Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 2. rujna 2021.[1]

Predmet C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
protiv
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Tržišno natjecanje – Postupanje koje istražuju dva nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje – Načelo *ne bis in idem* – Istodobna primjena Unijinih i nacionalnih propisa o tržišnom natjecanju – Istovjetnost zaštićenog pravnog interesa – Teritorijalni učinci odluke nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje – Pokajnički program"

I. Uvod

1. Nordzucker i Südzucker dva su proizvođača šećera. Njemačko nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje utvrdilo je da su ta dva društva povrijedila članak 101. UFEU-a i njemačke propise o tržišnom natjecanju. Austrijsko nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje u glavnom postupku zahtijeva da se utvrdi da su ta dva društva povrijedila članak 101. UFEU-a i austrijske propise o tržišnom natjecanju, pri čemu se prema svemu sudeći poziva na iste činjenice na koje se odnosila njemačka odluka.

2. U tom kontekstu Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija) postavlja pitanja u pogledu dosega načela *ne bis in idem* iz članka 50. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja). U bitnome, protivi li se tom načelu vođenje usporednog ili kasnijeg postupka u državi članici povezanog s pravom tržišnog natjecanja za, kako se čini, barem djelomično isto ponašanje?

3. Ovaj predmet posebno otvara dva pitanja. Kao prvo, na kojim se kriterijima treba temeljiti tumačenje *idema* za potrebe načela *ne bis in idem* u pravu tržišnog natjecanja i, općenito, u smislu članka 50. Povelje? Tim se pitanjima detaljno bavim u svojem usporednom mišljenju u predmetu bpost[2]. Ovo se mišljenje u toj mjeri oslanja na analizu koja je već provedena u tom mišljenju. Kao

[1] Izvorni jezik: engleski

[2] bpost (C-117/20)

drugo, ovaj je predmet specifičan po potrebi da se ponovno objasni što se podrazumijeva pod istovjetnosti činjenica za potrebe načela *ne bis in idem*[3]. Prije svega, Sud se usto poziva – ponovno, valja reći – da pojasni svoje shvaćanje istovjetnosti zaštićenog pravnog interesa. Je li u dvama nacionalnim postupcima u kojima su dva nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje primijenila istu odredbu Unijina prava tržišnog natjecanja kao i svoja nacionalna pravila o tržišnom natjecanju riječ o istom zaštićenom pravnom interesu?

II. Pravni okvir

4. Članak 50. Povelje, naslovljen „Pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen za isto kazneno djelo", predviđa da se „[n]ikome […] ne može ponovno suditi niti ga se može kazniti u kaznenom postupku za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođen ili osuđen u Uniji u skladu sa zakonom".

5. Člankom 101. UFEU-a zabranjeni su kao nespojivi s unutarnjim tržištem „svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu".

6. Članak 3. Uredbe (EZ) br. 1/2003[4], naslovljen „Odnos članaka 81. i 82. Ugovora i nacionalnih propisa o tržišnom natjecanju", propisuje sljedeće:

„1. Kada tijela država članica za tržišno natjecanje ili nacionalni sudovi primjenjuju nacionalne propise o zaštiti tržišnog natjecanja na sporazume, odluke udruženja poduzetnika ili usklađena djelovanja u smislu članka 81. stavka 1. Ugovora koji mogu utjecati na trgovinu između država članica u smislu te odredbe, istovremeno će primjenjivati i članak 81. Ugovora na takve sporazume, odluke ili usklađena djelovanja. Kada tijela država članica za tržišno natjecanje ili nacionalni sudovi primjenjuju nacionalno pravo tržišnog natjecanja na zlouporabe koje su zabranjene člankom 82. Ugovora, također će primjenjivati članak 82. Ugovora.

2. Primjena nacionalnog prava tržišnog natjecanja ne smije imati za posljedicu zabranu sporazuma, odluka udruženja poduzetnika ili usklađenih djelovanja koji bi mogli utjecati na trgovinu između država članica, ali koji ne ograničavaju tržišno natjecanje u smislu članka 81. stavka 1. Ugovora, ili ispunjavaju uvjete iz članka 81. stavka 3. Ugovora, ili koji su obuhvaćeni Uredbom o primjeni članka 81. stavka 3. Ugovora. U smislu Uredbe, države članice neće se sprečavati da na svojim državnim područjima donose i primjenjuju strože nacionalne propise kojima se zabranjuju ili kažnjavaju jednostrana postupanja poduzetnika.

3. Ne dovodeći u pitanje opća načela i druge propise prava Zajednice, stavci 1. i 2. ne primjenjuju se kada tijela nadležna za tržišno natjecanje i sudovi država članica primjenjuju nacionalne propise koji se odnose na kontrolu koncentracija poduzetnika. Na isti način oni ne isključuju primjenu propisa nacionalnog zakonodavstva koji u svojoj biti imaju drugačiji cilj od onog koji je sadržan u člancima 81. i 82. Ugovora."

[3] Što je Sud već učinio, možda najpodrobnije u presudi od 14. veljače 2012., Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2012:72)

[4] Uredba Vijeća od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165. i ispravak SL 2016., L 173, str. 108.)

7. Članak 5. naslovljen je „Ovlasti tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje”, a glasi:

„Tijela država članica nadležna za tržišno natjecanje imaju ovlasti primjenjivati članke 81. i 82. Ugovora u pojedinačnim slučajevima. U tu svrhu, ona mogu, po službenoj dužnosti ili postupajući po pritužbi, donositi odluke u kojima će:

– zahtijevati da se povreda otkloni,

– odrediti privremene mjere,

– prihvatiti obveze,

– izricati kazne, dnevne ili druge kazne predviđene nacionalnim propisima.

Ako na temelju informacija koje posjeduju nisu ispunjeni uvjeti za utvrđivanje zabrane, ona mogu također odlučiti da ne postoji temelj za njihovo daljnje postupanje.”

8. Članak 13. naslovljen je „Obustava ili prekid postupka”:

„1. U slučaju da tijela dviju ili više država članica nadležna za tržišno natjecanje zaprime pritužbu stranke ili postupaju po službenoj dužnosti sukladno članku 81. ili članku 82. Ugovora protiv istog sporazuma, odluke udruženja poduzetnika ili postupanja, činjenica da se jedno tijelo bavi predmetom dovoljan je razlog za druge da obustave svoje postupke ili odbace pritužbu. Na isti način Komisija može odbaciti pritužbu stranke s obrazloženjem da se tijelo države članice nadležno za tržišno natjecanje bavi tim predmetom.

2. Ako tijelo države članice nadležno za tržišno natjecanje ili Komisija zaprime pritužbu protiv nekog sporazuma, odluke udruženja poduzetnika ili postupanja po kojoj je već postupalo neko drugo tijelo nadležno za tržišno natjecanje, mogu ju odbaciti.”

III. Činjenično stanje, nacionalni postupak i prethodna pitanja

9. Nordzucker i Südzucker dva su njemačka proizvođača šećera. Pod Südzuckerovom kontrolom nalazi se društvo Agrana. Ono upravlja dvjema šećeranama u Austriji i istočnoj Europi.

10. Zbog povijesnih razloga kao i zbog homogenosti proizvoda te visokih troškova prijevoza njemačko je tržište bilo podijeljeno na ključna tržišta velikih njemačkih proizvođača. Kao odgovor na pokušaje inozemnih proizvođača šećera da uđu na njemačko tržište, Nordzuckerov i Südzuckerov direktor prodaje su od najkasnije 2004. održali nekoliko sastanaka. Na tim je sastancima naglašena važnost izbjegavanja novog konkurentskog pritiska na način da si njemačka poduzeća međusobno ne konkuriraju ulazeći jedno drugome na tradicionalna ključna tržišta.

11. Krajem 2005. i početkom 2006. Agrana je utvrdila da su neki od njezinih austrijskih klijenata šećer kupovali od Nordzuckerova slovačkog društva kćeri. Tijekom telefonskog razgovora 22. veljače 2006. Agranin izvršni direktor o tim je isporukama obavijestio Südzuckerova direktora prodaje te ga je upitao poznaje li ikoga u Nordzuckeru s kim bi o tome mogao razgovarati. Südzuckerov direktor prodaje potom je nazvao Nordzuckerova direktora prodaje. Požalio se na navedene isporuke u Austriju te natuknuo da bi one mogle izazvati Südzuckerovu reakciju na

njemačkom tržištu. Nordzuckerovu direktoru prodaje dana je uputa da ne reagira izričito na taj zahtjev. Međutim, on je direktoru prodaje Nordzuckerova društva kćeri potom izrazio svoju želju da se izvoz ne proširi na Austriju.

12. Bundeskartellamt (u daljnjem tekstu: BKA), njemačko nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje (u daljnjem tekstu: NTTN), odlukom od 18. veljače 2014. Südzuckeru je izrekao novčanu kaznu od 195 500 000 eura zbog, u bitnome, nepoštovanja, u Saveznoj Republici Njemačkoj, zabrane sklapanja sporazuma između konkurentskih poduzeća koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu. BKA je utvrdio da su Nordzucker, Südzucker i treće njemačko poduzeće sklopili tajni sporazum u odnosu na svoja ključna tržišta za industrijski šećer i šećer namijenjen maloprodaji. U BKA-ovoj odluci usto je prikazan sadržaj telefonskog razgovora koji se 22. veljače 2006. vodio u pogledu Austrije.

13. Glavni postupak započeo je kada je Nordzucker zatražio primjenu pokajničkog programa u Austriji. Bundeswettbewerbsbehörde (u daljnjem tekstu: BWB), austrijski NTTN, nadležnim je austrijskim sudovima podnio tužbu zahtijevajući da se utvrdi da je Nordzucker povrijedio članak 101. UFEU-a i relevantne nacionalne propise o tržišnom natjecanju. Usto je zahtijevao da se Südzuckeru izrekne novčana kazna od 12 460 000 eura za razdoblje od 1. siječnja 2005. do 21. rujna 2006. BWB je također zatražio i da se Südzuckeru i Agrani za razdoblje od 22. rujna 2006. do 31. listopada 2008. izrekne novčana kazna od 15 390 000 eura, za čije bi plaćanje ta društva bila solidarno odgovorna.

14. Prvostupanjski nacionalni sud odbio je tu tužbu. Utvrdio je da BWB nema pravni interes zahtijevati donošenje deklaratorne presude protiv Nordzuckera. To je zato što se na Nordzucker primjenjuje pokajnički program zbog kojeg BWB nije zatražio izricanje novčane kazne za to društvo. Za razdoblje do 22. veljače 2006. ništa nije upućivalo na to da je Austrija bila uključena u načelni dogovor o poštovanju tradicionalnih njemačkih tržišta, čak ni implicitno.

15. Međutim, prvostupanjski sud usto je istaknuo da je zahtjev koji je iznesen u telefonskom razgovoru od 22. veljače 2006. mogao barem smanjiti isporuke Nordzuckerova slovačkog društva kćeri u Austriju. Shodno tomu, kasnija primjena tog zahtjeva činila je sporazum između Nordzuckera i Südzuckera koji je bio u suprotnosti s člankom 101. stavkom 1. UFEU-a. Međutim, taj je sud utvrdio da se nova kazna protivi načelu *ne bis in idem* ako se odnosi na postupanje za čiji je određeni aspekt neki drugi NTTN već izrekao kaznu. Taj je sud naveo da je upravo to slučaj sa sporazumom od 22. veljače 2006.

16. BWB je podnio žalbu Oberster Gerichtshofu (Vrhovni sud, Austrija), sudu koji je uputio zahtjev. BWB zahtijeva, na temelju sporazuma sklopljenog u telefonskom razgovoru od 22. veljače 2006., da se utvrdi da je Nordzucker povrijedio članak 101. UFEU-a i relevantne odredbe nacionalnog prava. U odnosu na Südzucker zahtijeva izricanje novčane kazne za istu povredu. BWB osporava primjenu načela *ne bis in idem* prvostupanjskog suda. On navodi da taj sud nije uzeo u obzir područja za koja su izrečene kazne na temelju na njima ostvarenih prihoda. Prema BWB-ovu mišljenju, prvostupanjska presuda ujedno se protivi decentraliziranoj primjeni Unijina prava tržišnog natjecanja, predviđenoj u Uredbi br. 1/2003, koja omogućuje usporedno vođenje postupaka pred više NTTN-ova.

17. Sud koji je uputio zahtjev ističe da je BKA Südzuckeru izrekao novčanu kaznu za djela koja uključuju telefonski razgovor od 22. veljače 2006., koji je jedina relevantna povreda u predmetu koji se pred njime vodi. Taj sud dalje upućuje na sudsku praksu Suda prema kojoj primjena

načela *ne bis in idem* podliježe trostrukom uvjetu istovjetnosti: počinitelja, relevantnih činjenica i zaštićenog pravnog interesa. On usto upućuje na, prema njegovu viđenju, određeno proturječje između kriterija zaštićenog pravnog interesa i pristupa u drugim područjima prava Unije prema kojem primjena načela *ne bis in idem* podliježe istovjetnosti samo počinitelja i činjenica.

18. Sud koji je uputio zahtjev ističe da sudska praksa Suda ne pruža nikakve smjernice u pogledu primjene načela *ne bis in idem* u okolnostima u kojima dva NTTN-a primjenjuju Unijine i nacionalne propise o tržišnom natjecanju u dvama postupcima koji se odnose na iste činjenice i istog počinitelja. Sud koji je uputio zahtjev usto navodi da iz Uredbe br. 1/2003 nije moguće izvući nikakve odgovore. Osim toga, taj se sud pita ima li činjenica da je NTTN uzeo u obzir učinke dane povrede u drugoj državi članici ikakav značaj za primjenu načela *ne bis in idem* te je li u tom pogledu relevantna okolnost da je glavni postupak uključivao primjenu Nordzuckerova pokajničkog programa.

19. S obzirom na te okolnosti, Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud) odlučio je prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li treći kriterij koji se odnosi na primjenu načela ‚*ne bis in idem*', utvrđen sudskom praksom Suda iz područja prava tržišnog natjecanja, točnije kriterij prema kojem se mora raditi o istom zaštićenom pravnom interesu, primijeniti i ako su tijela nadležna za tržišno natjecanje dviju država članica pozvana da na isto činjenično stanje i u odnosu na iste osobe osim nacionalnih pravila primijene i ista pravila prava Unije (u ovom predmetu: članak 101. UFEU-a)?

U slučaju potvrdnog odgovora na to pitanje:

2. Postoji li u takvom slučaju usporedne primjene europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja isti zaštićeni pravni interes?

3. Osim toga, je li za primjenu načela ‚*ne bis in idem*' važno jesu li u vremenski gledano prvoj odluci o novčanoj kazni tijela nadležnog za tržišno natjecanje neke države članice činjenično uzeti u obzir učinci povrede prava tržišnog natjecanja na drugu državu članicu čije je tijelo nadležno za tržišno natjecanje tek nakon toga donijelo odluku u postupku vođenom u okviru prava tržišnog natjecanja?

4. Je li u slučaju postupka u kojem se zbog sudjelovanja stranke u nacionalnom pokajničkom programu samo može utvrditi njezina povreda prava tržišnog natjecanja isto tako riječ o postupku u kojem se primjenjuje načelo ‚*ne bis in idem*' ili takvo puko utvrđenje povrede može uslijediti neovisno o ishodu ranijeg postupka u pogledu izricanja novčane kazne (u drugoj državi članici)?"

20. Pisana očitovanja podnijeli su Südzucker, Agrana, BWB, belgijska, njemačka i talijanska vlada te Europska komisija. Südzucker, Agrana, BWB, belgijska, njemačka i poljska vlada te Europska komisija iznijeli su usmena očitovanja na raspravi održanoj 22. ožujka 2021. Ta je rasprava bila zajednička za ovaj predmet i za predmet C-117/20, bpost.

IV. Ocjena

21. Ovo je mišljenje strukturirano na sljedeći način. Svoju ću analizu započeti govoreći o relevantnosti prvog i drugog prethodnog pitanja (A.). Potom ću se okrenuti testu na temelju kojeg se, prema mojemu mišljenju, treba odrediti primjenjivost načela *ne bis in idem* u stvarima koje se tiču prava tržišnog natjecanja i svim drugim slučajevima povezanima s člankom 50. Povelje (B.). Posebno ću se baviti pitanjem zaštićenog pravnog interesa u Unijinu pravu tržišnog natjecanja (B.1.), nakon čega ću se okrenuti istovjetnosti relevantnih činjenica u danom prostoru i danom vremenu (B.2.). Završit ću usredotočavajući se na relevantnost utvrđenja koje se zahtijeva u nacionalnom postupku, u kojem nije izrečena novčana kazna jer je uključivao primjenu pokajničkog programa, za primjenjivost načela *ne bis in idem* na taj postupak (C.).

A. Relevantnost prvog i drugog prethodnog pitanja

22. Sud koji je uputio zahtjev svojim prvim i drugim pitanjem od Suda traži da utvrdi je li kriterij zaštićenog pravnog interesa primjenjiv u kontekstu dvaju nacionalnih postupaka koji se odnose na iste počinitelje i na iste činjenice, a u kojima odnosni NTTN-ovi primjenjuju članak 101. UFEU-a i nacionalno pravo tržišnog natjecanja (prvo pitanje). Za slučaj da je kriterij pravnog interesa relevantan, sud koji je uputio zahtjev usto pita štiti li se Unijinim i nacionalnim propisima o tržišnom natjecanju isti pravni interes (drugo pitanje).

23. Iako prigovor nedopuštenosti nije formalno uložen, BWB, njemačka vlada i Komisija smatraju da odgovor na prvo pitanje (te u određenoj mjeri na drugo pitanje) nije relevantan za rješavanje predmeta. U bitnome, oni smatraju da u glavnom postupku izostaje istovjetnost činjenica jer su BKA i BWB dano protutržišno ponašanje razmatrali samo u odnosu na svoja državna područja. Stoga nije potrebno ocjenjivati zaštićeni pravni interes.

24. Ne bih preporučio da se na prvo i drugo prethodno pitanje ne odgovori.

25. Kao prvo, i najvažnije, nije jasno je li BKA svoj postupak ograničio na njemačko državno područje. U biti, čini se da je donekle sporno što je taj NTTN uzeo u obzir i koje su posljedice toga. Koliko shvaćam, te nedoumice proizlaze iz spominjanja, u BKA-ovoj odluci, telefonskog razgovora od 22. veljače 2006. tijekom kojeg se govorilo o austrijskom tržištu. Na taj se razgovor poziva i BWB u glavnom postupku.

26. Međutim, nema nikakvih informacija koje bi razjasnile je li se (i na koji način) tajni sporazum koji proizlazi iz tog razgovora odrazio u određivanju teritorijalnog dosega postupka pred BKA-om i u njegovoj konačnoj odluci. Sud koji je uputio zahtjev izražava dvojbe u pogledu teritorijalnog dosega BKA-ove odluke. Dalje navodi da ta odluka ne sadržava pojedinosti o prihodima na temelju kojih je izračunana novčana kazna izrečena Südzuckeru.

27. Dodatne dvojbe stvara činjenica da se u tekstu prvog pitanja izričito spominje *isto činjenično stanje*. Trećim se pitanjem pita o *istim učincima* predmetne povrede prava tržišnog natjecanja. Ako se ta pitanja promotre u kontekstu odluke kojom su upućena, čini se da se, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, postupak pred njime i postupak pred BKA-om možda teritorijalno preklapaju.

28. Kao drugo, sud koji je uputio zahtjev jasno poziva Sud da pruži smjernice o pitanju zaštićenog pravnog interesa. Iako se taj element obično razmatra nakon provjere istovjetnosti počinitelja i relevantnih činjenica, posebnosti danog slučaja i ekonomičnost postupka mogu zahtijevati drukčiji redoslijed ocjene. Na sudu koji je uputio zahtjev je da utvrdi taj redoslijed.

29. Kao treće, valja istaknuti uzgrednu, ali ipak značajnu činjenicu da se nacionalni sud ovim zahtjevom za prethodnu odluku raspituje o testu koji u pogledu načela *ne bis in idem* treba primijeniti u postupku vođenom u okviru prava tržišnog natjecanja konkretno i za potrebe članka 50. Povelje općenito. S obzirom na to, bilo bi mi poprilično neobično, a u svakom slučaju ne bi bilo u duhu sudske suradnje, ako bi se Sud usredotočio na samo jedan od uvjeta koji možda nije ispunjen (ali koji je zapravo činjenični element koji sud koji je uputio zahtjev treba utvrditi), a da pritom ne navede koji su drugi kriteriji tog testa.

30. Ukratko, s obzirom na to da se ne može isključiti da se odnosna dva postupka na neki način činjenično preklapaju odnosno da bi sud koji je uputio zahtjev mogao poželjeti pitanje pravnog interesa razmatrati prije pitanja istovjetnosti činjenica, pretpostavku relevantnosti[5] zahtjeva za prethodnu odluku ne može se smatrati oborenom. Stoga predlažem da Sud odgovori na prvo i drugo prethodno pitanje.

B. Načelo ne bis in idem u Unijinu pravu (tržišnog natjecanja): test i njegovi dijelovi

31. Prvo i drugo pitanje odnose se na određivanje testa na temelju kojeg treba ocijeniti primjenjivost načela *ne bis in idem* u stvarima koje se tiču prava tržišnog natjecanja i, konkretnije, u predmetnom kontekstu, na određivanje *idema*.

32. Započet ću kratkim izlaganjem razloga zbog kojih se ta pitanja javljaju. Odgovor koji ću predložiti na *prvo* pitanje počiva na analizi koja je već provedena u mojem usporednom mišljenju u predmetu bpost. Predložit ću primjenu jedinstvenog testa za načelo *ne bis in idem* u smislu članka 50. Povelje, koji počiva na trostrukoj istovjetnosti: počinitelja; relevantnih činjenica; i zaštićenog pravnog interesa (1.).

33. Potom ću, odgovarajući na *drugo* pitanje, problematiku zaštićenog pravnog interesa razmatrati konkretno u kontekstu prava tržišnog natjecanja. U tom ću pogledu zaključiti da dva NTTN-a štite isti pravni interes kada primjenjuju članak 101. UFEU-a i ekvivalentne nacionalne odredbe (2.).

34. Naposljetku ću se okrenuti pitanju odnose li se oba postupka o kojima je riječ u ovom predmetu na iste činjenice te je li u pravnom smislu to uopće moguće. Zaključit ću da pitanje je li BKA uzeo u obzir učinke dane povrede prava tržišnog natjecanja u Austriji doista jest relevantno za primjenjivost načela *ne bis in idem* u glavnom postupku, ali da u činjeničnom smislu nipošto nije nesporno (3.).

[5] Vidjeti, kao najnoviji primjer, presudu od 29. travnja 2021., Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny z siedzibą (C-383/19, EU:C:2021:337, t. 29. i 30. i navedenu sudsku praksu).

1. Test: trostruka istovjetnost

35. Moglo bi se tvrditi da je prvo i drugo pitanje nadahnula činjenica da Sud opetovano potvrđuje da je u pravu tržišnog natjecanja za ispunjenje uvjeta *idema* potrebna ne samo istovjetnost počinitelja i činjenica nego i istovjetnost zaštićenog pravnog interesa [6].

36. Sudska praksa Suda u pogledu načela *ne bis in idem* u Unijinu pravu tržišnog natjecanja počela se razvijati prije otprilike 50 godina s presudom Suda u predmetu Wilhelm i dr. [7] Taj se predmet odnosio na usporednu nacionalnu i nadnacionalnu istragu ponašanja protivnog tržišnom natjecanju. Navod Suda da „propisi Zajednice i nacionalni propisi o zabranjenim sporazumima promatraju zabranjene sporazume iz različitih perspektiva" [8] kasnije je dopunjen pojašnjenjem da se zaštita koju pruža načelo *ne bis in idem* u pravu tržišnog natjecanja aktivira samo kada se drugi postupak odnosi ne samo na istog počinitelja i činjenice nego i na isti zaštićeni pravni interes [9]. To tumačenje predmetnog načela osobito je potvrđeno u presudi Toshiba [10]. Unatoč sve većim kritikama uporabe uvjeta povezanog sa zaštićenim pravnim interesom, koji nedostaje u drugim područjima prava Unije [11], ono je posljednji put potvrđeno u presudi Slovak Telecom [12].

37. Sud je u sudskoj praksi u pogledu članka 54. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Gospodarske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama (u daljnjem tekstu: CISA) [13] uvjet *idema* ograničio na istovjetnost počinitelja i radnji. U tom kontekstu Sud je utvrdio da jedini relevantan kriterij za ocjenu uvjeta *idema* čini „istovjetnost materijalnih radnji, u smislu postojanja skupa konkretnih okolnosti koje su neodvojivo povezane" [14]. Slično tomu, Sud je u sudskoj praksi koja se odnosi na kombinaciju kaznenog i upravnog postupka zaključio da „članak 50. Povelje ne sprječava države članice da, za *istu radnju* kojom je povrijeđena obveza prijave PDV-a, izreknu i poreznu sankciju i kaznenu sankciju" [15]. Sud je kasnije pojasnio da „[č]lanak 50. Povelje zabranjuje […] da se za *iste [činjenice]* izrekne više

[6] Osobito vidjeti presude od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 338.); od 14. veljače 2012., Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2012:72, t. 97.); i od 25. veljače 2021., Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, t. 43.).

[7] Presuda od 13. veljače 1969. (14/68, EU:C:1969:4)

[8] *Ibidem*, t. 3.

[9] Presude od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 338.), i od 14. veljače 2012., Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2012:72, t. 97.). Vidjeti također presudu Općeg suda od 26. listopada 2017., Marine Harvest/Komisija (T-704/14, EU:T:2017:753, t. 308.).

[10] Presuda od 14. veljače 2012., Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2012:72, t. 97. i navedena sudska praksa)

[11] Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u predmetu Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2011:552, t. 114. do 122.); mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu Powszechny Zakład Ubezpieczeńna Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, t. 45.); i mišljenje nezavisnog odvjetnika E. Tancheva u predmetu Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, t. 95., bilj. 34).

[12] Presuda od 25. veljače 2021., Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, t. 43. i navedena sudska praksa)

[13] SL 2000., L 239, str. 19. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str. 12.)

[14] Presude od 9. ožujka 2006., van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, t. 36.); od 28. rujna 2006., Gasparini i dr. (C-467/04, EU:C:2006:610, t. 54.); od 28. rujna 2006., van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, t. 48.); od 18. srpnja 2007., Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, t. 26.); od 16. studenoga 2010., Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, t. 39.); od 29. travnja 2021., X (europski uhidbeni nalog – *ne bis in idem*) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, t. 71. i navedena sudska praksa), pri čemu se zadnjenavedeni predmet odnosio na raniju osudu izrečenu u trećoj državi

[15] Presuda od 26. veljače 2013., Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, t. 34.). Moje isticanje

sankcija kaznene naravi u različitim postupcima vođenima u tu svrhu”[16]. Sud je prebacivanjem fokusa analize više na pojam *bisa* dopustio vođenje drugog postupka o istoj stvari, podložno uvjetima klauzule o ograničenju prava sadržane u članku 52. stavku 1. Povelje[17].

38. Trenutačno se čini da je test iz presude Menci općeprimjenjiv; dakle, primjenjuje se na sve situacije obuhvaćene člankom 50. Povelje. Ipak, to dopušta usporednu primjenu konkretnijih pravila, kao što su članak 54. CISA-e ili članak 3. stavak 2. Okvirne odluke 2002/584/PUP o Europskom uhidbenom nalogu[18]. Međutim, čini se da je sada opći pristup vrlo široko shvaćanje *idem factuma* za potrebe članka 50. Povelje, uz istodobno korištenje mogućnosti ograničavanja prava na temelju članka 52. stavka 1. kao vrlo širokog otvora za bijeg.

39. Neću ponavljati argumente zbog kojih takav pristup smatram problematičnim. Za te ću potrebe samo uputiti na svoje mišljenje u predmetu bpost[19]. Stoga predlažem da se (jedinstveni) test u pogledu *idema* za potrebe članka 50. Povelje treba temeljiti na trostrukoj istovjetnosti: počinitelja, relevantnih činjenica i zaštićenog pravnog interesa[20].

40. Pojašnjenje te polazne točke navodi me na podrobniju analizu dvaju elemenata tog testa koji čine bit ovog predmeta, a to su istovjetnost zaštićenog pravnog interesa (2.) i istovjetnost činjenica (3.).

2. Istovjetnost zaštićenog pravnog interesa

41. Koliko mi je poznato, iako je uvjet zaštićenog pravnog interesa više puta potvrđen u stvarima koje se tiču prava tržišnog natjecanja, on zapravo nikada nije objašnjen[21], izuzevši navod da se „nacionalno pravo vodi sebi specifičnim pitanjima te ograničavajuće prakse promatra samo u tom kontekstu”[22].

42. Konkretno pitanje štite li Unijini i nacionalni propisi o tržišnom natjecanju isti pravni interes Sudu je nedavno postavljeno u predmetu Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie[23]. Sud nije smatrao da je to pitanje potrebno razmatrati. Glavni postupak, iako se ticao istodobne primjene

[16] Presuda od 20. ožujka 2018., Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, t. 35.). Moje isticanje. Međutim, vidjeti također presudu od 20. ožujka 2018., Garlsson Real Estate i dr. (C-537/16, EU:C:2018:193, t. 27.), gdje se ponovno spominju *iste radnje*.

[17] Valja dodati da je nedoumicama u pogledu potrebne vrste i dosega istovjetnosti možda djelomično doprinijelo i korištenje pojmova (relevantnih) činjenica i (relevantnih) radnji kao sinonima. „Radnje” bi se, u posebnim kontekstima i ako taj pojam usko tumačimo, doista moglo izjednačiti s „činjenicama”. Međutim, u nekim jezicima, a u svakom slučaju načelno, pojam (kaznene) radnje odnosno (kaznenog) djela širi je od njegovih pukih činjeničnih elemenata. On obuhvaća ne samo ono „što se dogodilo” već i pravnu ocjenu i kvalifikaciju onoga što se dogodilo, u okviru čega će se vjerojatno uzeti u obzir zaštićeni pravni interes, barem neizravno tako što će se sagledati negativni društveni učinci spornog ponašanja.

[18] Okvirna odluka Vijeća od 13. lipnja 2002. o Europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (SL 2002., L 190, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 83. i ispravak SL 2013., L 222, str. 14.)

[19] Predmet bpost (C-117/20, t. 101. do 117.)

[20] Vodeći se načelima izloženima u točkama 119. do 122. tog mišljenja

[21] Sud je na navod u presudi Wilhem i dr. da se nacionalno pravo tržišnog natjecanja i pravo Zajednice o tržišnom natjecanju međusobno razlikuju uputio (izravno ili neizravno) u, primjerice, presudama od 10. srpnja 1980., Giry i Guerlain i dr. (253/78 i 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, t. 15.); od 16. srpnja 1992., Asociación Española de Banca Privada i dr. (C-67/91, EU:C:1992:330, t. 11.); od 26. studenoga 1998., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, t. 19.); od 9. rujna 2003., Milk Marque i National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, t. 61.); od 13. srpnja 2006., Manfredi i dr. (C-295/04 do C-298/04, EU:C:2006:461, t. 38.); ili od 1. listopada 2009., Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, t. 50.).

[22] Vidjeti, primjerice, presude od 10. srpnja 1980., Giry i Guerlain i dr. (253/78 i 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, t. 15.); od 9. rujna 2003., Milk Marque i National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, t. 61.); ili od 1. listopada 2009., Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, t. 50.).

[23] Presuda od 3. travnja 2019. (C-617/17, EU:C:2019:283)

nacionalnih i Unijinih propisa o tržišnom natjecanju, odnosio se samo na jedan postupak pred nacionalnim tijelom nadležnim za tržišno natjecanje. Sud je stoga samo istaknuo da nema *bisa*, a da se na *idem* nije ni osvrnuo.

43. Nasuprot tomu, ovaj predmet jasno obuhvaća dva postupka koji se odnose, koliko je to ovdje relevantno, na iste počinitelje [24]. Stoga, pitanje zaštićenog pravnog interesa očito je relevantno, osim ako sud koji je uputio zahtjev prije njegova razmatranja utvrdi da se dotična dva postupka odnose na različite relevantne činjenice.

44. Štite li Unijini i nacionalni propisi o tržišnom natjecanju isti pravni interes? Ako ih se općenito promatra, imajući pritom na umu nužnost poštenog i nenarušenog tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu, očito štite. Međutim, smatram da analiza ne može tu stati. Pitanje zaštićenog pravnog interesa treba razmotriti s obzirom na konkretnu odredbu. Potrebno je usredotočiti se na konkretan interes ili svrhu odredbe koja se primjenjuje, što se tom odredbom sankcionira i zašto [25].

45. S jedne strane, apstraktno gledano, nema dvojbe da se Unijini i nacionalni propisi o tržišnom natjecanju trenutačno uvelike preklapaju. Ne dovodeći u pitanje povijesne razloge koji su ponukali navod u presudi Wilhelm i dr. o različitosti nacionalnih propisa o tržišnom natjecanju i propisa Zajednice o tržišnom natjecanju [26], očito je da je Uredba 1/2003 približila Unijine i nacionalne propise o tržišnom natjecanju. Potreba za ujednačavanjem i suradnjom odražava se i u materijalnim odredbama dotičnog zakonodavstva i u institucijama koje ga primjenjuju.

46. Kada je riječ o materijalnim odredbama, Uredba br. 1/2003 jasno ovlašćuje NTTN-ove da primjenjuju članke 101. i 102. UFEU-a [27]. Ona usto predviđa pravila namijenjena dosljednoj primjeni tih članaka. Međutim, možda su odredbe Uredbe br. 1/2003 o institucijama i postupcima koji tvore poprilično razrađen sustav „Europske mreže tržišnog natjecanja”, koji zahtijeva sudjelovanje i Komisije i NTTN-ova, s ciljem osiguravanja ujednačene primjene članaka 101. i 102. UFEU-a. Osim toga, zakonodavac Unije se navodnim prazninama u postojećem režimu pozabavio usvajanjem Direktive (EU) 2019/1 [28]. Ta direktiva ovlašćuje NTTN-ove da učinkovitije provode članke 101. i 102. UFEU-a u područjima obuhvaćenima pojedinim poglavljima tog propisa [29].

47. S obzirom na taj sustavni preustroj, teško je smatrati da se Unijini i nacionalni propisi nisu međusobno približili otkada je Sud u presudi Wilhelm i dr. razmatrao njihov odnos. To proizlazi ne samo iz konkretnog izraza koji je Sud upotrijebio u toj presudi („propisi Zajednice i nacionalni propisi o *zabranjenim sporazumima*” [30]) nego i iz općenitijeg spominjanja „ograničavajućih praksi” [31] u kasnijoj sudskoj praksi.

[24] Iako nisu *sve* stranke istovjetne u oba nacionalna postupka, istovjetnost počinitelja(-â) je u pogledu Nordzuckera i Südzuckera očita.

[25] Za više detalja vidjeti točke 136. do 141. mojeg mišljenja u predmetu bpost, zajedno s točkama 142. do 151., u kojima su pružene dodatne ilustracije.

[26] Preciznije, Sud je upotrijebio izraz „propisi Zajednice i nacionalni propisi o zabranjenim sporazumima”. Presuda od 13. veljače 1969., Wilhelm i dr. (14/68, EU:C:1969:4, t. 3.)

[27] Što je, u odnosu na članke 85. i 86. UEEZ-a, već djelomično činila Uredba br. 17: Prva uredba o provedbi članaka 85. i 86. Ugovora (SL 1962., 13, str. 204.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 3.)

[28] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. o ovlašćivanju tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje za učinkovitiju provedbu pravila o tržišnom natjecanju i osiguravanju pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta (SL 2019., L 11, str. 3.)

[29] Kako proizlazi iz naslova odnosnih poglavlja Direktive 2019/1, ta područja su neovisnost i resursi NTTN-ova, ovlasti za izvršavanje njihovih zadaća, određivanje novčanih kazni, pokajnički programi, uzajamna pomoć i rokovi zastare.

[30] Presuda od 13. veljače 1969., Wilhelm i dr. (14/68, EU:C:1969:4, t. 3.). Moje isticanje

[31] Vidjeti, primjerice, presudu od 10. srpnja 1980., Giry i Guerlain i dr. (253/78 i 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, t. 15.).

48. S druge strane, kada se usredotočimo na konkretne odredbe, ne može se s potpunom sigurnošću tvrditi da u određenim područjima prava tržišnog natjecanja više nema (odnosno da više ne može biti) razlika[32]. Članak 3. Uredbe br. 1/2003, osim što uređuje, za razliku od Uredbe br. 17, koja je prethodnica Uredbe br. 1/2003, odnos između Unijinih i nacionalnih propisa o tržišnom natjecanju, usto izričito uvažava da postoje slučajevi u kojima se nacionalni i Unijini propisi o tržišnom natjecanju mogu u materijalnom smislu međusobno razlikovati.

49. Kada je riječ o nacionalnoj primjeni članaka 101. i 102. UFEU-a, iz članka 3. stavka 2. Uredbe br. 1/2003 proizlazi da države članice ne mogu sporazume, odluke udruženja poduzetnika ili usklađena djelovanja podvrgnuti pravilima koja su stroža od onih koja postoje na razini Unije. Međutim, države članice to mogu učiniti u pogledu *jednostranih postupanja* poduzetnika. Dakle, manevarski prostor koji nacionalni zakonodavci imaju pri usvajanju drukčijih pravila ovisi o tome je li dano postupanje obuhvaćeno člankom 101. UFEU-a ili člankom 102. UFEU-a.

50. Nadalje, članak 3. stavak 3. Uredbe br. 1/2003 dopušta još veće razlike kada su u pitanju nacionalna pravila o koncentracijama te omogućuje nastavak primjene nacionalnog zakonodavstva koje u svojoj biti ima drukčiji cilj od onog koji je sadržan u člancima 101. i 102. UFEU-a. Potonju mogućnost dodatno potvrđuje uvodna izjava 9. Uredbe br. 1/2003, navodeći, među ostalim, da „države članice mogu […] primjenjivati na svom državnom području nacionalno zakonodavstvo koje zabranjuje ili propisuje kazne za postupanja na tržištu koja su suprotna pravilima u trgovini, bilo da se radi jednostranim ili ugovornim postupanjima”.

51. Stoga, u strukturnom smislu, normativni odnos između Unijinih i nacionalnih propisa uređen člankom 3. Uredbe br. 1/2003 obuhvaća barem četiri različita scenarija. *Kao prvo*, postoji potpuno materijalno preklapanje za situacije obuhvaćene člankom 101. UFEU-a. Države članice u odnosu na te situacije ne mogu usvajati stroža pravila. *Kao drugo*, postoji poprilično veliko, ali ne potpuno, materijalno preklapanje za situacije obuhvaćene člankom 102. UFEU-a, u odnosu na koje države članice mogu usvajati stroža pravila[33]. *Kao treće*, postoji djelomično usklađenje kontrole koncentracija. *Kao četvrto*, i možda najvažnije, postoji zaseban normativni prostor koji je rezerviran za pravila država članica koja imaju drukčije ciljeve od onih sadržanih u člancima 101. i 102. UFEU-a, pri čemu je nacionalno uređenje postupanja suprotnih pravilima u trgovini spomenuto kao primjer.

52. Dakle, članak 3. Uredbe br. 1/2003 uvažava činjenicu da Unijini i nacionalni propisi o tržišnom natjecanju nisu identični, barem ne u svim svojim pogledima[34]. Međutim, ta potencijalna razlika odnosi se na normativnu kvalitetu interesa (ili cilja) koji se nastoji ostvariti. Ne može se sastojati tek u različitom zemljopisnom dosegu.

[32] Komisija je u zakonodavnim aktivnostima koje su prethodile usvajanju Uredbe br. 1/2003 istaknula da su mnoge države članice (kojih je tada bilo 15) donijele nacionalne zakone o tržišnom natjecanju koji su odražavali sadržaj članaka 81. i 82. UEZ-a. Istodobno je priznala da formalno usklađivanje nije provedeno te da su razlike i dalje postojale kako u pravu tako i u praksi. Vidjeti treći ulomak točke 1.A., „Kontekst”, i drugi ulomak točke 2.C.2.(a) memoranduma s objašnjenjem priloženog Prijedlogu uredbe Vijeća o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora i o izmjeni uredbi (EEZ) br. 1017/68, (EEZ) br. 2988/74, (EEZ) br. 4056/86 i (EEZ) br. 3975/87 („uredba o provedbi članaka 81. i 82. Ugovora”), COM/2000/0582 *final* (SL 2000., C 365 E, str. 284.).

[33] U pogledu izraza „stroži nacionalni propisi” iz članka 3. stavka 2. Uredbe br. 1/2003, vidjeti, primjerice, Feteira, LT., „The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: United (Should) We Stand?”, *Wolters Kluwer Law International*, 2015., str. 62. do 67.

[34] Što je možebitno razlog zbog kojeg je nezavisna odvjetnica J. Kokott u mišljenju u predmetu Toshiba Corporation i dr. istaknula da prvotni navod u presudi Walt Wilhem još uvijek stoji (C-17/10, EU:C:2011:552, t. 81.)

53. Drugim riječima, ne smatram da puka (kvantitativna) razlika u teritorijalnom dosegu iste povrede, te stoga danog pravila, sama po sebi upućuje na (kvalitativnu) razliku u pravnom interesu [35]. Dok pravo Unije pokriva situacije u kojima postoji utjecaj na trgovinu među državama članicama, nacionalno pravo tržišnog natjecanja primjenjuje se na unutarnje situacije. Smatram da ta razlika upućuje na teritorijalni doseg povrede, možebitno i na težinu zadiranja u zaštićeni pravni interes, ali ne nužno na različitu kvalitetu tog zaštićenog pravnog interesa [36].

54. Jednostavno rečeno, zabranjeni sporazum o cijeni koji je sklopljen i primjenjivan u Češkoj Republici vjerojatno će kvalitativno utjecati na isti zaštićeni pravni interes, neovisno o tome hoće li se u tom pogledu u konačnici, te s obzirom na to da će postojati utjecaj na trgovinu među državama članicama, primjenjivati nacionalna odredba koja odražava članak 101. UFEU-a [37] ili članak 101. UFEU-a zajedno s tom nacionalnom odredbom ili pak možda samo članak 101. UFEU-a.

55. Ta slojevita slika počiva na općem pravilu prema kojem se nacionalna pravila o tržišnom natjecanju primjenjuju samo ako pravo Unije ne predviđa konkretna pravila [38]. Međutim, s obzirom na to da se ta dva skupa pravila preklapaju, ili u svakom slučaju kada se njima počnu sankcionirati isti skupovi činjenica, istovjetnost zaštićenog pravnog interesa na razini Unije i nacionalnoj razini određuje se *in concreto* s obzirom na konkretne odredbe koje se na svakoj od tih razina primjenjuju na isti slučaj.

56. Ako taj pristup primijenimo na ovaj predmet, iz članka 3. stavka 1. Uredbe br. 1/2003 proizlazi da NTTN (ili nacionalni sud), kada na postupanje u smislu članka 101. UFEU-a koje utječe na trgovinu među državama članicama primjenjuje svoje nacionalno pravo, mora primijeniti i članak 101. UFEU-a. Drugim riječima, kada dano postupanje spada *i* pod članak 101. UFEU-a, NTTN-ovi ili sudovi moraju primijeniti *i* tu odredbu [39].

57. Dalje, iz članka 3. stavaka 1. i 2. Uredbe br. 1/2003 proizlazi da se ishod primjene nacionalnog prava na situaciju obuhvaćenu člankom 101. UFEU-a *ne smije razlikovati* od ishoda koji bi se ostvario samostalnom primjenom članka 101. UFEU-a. Ostavljajući po strani pitanje koja je onda dodana vrijednost usporedne primjene nacionalnog prava tržišnog natjecanja u takvom scenariju [40], u svakom je slučaju teško zamisliti da bi se ciljevi danog nacionalnog pravila, s jedne

[35] Vidjeti također Nazzini, R., „Parallel proceedings in EU competition law: Ne bis in idem as a limiting principle" u: van Bockel, B. (urednik.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016., str. 159.

[36] Nezavisni odvjetnik D. Ruiz-Jarabo Colomer naveo je da „test teritorijalnog dosega nezakonitog postupanja nije bitan, već dopunski, jer ne utječe na narav povrede, nego samo na njezin intenzitet". Izrazio je neslaganje s pristupom usvojenim u presudi Wilhelm i dr. navevši da „pravila koja jamče slobodno tržišno natjecanje u Europskoj uniji ne dopuštaju razlikovanje između odvojenih područja, područja Zajednice i nacionalnih područja, kao da su hermetički zatvorena. Oba sektora odnose se na nadzor slobodnog i otvorenog tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu, pri čemu ga jedan sagledava u cijelosti, a drugi kroz njegove zasebne dijelove, ali je bit ista". Vidjeti mišljenja nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u predmetu Aalborg Portland i dr. (C-217/00 P, EU:C:2003:83, t. 176., 173. i bilj. 121.) i predmetu Aalborg Portland i drugi (C-213/00 P, EU:C:2003:84, t. 94., 91. i bilj. 71.).

[37] Trenutačno članak 3. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja), kako je izmijenjen

[38] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 3. svibnja 2011., Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, t. 33.). Vidjeti također presude od 5. lipnja 2014., Kone i dr. (C-557/12, EU:C:2014:1317, t. 32.) i od 7. prosinca 2010., VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, t. 56. i 57.), u kojima je navedeno da nacionalno zakonodavstvo mora jamčiti „punu učinkovitost prava tržišnog natjecanja Unije" odnosno da ne smije ugrožavati učinkovitu primjenu tog prava od strane NTTN-ova, što je cilj Uredbe br. 1/2003.

[39] U tom pogledu, uvodna izjava 3. Direktive 2019/1 predviđa da „[u] praksi, većina nacionalnih tijela nadležnih za tržišno natjecanje primjenjuju nacionalno pravo tržišnog natjecanja usporedno s člancima 101. i 102. UFEU-a".

[40] Što mi, moram priznati, još uvijek nije sasvim jasno. Komisijin prvotni prijedlog Uredbe br. 1/2003 sadržavao je nešto logičnije pravilo u nacrtu članka 3., prema kojem se, „ako sporazum, odluka udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje u smislu članka 81. Ugovora ili zloporaba vladajućeg položaja u smislu članka 82. Ugovora mogu utjecati na trgovinu među državama članicama, *primjenjuju isključivo propisi Zajednice o tržišnom natjecanju, ne i nacionalni propisi o tržišnom natjecanju*" [neslužbeni prijevod]. Moje isticanje. Vidjeti Prijedlog uredbe Vijeća o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora i o izmjeni uredbi (EEZ) br. 1017/68, (EEZ) br. 2988/74, (EEZ) br. 4056/86 i (EEZ) br. 3975/87 („uredba o provedbi članaka 81. i 82. Ugovora"), COM/2000/0582 *final* (SL 2000., C 365 E, str. 284.).

strane, i članka 101. UFEU-a, s druge, mogli razlikovati. Osim toga, ako dva nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje primjenjuju istu odredbu prava Unije, to jest članak 101. UFEU-a, od kojeg ne mogu odstupati na nacionalnoj razini, tada je zasigurno i konkretan zaštićeni pravni interes kojem teže ta dva NTTN-a isti.

58. Ukratko, na drugo prethodno pitanje treba odgovoriti na način da se istovjetnost pravnog interesa koji štite Unijini odnosno nacionalni propisi o tržišnom natjecanju mora utvrditi s obzirom na konkretna primjenjiva pravila. Za to je potrebno ocijeniti odstupaju li dana nacionalna pravila od Unijinih. Ako tijela dviju država članica nadležna za tržišno natjecanje primjenjuju članak 101. UFEU-a i odredbu nacionalnih propisa o tržišnom natjecanju koja ga odražava, ona štite isti pravni interes.

3. Istovjetnost relevantnih činjenica: vrijeme i prostor

59. Sada ću se okrenuti trećem pitanju. Sud koji je uputio zahtjev pita je li relevantna okolnost da je BKA uzeo u obzir učinke predmetnog zabranjenog sporazuma u drugoj državi, odnosno, koliko shvaćam, na austrijskom tržištu.

60. Na to pitanje treba odgovoriti potvrdno.

61. Kako je nezavisna odvjetnica J. Kokott navela u svojem mišljenju u predmetu Toshiba, „zabranjeni sporazumi su zabranjeni te ih se sankcionira upravo zato što negativno utječu na tržišno natjecanje ili u svakom slučaju mogu negativno utjecati na tržišno natjecanje”[41]. Istaknula je i da se „na pitanje je li neko postupanje u danom slučaju imalo kao cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja ne može apstraktno odgovoriti, već samo s obzirom na konkretno razdoblje i područje”[42].

62. Drugim riječima, za odgovor na pitanje je li drugi postupak u skladu s načelom *ne bis in idem* relevantno je određenje vremena i prostora na koje se ograničenje o kojem je riječ odnosi. Sud se u presudi Toshiba složio s nezavisnom odvjetnicom u tom pogledu te je naglasio da se postupanje poduzetnika koje „ima kao cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja ne može apstraktno ocjenjivati, već samo s obzirom na *područje* […] na kojem je to postupanje imalo takav cilj ili posljedicu ili s obzirom na *razdoblje* tijekom kojeg je to postupanje imalo takav cilj ili posljedicu”[43]. Sud je naveo da i područje i vrijeme čine relevantne elemente koji tvore istovjetnost *činjenica*[44].

63. S obzirom na to, u sljedećim odjeljcima ovog mišljenja kratko ću se osvrnuti na istovjetnost vremena i prostora u glavnom postupku. Kao prvo, s obzirom na informacije sadržane u spisu predmeta, mogu ponuditi tek hipotezu u pogledu toga je li BKA u obzir uzeo i učinke zabranjenog postupanja na austrijsko tržište (a)). Kao drugo, posvetit ću se pitanju koje najbolje Sud može ocijeniti, to jest je li takvo izvanteritorijalno sankcioniranje učinaka određenog ponašanja koji su prema svemu sudeći nastali u drugoj državi članici uopće bilo pravno moguće (b)).

41 Mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2011:552, t. 128.)

42 *Ibidem*, t. 129.

43 Presuda od 14. veljače 2012., Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2012:72, t. 99.). Moje isticanje

44 *Ibidem*, t. 99. Vidjeti također mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2011:552, t. 130.).

a) Područje koje je BKA uzeo u obzir u činjeničnom smislu

64. U odluci kojom je upućen zahtjev navedeno je da je u BKA-ovoj odluci prikazan sadržaj telefonskog razgovora o Austriji koji je vođen 22. veljače 2006. Istodobno, BWB se na taj razgovor poziva u žalbenom postupku koji je u tijeku pred sudom koji je uputio zahtjev.

65. Sasvim je moguće da se jedan telefonski razgovor odnosi na više zemljopisnih tržišta. Međutim, u tom pogledu nije jasno je li BKA doista uzeo u obzir učinke predmetnog zabranjenog sporazuma o podjeli tržišta na austrijsko tržište te što „uzimanje učinaka u obzir" zapravo znači u ovom predmetu.

66. Za aktivaciju zaštite koju pruža načelo *ne bis in idem* nije dovoljno da se određeno ponašanje ili skup činjenica spomene i prikaže negdje u odluci. Istovjetni činjenični element mora se utvrditi pravno relevantnim, odnosno njegovi se učinci moraju takvima kvalificirati i ocijeniti. Kada je riječ o ovom predmetu, jesu li takvi činjenični elementi povezani sa spornim telefonskim razgovorom uzeti u obzir u BKA-ovu utvrđenju o povredi prava tržišnog natjecanja? Proizlazi li iz BKA-ove odluke da je taj NTTN progonio i sankcionirao odnosne poduzetnike i u pogledu austrijskog tržišta? Ili je BKA taj razgovor uzeo kao dokaz povrede na njemačkom tržištu [45]?

67. Pretpostavio bih da odluka NTTN-a treba sadržavati takve informacije, bilo prvo u pogledu određenja relevantnog tržišta koje je uzeto u obzir ili, posebice, u pogledu utvrđenja gdje je i kada, prema mišljenju NTTN-a, povreda pravila o tržišnom natjecanju počinjena.

68. Na sudu koji je uputio zahtjev je da razmotri i odgovori na ta pitanja, prema potrebi u suradnji s BKA-om, kako bi se odredio stvaran doseg postupka tog NTTN-a. Ta suradnja može biti neizravna, uz pomoć BWB-a [46], ili izravna [47].

69. Naposljetku, kako je sud koji je uputio zahtjev spomenuo u odluci kojom je taj zahtjev uputio, BKA je prilikom izračunavanja ukupnog iznosa novčane kazne u obzir uzeo samo prihode koji su odnosni poduzetnici ostvarivali na njemačkom državnom području. Sud je u presudi Toshiba, u sličnom kontekstu, to jest u pogledu Komisijina izračunavanja novčanih kazni, naveo da takav čimbenik može biti relevantan [48].

70. Međutim, iako takav čimbenik može biti koristan neizravan pokazatelj, on sam po sebi teško može presudan. Kao prvo, on iziskuje određen stupanj retrospekcije. Međutim, obrnuta uzročnost ne funkcionira uvijek: činjenica da je tijelo novčanu kaznu izračunalo na jedan način umjesto na neki drugi može biti posljedica razloga koji nisu povezani s predviđenim dosegom odluke. Kao drugo, pojedini NTTN-ovi do sada su već donekle uskladili svoje prakse u pogledu izračunavanja novčanih kazni [49]. Međutim, one nisu sasvim usklađene te su nužno djelomično uvjetovane raznolikim nacionalnim propisima i praksama.

[45] S obzirom na činjenično stanje predmeta, kako ga je sud koji je uputio zahtjev opisao (vidjeti točku 11. ovog mišljenja), jednako je zamislivo da je telefonski razgovor o austrijskom tržištu „uzet u obzir" kao posredan dokaz nezakonitog ograničenja tržišnog natjecanja koje se odnosi na njemačko tržište u relevantnom razdoblju.

[46] U skladu s člankom 12. stavkom 1. Uredbe br. 1/2003, NTTN je zasigurno ovlašten zahtijevati i dostavu konačne odluke drugog NTTN-a, uključujući njezine povjerljive dijelove.

[47] Uredba br. 1/2003 ne sadržava niti jednu konkretnu odredbu koja ovlašćuje nacionalni sud da zahtijeva presliku konačne odluke NTTN-a iz druge države članice. Ipak, smatrao bih potpuno opravdanom ovlast nacionalnog suda da to zahtijeva, bilo na temelju primjene članka 12. stavka 1. ili članka 15. stavka 1. Uredbe br. 1/2003 po analogiji ili izravno na temelju članka 4. stavka 3. UEU-a.

[48] Presuda od 14. veljače 2012., Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, EU:C:2012:72, t. 101.)

[49] Nekoliko je NTTN-ova do sada zapravo već slijedilo Komisijine smjernice u tom pogledu. Pored toga, nova Direktiva 2019/1, koja, međutim, nije vremenski primjenjiva u glavnom postupku, u svojem poglavlju V. usklađuje neke aspekte izricanja novčanih kazni.

71. Ukratko, razjašnjenje zemljopisnog (i, potencijalno, vremenskog) dosega BKA-ove odluke činjenično je pitanje koje nacionalni sud mora riješiti. Međutim, pitanje koje treba riješiti u ranijoj fazi, koje je prikladnije i za koje je ovaj Sud u boljem položaju provesti ocjenu, jest je li NTTN pravno ovlašten sankcionirati izvanteritorijalne učinke dane povrede.

b) Područje koje NTTN može uzeti u obzir u pravnom smislu

72. Neovisno o tome što je BKA učinio u činjeničnom smislu, je li, u pravnom smislu, mogao utvrditi i ujedno sankcionirati povredu pravila o tržišnom natjecanju na austrijskom tržištu? Stranke u ovom postupku u tom pogledu iznose raznolika stajališta.

73. Agrana navodi da se odluke NTTN-ova koji primjenjuju članak 101. UFEU-a ne mogu ograničiti na učinke na državnom području danog NTTN-a. Kada primjenjuju članak 101. UFEU-a, NTTN-ovi moraju ispitati sve aspekte danog ograničenja tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu.

74. Nasuprot tomu, BWB ističe da načelo teritorijalnosti NTTN-ovu ovlast sankcioniranja ograničava na državno područje tog NTTN-a. To je BWB i učinio, vodeći se prilikom izračunavanja novčane kazne za Südzucker prihodima ostvarenima na austrijskom tržištu. Shodno tomu, načelo teritorijalnosti isključuje mogućnost povrede načela *ne bis in idem* jer će se zemljopisni doseg postupanja koje se sankcionira uvijek razlikovati. Njemačka vlada zauzima slično stajalište. NTTN može povredu propisa o tržišnom natjecanju sankcionirati samo u odnosu na vlastito državno područje, što se očituje u tome da se novčana kazna izračunava na temelju prihoda koje je poduzetnik ostvario u danoj državi članici.

75. Belgijska vlada smatra da NTTN, kada primjenjuje članak 101. UFEU-a, mora postupiti kao što bi to Komisija učinila, to jest mora uzeti u obzir učinke danog ograničenja na tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu. Međutim, to ima dva ograničenja. Kao prvo, ustavne odredbe i tradicije države članice mogu onemogućavati NTTN-u sankcioniranje izvanteritorijalnih učinaka. Kao drugo, sankcioniranje izvanteritorijalnih učinaka u svakom je slučaju moguće samo na temelju sporazuma s NTTN-om o čijem je državnom području riječ.

76. Za početak podsjećam da su progon i sankcioniranje oduvijek uvjetovani načelom teritorijalnosti. Naravno, moguće je da država pokuša „posegnuti izvan svojih granica" i sankcionirati ponašanje koje se drugdje dogodilo. To je moguće kada država ima posebnu nadležnost, bilo u pogledu određenih vrsta osoba (to jest u pogledu svojih građana) ili u pogledu određenih vrsta povreda (to jest u pogledu onih koje su usmjerene protiv interesa te države, neovisno o tome gdje su počinjene, ili u pogledu određenih teških kaznenih djela koja podliježu univerzalnoj nadležnosti, i tako dalje).

77. Međutim, svi ti primjeri izvanteritorijalnosti iziskuju *izričitu pravnu osnovu*, bilo u nacionalnom, međunarodnom ili u pravu Unije. Istaknut i noviji primjer takvog izvanteritorijalnog ovlaštenja u pravu Unije jest nadležnost vodećeg nadzornog tijela u okviru jedinstvenog mehanizma iz Uredbe (EU) 2016/679 (GDPR) da istražuje i, prema potrebi, sankcionira čitavu prekograničnu obradu podataka koju provodi voditelj obrade ili izvršitelj obrade unutar Unije[50]. Iako bi bilo nategnuto tvrditi da su granice nadležnosti unutar tog režima

[50] Članak 56. stavak 1. Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (SL 2016., L 119, str. 1. i ispravci SL 2018., L 127, str. 2. i SL 2021., L 74, str. 35.)

sasvim jasne [51], ipak je nedvojbeno da postoji i materijalna odredba u smislu zakonitosti obrade podataka kao i izričita klauzula o nadležnosti kojom se dano nadzorno tijelo ovlašćuje na izvanteritorijalno postupanje prilikom primjene tih materijalnih pravila.

78. Koji je konceptualni stav u tom pogledu zauzet u Uredbi br. 1/2003? Moram priznati da ga nije lako odrediti.

79. S jedne strane, postoje jasne naznake da se razmišljalo o prekograničnom dosegu. Kao prvo, obveza nacionalnih tijela da primijene članke 101. i 102. UFEU-a aktivira se ako bi dano postupanje *moglo utjecati na trgovinu među državama članicama*. Čini se da bi to moglo aktivirati i svojstvenu ovlast NTTN-ova da progone i sankcioniraju izvanteritorijalne učinke dane povrede.

80. Kao drugo, čini se da to potvrđuje članak 13. Uredbe br. 1/2003. U stavku 1. tog članka navedeno je da NTTN može obustaviti postupak ili odbaciti pritužbu ako se *istim* sporazumom, odlukom udruženja poduzetnika ili postupanjem *bavi* drugo tijelo [52]. Slično tomu, stavak 2. tog članka predviđa da NTTN može odbaciti pritužbu protiv nekog sporazuma, odluke udruženja poduzetnika ili postupanja po kojoj je već *postupalo* drugo tijelo nadležno za tržišno natjecanje [53].

81. Kao treće, čini se da tumačenju da postupak NTTN-a može imati izvanteritorijalan doseg u prilog ide i Obavijest Komisije o suradnji. U toj je obavijesti navedeno, u pogledu članka 13., da izraz „*baviti se predmetom*" iz te odredbe „ne znači samo da je zahtjev zaprimljen od strane drugog nadležnog tijela. Znači da drugo nadležno tijelo provodi ili je provelo vlastiti ispitni postupak u rješavanju predmeta." [54] U toj je obavijesti dalje navedeno da je „pozivanje na članak 13. Uredbe Vijeća moguće kada se sporazum ili postupanje na tržištu odnosi na istu povredu ili povrede propisa na istim mjerodavnim tržištima u zemljopisnom i proizvodnom smislu" [55].

82. Osim toga, u toj se obavijesti koristi i objašnjava pojam „tijela mjerodavnog" u odnosu na povrede propisa o tržišnom natjecanju [56]. Ako je nadležnost NTTN-a u svim situacijama ograničena na njegovo državno područje, pojam mjerodavnog tijela nema posebnog smisla ako se ne prihvati mogućnost da određeni dijelovi povrede ostanu nesankcionirani zbog teritorijalnih ograničenja nadležnosti priznate „mjerodavnom tijelu". Nasuprot tomu, ako se prihvati da djelotvorna zaštita tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu može iziskivati to da dano protutržišno ponašanje istraži samo jedan mjerodavni NTTN, u tom slučaju takav NTTN treba imati mogućnost istražiti čitavo to ponašanje kako neki njegov dio ne bi izbjegao sankcije.

[51] Kako je nedavno pokazano presudom od 15. lipnja 2021., Facebook Ireland i dr. (C-645/19, EU:C:2021:483)

[52] Moje isticanje. Iako ta odredba propisuje da je „[…] činjenica da se jedno tijelo bavi predmetom *dovoljan […] razlog* za druge da obustave svoje postupke ili odbace pritužbu", Obavijest o suradnji predviđa da NTTN nema obvezu obustave postupka ili odbacivanja pritužbe. To je zato što suradnju na temelju Uredbe br. 1/2003 krasi fleksibilnost. Obavijest Komisije o suradnji u okviru Mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (SL 2004., C 101, str. 43.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 231.; u daljnjem tekstu: Obavijest o suradnji).

[53] Moje isticanje

[54] *Ibidem*, t. 20.

[55] *Ibidem*, t. 21.

[56] NTTN se takvim može smatrati kada, kao prvo, sporazum ili djelovanje ima znatne izravne učinke na tržišno natjecanje na državnom području tog NTTN-a koji su stvarni ili predvidivi, primjenjuje se ili potječe iz tog državnog područja; kao drugo, tijelo može praktički okončati čitavu povredu; i, kao treće, može prikupiti, potencijalno uz pomoć drugih tijela, elemente potrebne za dokazivanje povrede. *Ibidem*, t. 8.

83. Kako god bilo, teško se može smatrati da Obavijest o suradnji čini pravno obvezujući akt prava Unije te bi se moglo reći da doseg mogućnosti „obustave ili odbacivanja" pritužbe u skladu s člankom 13. stavkom 1. Uredbe br. 1/2003 nije sasvim jasan. Međutim, članak 13., ako ga se promatra kao cjelinu, sugerira da su moguća teritorijalna preklapanja. Ako bi ovlasti svakog pojedinog NTTN-a bile strogo ograničene na njegovo državno područje, koju bi korist obustava ili odbacivanje imali ako bi se u odnosu na isto postupanje vodio postupak pred drugim NTTN-om? Naravno, više je različitih, a ipak povezanih, stvari u kojima obustava može biti razumna, ali „odbacivanje" se čini smislenim samo kada se oba NTTN-a bave istom stvari istog zemljopisnog dosega.

84. S druge strane, valja priznati da su to sve samo „neizravne sugestije" da je izvanteritorijalnost obuhvaćena sustavom Uredbe br. 1/2003. Međutim, izvan toga, slažem se s njemačkom vladom da Uredba br. 1/2003 ne sadržava izričitu odredbu koja bi postupcima pred NTTN-ovima davala izvanteritorijalni doseg. Kako je ta vlada istaknula, članak 5. Uredbe br. 1/2003, naslovljen „Ovlasti tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje", u kojem se mogla očekivati prisutnost slične ovlašćujuće klauzule, o tom pitanju apsolutno ništa ne govori. On stoga NTTN-ovima ne pruža dovoljnu pravnu osnovu za donošenje izvanteritorijalne odluke kada takva osnova nije predviđena u nacionalnom pravu. Belgijska vlada ima jednako mišljenje.

85. Slažem se s tim vladama da je za izvanteritorijalno izvršavanje ovlasti NTTN-ova potrebno postojanje odgovarajuće pravne osnove koja, u skladu s važećim pravom Unije, može proizlaziti samo iz nacionalnih pravnih sustava. Kratko se može dodati da je njemačka vlada na raspravi navela da takva pravna osnova ne postoji ni u njemačkom pravu.

86. Želim naglasiti da se takva tvrdnja iznosi uz puno poštovanje teksta članka 101. UFEU-a, u kojem je kao jedan od uvjeta njegove primjene doista predviđena mogućnost utjecaja na trgovinu među državama članicama. Međutim, smatram nemogućim članak 101. UFEU-a, koji je u bitnome materijalna odredba, tumačiti na način da ujedno čini ovlašćujuću klauzulu koja sve NTTN-ove ovlašćuje da progone i sankcioniraju protutržišno ponašanje bilo gdje u Europskoj uniji [57].

87. Stoga predlažem da se na treće pitanje odgovori na način da je činjenica da je NTTN u ranijoj odluci uzeo u obzir izvanteritorijalne učinke danog ponašanja protivnog tržišnom natjecanju, pod uvjetom da je na to bio ovlašten nacionalnim pravom, relevantna za ocjenjivanje primjenjivosti načela *ne bis in idem* u kasnijem postupku. Članak 50. Povelje onemogućuje NTTN ili sud da sankcionira protutržišno ponašanje koje je već bilo predmet ranijeg postupka završenog konačnom odlukom drugog NTTN-a. Međutim, ta se zabrana primjenjuje samo u mjeri u kojoj su vremenski i zemljopisni doseg predmeta obaju postupaka isti.

C. Načelo ne bis in idem u postupku koji je uključivao primjenu pokajničkog programa

88. Sud koji je uputio zahtjev u svojem se četvrtom pitanju pita je li načelo *ne bis in idem* primjenjivo u postupku koji je uključivao primjenu pokajničkog programa i u kojem, zbog tog razloga, novčana kazna nije izrečena.

89. Smatram da se na to pitanje mora odgovoriti potvrdno.

[57] S obzirom na sva ta razmatranja, kada gledamo unatrag, moramo cijeniti jasnoću Komisijina prvotnog nacrta Uredbe 1/2003 (bilješka 40. ovog mišljenja) i žaliti što nije usvojen.

90. Kao prvo, na konceptualnoj razini, kako talijanska vlada pravilno podsjeća, načelo *ne bis in idem* pruža zaštitu ne samo od izricanja druge novčane kazne za istu stvar nego i od drugog progona [58]. Sâmo pokretanje drugog postupka za istu stvar čini, prema mojemu mišljenju, povredu jamstva iz članka 50. Povelje. Zbog razloga koje sam detaljno izložio u svojem mišljenju u predmetu bpost [59], ni ja se ne slažem sa stajalištem koje je Sud u tom pogledu zauzeo u sudskoj praksi koja je proizašla iz presude Menci [60].

91. Kao drugo, četvrto pitanje odnosi se na situaciju u kojoj NTTN vodi postupak u kojem poduzetnik traži sudjelovanje u pokajničkom programu. Takav postupak omogućuje povoljno postupanje prema poduzetnicima koji su odlučili surađivati u istrazi povrede članka 101. UFEU-a s odnosnim tijelom nadležnim za tržišno natjecanje [61].

92. Međutim, imunitet od novčane kazne ili njezino smanjenje nipošto nisu automatski zajamčeni. To ovisi o nekoliko uvjeta kojima je zajednička tema „dodana vrijednost" poduzetnikove suradnje za otkrivanje i sankcioniranje zabranjenog sporazuma [62]. Ovisno o okolnostima, podnositelju zahtjeva za primjenu pokajničkog programa može se (ali ne mora) priznati cjelovit ili djelomičan imunitet a da ga se proglasi počiniteljem povrede propisa o tržišnom natjecanju [63]. Dakle, iako će zahtjev za primjenu pokajničkog programa vjerojatno promijeniti tijek ili ishod nacionalnog postupka, u konačnici je to i dalje samostojeći postupak, u kojem moraju sudjelovati svi uključeni poduzetnici, uključujući podnositelja zahtjeva za primjenu pokajničkog programa.

93. Kao treće, čak i ako za poduzetnika uključenog u pokajnički program sve dobro prođe te mu se naposljetku prizna cjelovit imunitet od novčane kazne, u postupku će se svejedno proglasiti da je podnositelj zahtjeva za primjenu pokajničkog programa povrijedio propise o tržišnom natjecanju. Stoga, koliko shvaćam, i dalje će postojati, metaforički govoreći, „proglašenje krivnje" u skladu s nacionalnim pravom. Takvo proglašenje može u budućnosti biti značajno za dotičnog poduzetnika odnosno poduzetnike. Ako se tog poduzetnika u budućnosti ponovno proglasi odgovornim za povredu prava tržišnog natjecanja, njegova ranija osuda i „recidivizam" vjerojatno će izazvati automatsko povećanje novčane kazne. Istodobno, ne može se isključiti činjenica da će

58 Vidjeti, primjerice, presudu od 3. travnja 2019., Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, t. 29. i 30.).

59 bpost (C-117/20, t. 107. do 110.).

60 Naime, četvrto pitanje suda koji je uputio zahtjev dobro ilustrira jedan od konceptualnih problema presude Menci. Pretpostavljam da će puko utvrđenje nezakonitosti, koje nije popraćeno nikakvom sankcijom, vjerojatno po definiciji zadovoljiti element proporcionalnosti danog ograničenja u smislu članka 52. stavka 1. Povelje. Ako je tako, onda se ni dva usporedna postupka protiv istog poduzetnika koji su pokrenuti u okviru dvaju pokajničkih programa ni u kojim okolnostima ne mogu protiviti načelu *ne bis in idem* s obzirom na to da novčane kazne nisu izrečene. Međutim, ponovno ističem da se načelo *ne bis in idem* ne može svesti na naknadno ispitivanje proporcionalnosti kumulativnih sankcija.

61 Vidjeti, primjerice, članak 2. točku 15. Direktive 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije (SL 2014., L 349, str. 1.). Vidjeti također članak 2. stavak 1. točku 16. Direktive 2019/1.

62 Dodatno vidjeti Obavijest Komisije o oslobađanju od kazni i smanjenju kazni u slučajevima kartela (SL 2006., C 298, str. 17., t. 8.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 62.).

63 Konkretni modaliteti ovise o nacionalnom pravu. BWB objašnjava da postupak pokrenut povodom zahtjeva za primjenu pokajničkog programa ima narav građanskog sudskog nekontradiktornog postupka, podložno članku 38. Kartellgesetza iz 2005. Za razliku od postupka pred Komisijom, nacionalni postupak nije povezan s drugim postupcima koji uključuju sve ostale stranke, već je neovisan. On ne dovodi do izricanja novčane kazne ili smanjenja te kazne na nulu. Umjesto toga, sud, nakon što BWB prizna imunitet, utvrđuje da je povreda počinjena.

se na autoritativno proglašenje nadležnog tijela javne vlasti ili suda da je poduzetnik počinio nezakonitost, koje će vjerojatno biti dostupno javnosti [64], moći pozivati privatne stranke u okviru svojih tužbi za naknadu štete uzrokovane danim ponašanjem protivnim tržišnom natjecanju [65].

94. Ukratko, ne vidim načelni razlog zbog kojeg bi primjenjivost i doseg načela *ne bis in idem* trebalo ocjenjivati drukčije ovisno o tome uključuje li dani postupak koji se vodi u okviru prava tržišnog natjecanja primjenu pokajničkog programa, čak i ako to u praksi dovede do priznavanja cjelovitog imuniteta od novčane kazne. S obzirom na to, ne slažem se s Komisijinim poprilično kontekstualnim argumentom da primjena načela *ne bis in idem* treba ovisiti o tome postoji li još uvijek mogućnost da Nordzucker izgubi svoje svojstvo podnositelja zahtjeva za primjenu pokajničkog programa te mu se stoga može izreći novčana kazna.

95. Stoga predlažem da se na četvrto prethodno pitanje odgovori na način da se načelo *ne bis in idem* iz članka 50. Povelje primjenjuje i u kontekstu nacionalnog postupka koji uključuje primjenu pokajničkog programa i u kojem nije izrečena novčana kazna.

V. Zaključak

96. Predlažem da Sud na prethodna pitanja koja je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija) odgovori na sljedeći način:

1. Primjenjivost načela *ne bis in idem* iz članka 50. Povelje Europske unije o temeljnim pravima počiva na ocjeni *idema* koji čini istovjetnost počinitelja, relevantnih činjenica i zaštićenog pravnog interesa.

2. Istovjetnost pravnog interesa koji štite Unijini odnosno nacionalni propisi o tržišnom natjecanju mora se utvrditi s obzirom na konkretna primjenjiva pravila. Za to je potrebno ocijeniti odstupaju li dana nacionalna pravila od Unijinih. Ako tijela dviju država članica nadležna za tržišno natjecanje primjenjuju članak 101. UFEU-a i odredbu nacionalnih propisa o tržišnom natjecanju koja ga odražava, onda ona štite isti pravni interes.

3. Činjenica da je nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje u ranijoj odluci uzelo u obzir izvanteritorijalne učinke danog protutržišnog ponašanja, pod uvjetom da je na to bilo ovlašteno nacionalnim pravom, relevantna je za ocjenjivanje primjenjivosti načela *ne bis in idem* u kasnijem postupku. Članak 50. Povelje onemogućuje nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje ili sud da sankcionira protutržišno ponašanje koje je već bilo predmet ranijeg postupka završenog konačnom odlukom drugog nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje. Međutim, ta se zabrana primjenjuje samo u mjeri u kojoj su vremenski i zemljopisni doseg predmeta obaju postupaka isti.

4. Načelo *ne bis in idem* iz članka 50. Povelje primjenjuje se i u kontekstu nacionalnog postupka koji uključuje primjenu pokajničkog programa i u kojem nije izrečena novčana kazna.

[64] Ako odluka suda sadržava utvrđenje povrede pravila o tržišnom natjecanju, zajedno sa svim prikupljenim dokazima na kojima je sud utemeljio tu odluku, eventualna zaštita na temelju poglavlja II. Direktive 2014/104 čini se isključenom. Međutim, malo je vjerojatno da će situacija biti išta drukčija u odnosu na konačnu odluku nacionalnog tijela nadležnog za tržišnog natjecanje (što nije slučaj kada su u okviru pokajničkih programa dostavljeni puki postupovni dokumenti ili dokazi, kao što su oni navedeni u članku 6. stavku 6. Direktive 2014/104).

[65] Što će ukloniti poprilično težak teret koji bi privatna stranka koja želi podnijeti „samostojeću" tužbu za naknadu štete uzrokovane povredom propisa o tržišnom natjecanju vjerojatno imala pri dokazivanju konkretnog sadržaja te povrede. Dodatno vidjeti moje nedavno mišljenje u predmetu Stichting Cartel Compensation i Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, t. 93. do 96.).