieur peut impliquer qu'un comportement anticoncurrentiel ne soit examiné que par une seule ANC bien placée, cette ANC devrait effectivement être en mesure d'examiner l'ensemble de ce comportement afin de ne pas en laisser une partie impunie.

83. Quoi qu'il en soit, la communication relative à la coopération ne constitue guère un acte juridiquement contraignant du droit de l'Union et on pourrait soutenir que la signification de la possibilité de « suspendre ou de rejeter » la plainte en vertu de l'article 13, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 n'est pas tout à fait claire. Toutefois, ce que cet article 13, pris dans son ensemble, implique, c'est que des chevauchements territoriaux peuvent exister. Si les pouvoirs de chaque ANC étaient strictement limités au territoire national, quelle utilité y aurait-il à procéder à une suspension ou à un rejet d'une plainte en présence d'une procédure pendante devant une autre ANC traitant du même comportement ? Bien sûr, il existe un certain nombre de questions différentes mais liées dans le contexte desquelles une suspension peut être raisonnable, mais le « rejet » ne semble avoir de sens que lorsque deux ANC ont été saisies de la même affaire, y compris en ce qui concerne sa portée géographique.

84. En revanche, on peut légitimement admettre qu'il s'agit là de simples « indices indirects » que l'extraterritorialité a été envisagée lors de la conception du règlement nº 1/2003. Toutefois, au-delà de cela, je suis d'accord avec l'argument du gouvernement allemand selon lequel une disposition clé qui en fait attribue clairement la compétence aux autorités pour les procédures extraterritoriales est absente de ce règlement. Comme l'a pertinemment relevé ce gouvernement, l'article 5 dudit règlement, intitulé « Compétence des autorités de concurrence des États membres », où l'on s'attendrait normalement à trouver une clause d'habilitation similaire, est totalement silencieux sur ce point. Il ne s'agit donc pas d'une base juridique suffisante pour qu'une ANC adopte une décision extraterritoriale lorsqu'une telle base n'est pas prévue par le droit national. Le gouvernement belge fait également valoir cet argument.

54 Communication relative à la coopération, point 20.

55 Communication relative à la coopération, point 21.

56 Une ANC peut être considérée comme telle lorsque, premièrement, l'accord ou la pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles sur son territoire, y est mis en œuvre ou y trouve son origine ; deuxièmement, l'autorité est à même de faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction ; et, troisièmement, elle est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction. Communication relative à la coopération, point 8.

85. Je suis d'accord avec ces gouvernements pour dire que, pour que les pouvoirs d'une ANC puissent être exercés de manière extraterritoriale, il doit y avoir une base juridique adéquate qui, en l'état actuel du droit de l'Union, ne peut provenir que du système juridique national. On peut ajouter brièvement que, lors de l'audience, le gouvernement allemand a relevé que le droit allemand ne comportait pas non plus une telle base juridique.

86. Je tiens à souligner qu'une telle affirmation respecte pleinement le libellé de l'article 101 TFUE, qui énumère en effet, comme l'une de ses conditions d'application, la possibilité que le commerce entre États membres soit affecté. Toutefois, il me semble impossible d'interpréter cet article, qui est, pour l'essentiel, une disposition matérielle, comme équivalant également à une clause d'habilitation, conférant à toute ANC le pouvoir de poursuivre et de sanctionner tout comportement anticoncurrentiel en tout point de l'Union [57].

87. Ainsi, je propose de répondre à la troisième question en ce sens que le fait qu'une ANC a tenu compte des effets extraterritoriaux d'un comportement anticoncurrentiel donné dans une décision antérieure, à condition qu'elle y ait été autorisée en vertu du droit national, est pertinent pour examiner l'applicabilité du principe ne bis in idem dans la procédure ultérieure. L'article 50 de la Charte s'oppose à ce qu'une ANC ou une juridiction sanctionne un comportement anticoncurrentiel qui a déjà fait l'objet d'une procédure antérieure ayant abouti à une décision définitive d'une autre ANC. Cette interdiction ne s'applique néanmoins que dans la mesure où la portée temporelle et géographique de l'objet des deux procédures est la même.

C. Le principe ne bis in idem dans les procédures ayant concerné l'application d'un programme de clémence

88. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si le principe ne bis in idem s'applique aux procédures ayant concerné l'application d'un programme de clémence et dans lesquelles, pour cette raison, une amende n'a pas été infligée.

89. À mon avis, la réponse à cette question doit être affirmative.

90. Premièrement, sur le plan conceptuel, comme le rappelle à juste titre le gouvernement italien, le principe ne bis in idem vise à prévenir non seulement contre la condamnation à une deuxième amende pour les mêmes faits, mais aussi contre de nouvelles poursuites [58]. L'ouverture d'une deuxième procédure pour les mêmes faits constitue, à mon avis, une violation de la garantie offerte par l'article 50 de la Charte. Pour les raisons que j'ai exposées en détail dans mes conclusions dans l'affaire bpost [59], je suis également en désaccord sur ce point avec la position que la Cour a adoptée à cet égard dans la jurisprudence Menci [60].

[57] Au vu de tous ces éléments, rétrospectivement, on ne peut qu'admirer la clarté de la rédaction initiale de la Commission à cet égard (note de bas de page 40 des présentes conclusions) et regretter qu'elle n'ait pas été retenue.

[58] Voir, notamment, arrêt du 3 avril 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, points 29 et 30).

[59] C-117/20, EU:C:2021:680, points 107 à 110.

[60] En effet, la quatrième question de la juridiction de renvoi illustre bien l'un des problèmes conceptuels de la jurisprudence Menci. Je pars du principe qu'une simple déclaration d'illégalité, sans qu'aucune sanction soit imposée, est susceptible, par définition, de répondre à l'élément de proportionnalité de la limitation en cause au titre de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. A fortiori, en effet, deux procédures parallèles à l'encontre d'une même entreprise résultant de deux procédures de clémence ne pourraient-elles alors jamais violer le principe ne bis in idem, puisque aucune amende n'a été infligée ? Toutefois, et encore une fois, le principe ne bis in idem ne peut être réduit à un contrôle a posteriori de la proportionnalité des sanctions agrégées.

91. Deuxièmement, la quatrième question vise une situation dans laquelle une ANC engage une procédure dans laquelle une entreprise revendique le bénéfice d'un programme de clémence. Un tel programme permet d'accorder un traitement favorable à des entreprises qui ont décidé de coopérer avec l'autorité de concurrence concernée dans le cadre d'une enquête portant sur des infractions à l'article 101 TFUE [61].

92. Toutefois, l'immunité ou la réduction d'amendes n'est en aucun cas automatiquement garantie. Elle dépend d'un certain nombre de conditions qui ont en commun la « valeur ajoutée » de la coopération d'une entreprise pour découvrir et sanctionner l'accord interdit [62]. Selon les circonstances, un demandeur de clémence peut (ou non) se voir accorder une immunité totale ou partielle, alors que l'infraction au droit de la concurrence commise par lui est constatée [63]. Ainsi, si le déroulement ou l'issue des procédures nationales est susceptible d'être modifié par une demande de clémence, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent toujours une procédure à part entière, nécessitant la participation de toutes les entreprises concernées, y compris du demandeur de clémence.

93. Troisièmement, même si tout se passe bien pour l'entreprise concernée par le programme de clémence et qu'une immunité totale d'amende est finalement accordée, la procédure aboutira toujours au constat d'une infraction au droit de la concurrence commise par le demandeur de clémence. D'après ce que je comprends, il y aura donc toujours, métaphoriquement parlant, une « déclaration de culpabilité » en vertu du droit national. Une telle déclaration pourrait être très importante pour l'avenir de l'entreprise ou des entreprises concernées. Si, à l'avenir, cette entreprise devait à nouveau être reconnue coupable d'une infraction au droit de la concurrence, sa condamnation antérieure et sa « récidive » seraient susceptibles de déclencher une augmentation automatique de l'amende. En même temps, on ne saurait exclure qu'une déclaration d'illégalité de la part de cette entreprise par l'autorité publique compétente ou par une juridiction, à laquelle le public est susceptible d'avoir accès [64], puisse être invoquée par des parties privées cherchant à obtenir réparation du préjudice causé par le comportement anticoncurrentiel en question [65].

94. En résumé, je ne vois aucune raison de principe pour laquelle l'applicabilité et la portée du principe ne bis in idem devraient être examinées différemment selon que la procédure relevant du droit de la concurrence en cause concernait l'application d'un programme de clémence, même lorsque cela entraîne effectivement une immunité totale d'amendes. C'est pourquoi je ne

[61] Voir, notamment, article 2, point 15, de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (JO 2014, L 349, p. 1). Voir aussi article 2, paragraphe 1, point 16, de la directive 2019/1.

[62] Voir, par ailleurs, point 8 de la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JO 2006, C 298, p. 17).

[63] Les modalités spécifiques dépendent du droit national. La BWB explique que les procédures engagées en raison d'une demande de clémence sont des procédures judiciaires civiles non contradictoires, soumises à l'article 38 de la Kartellgesetz 2005 (loi sur les ententes de 2005). Contrairement à la procédure devant la Commission, la procédure nationale n'est pas intégrée dans la procédure globale impliquant toutes les autres parties, mais elle est indépendante. Elle ne donne pas lieu à l'imposition d'une amende ou à une réduction totale de celle-ci. La juridiction constate plutôt l'existence d'une infraction commise à la suite de l'octroi d'une immunité par la BWB.

[64] L'hypothèse dans laquelle un constat d'infraction aux règles de concurrence, avec toutes les preuves recueillies faisant partie du raisonnement juridique, serait contenu dans une décision d'une juridiction semble exclure tout parapluie protecteur du chapitre II de la directive 2014/104. Il est toutefois peu probable que la situation soit très différente en ce qui concerne une décision d'infraction définitive adoptée par l'autorité nationale de concurrence (par opposition à de simples documents de procédure ou preuves soumis dans le cadre de procédures de clémence, tels que ceux énumérés à l'article 6, paragraphe 6, de cette directive).

[65] En les exonérant ainsi de la charge de la preuve lourde à laquelle un justiciable privé souhaitant engager une action « autonome » en réparation pour violation des règles de concurrence est susceptible d'être confronté pour établir ce qui constitue précisément le contenu spécifique d'une telle décision, à savoir qu'une infraction aux règles de concurrence a eu lieu. Par ailleurs, voir récemment mes conclusions dans l'affaire Stichting Cartel Compensation et Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, points 93 à 96).

partage pas l'argument plutôt circonstanciel de la Commission selon lequel l'application du principe ne bis in idem devrait dépendre de la question de savoir s'il existe encore une possibilité que Nordzucker perde son statut de demandeur de clémence et qu'une amende puisse donc encore être infligée.

95. Je propose donc de répondre à la quatrième question que le principe ne bis in idem consacré à l'article 50 de la Charte s'applique également dans le cadre des procédures nationales qui concernent l'application d'un programme de clémence et qui ne conduisent pas à l'imposition d'une amende.

V. Conclusion

96. Je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche) :

1) L'applicabilité du principe ne bis in idem consacré à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne repose sur l'examen de l'élément « idem » déterminé par l'identité du contrevenant, des faits pertinents et de l'intérêt juridique protégé.

2) La question de savoir si le droit de la concurrence de l'Union et le droit national de la concurrence protègent le même intérêt juridique doit être déterminée en examinant les règles spécifiques appliquées. Cela implique l'appréciation de la question de savoir si les règles nationales en cause s'écartent de celles de l'Union. Lorsque les autorités de concurrence de deux États membres sont appelées à appliquer l'article 101 TFUE et la disposition correspondante du droit national de la concurrence, elles protègent le même intérêt juridique.

3) Le fait qu'une autorité nationale de concurrence a tenu compte des effets extraterritoriaux d'un comportement anticoncurrentiel donné dans une décision antérieure, à condition qu'elle y ait été autorisée en vertu du droit national, est pertinent pour examiner l'applicabilité du principe ne bis in idem dans le cadre de la procédure ultérieure. L'article 50 de la charte des droits fondamentaux s'oppose à ce qu'une autorité nationale de concurrence ou une juridiction sanctionne un comportement anticoncurrentiel qui a déjà fait l'objet d'une procédure antérieure ayant abouti à une décision définitive adoptée par une autre autorité nationale de concurrence. Cette interdiction ne s'applique néanmoins que dans la mesure où la portée temporelle et géographique de l'objet des deux procédures est la même.

4) Le principe ne bis in idem consacré à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux s'applique également dans le cadre des procédures nationales qui concernent l'application d'un programme de clémence et qui ne conduisent pas à l'imposition d'une amende.