Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 2 september 2021 [1] [i]

Mål C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
mot
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Agerande som utreds av två nationella konkurrensmyndigheter – Principen *ne bis in idem* – Parallell tillämpning av unionens konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt – Identitet i fråga om det skyddade rättsliga intresset – Territoriella verkningar av en nationell konkurrensmyndighets beslut – Program för förmånlig behandling”

I. Inledning

1. Nordzucker och Südzucker är två sockerproducenter. Den tyska nationella konkurrensmyndigheten har funnit att dessa två företag har överträtt artikel 101 FEUF och tysk konkurrenslagstiftning. I det nationella målet har den österrikiska nationella konkurrensmyndigheten yrkat fastställelse av att dessa företag har överträtt artikel 101 FEUF och österrikisk konkurrenslagstiftning, och förefaller därvid åberopa samma faktiska omständigheter som dem som redan omfattas av det tyska beslutet.

2. Det är mot denna bakgrund som Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) vill få klarhet i räckvidden av principen *ne bis in idem*, som stadfästs i artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Utgör denna princip i sig hinder för parallella eller senare konkurrensrättsliga förfaranden i en annan medlemsstat avseende vad som, åtminstone delvis, förefaller vara samma beteende?

3. Förevarande mål föranleder särskilt två frågor. För det första, vilka kriterier ska vägleda tolkningen av uttrycket *idem* i den mening som avses i principen *ne bis in idem* i konkurrensrätten och, generellt, i artikel 50 i stadgan? Jag behandlar dessa frågor i detalj i mitt parallella förslag till avgörande i målet bpost. [2] I detta avseende grundar sig därför detta förslag till avgörande på den

[1] Originalspråk: engelska.

[2] Målet bpost (C-117/20).

analys som redan utförts där. Det som för det andra utmärker förevarande mål är behovet av att ånyo precisera vad som avgör om de relevanta faktiska omständigheterna är identiska i den mening som avses i principen *ne bis in idem*.[3] Framför allt har EU-domstolen, ännu en gång skulle man kunna tillägga, ombetts att klargöra sin syn på vad det innebär att det skyddade rättsliga intresset är identiskt. Föreligger samma skyddade rättsliga intresse i två nationella förfaranden i vilka två nationella konkurrensmyndigheter har tillämpat (samma) unionsrättsliga konkurrensbestämmelse såväl som sina respektive nationella konkurrensregler?

II. Tillämpliga bestämmelser

4. Artikel 50 i stadgan, som har rubriken ”Rätt att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott”, har följande lydelse: ”Ingen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen.”

5. Enligt artikel 101 FEUF är följande oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: ”alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden”.

6. Artikel 3 i förordning (EG) nr 1/2003,[4] med rubriken ”Förhållandet mellan artiklarna 81 och 82 i fördraget och nationell konkurrensrätt”, har följande lydelse:

”1. Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 i fördraget och som kan påverka handeln mellan medlemsstater enligt den bestämmelsen skall de också tillämpa artikel 81 i fördraget på sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden. Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel 82 i fördraget, skall de även tillämpa artikel 82 i fördraget.

2. Tillämpningen av den nationella konkurrensrätten får inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget, eller som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget. Medlemsstaterna skall enligt denna förordning inte vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas.

3. Utan att det påverkar de allmänna principerna och övriga bestämmelser i gemenskapsrätten är punkterna 1 och 2 inte tillämpliga när medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller domstolar tillämpar nationella lagar om koncentrationskontroll och de hindrar inte heller tillämpningen av sådana bestämmelser i nationell lagstiftning som till övervägande del eftersträvar ett annat mål än syftet med artiklarna 81 och 82 i fördraget.”

[3] Vilket EU-domstolen har gjort redan förut, kanske mest utförligt i dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

7. Artikel 5, med rubriken ”Medlemsstaternas konkurrensmyndigheters behörighet”, har följande lydelse:

”Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall vara behöriga att i enskilda ärenden tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget. De får för detta ändamål, på eget initiativ eller till följd av ett klagomål, fatta beslut om att

– kräva att en överträdelse skall upphöra,

– förordna om interimistiska åtgärder,

– godta åtaganden,

– ålägga böter, förelägga viten eller ålägga andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

Om de på grundval av de uppgifter som de förfogar över finner att villkoren för ett förbud inte är uppfyllda, får de även besluta om att det inte finns skäl för dem att ingripa.”

8. I artikel 13, med rubriken ”Avbrytande eller avslutande av förfaranden”, anges följande:

”1. När ett klagomål har anhängiggjorts vid konkurrensmyndigheter i två eller flera medlemsstater eller när konkurrensmyndigheter i två eller flera medlemsstater har inlett ett förfarande på eget initiativ enligt artikel 81 eller artikel 82 i fördraget avseende samma avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfarande, utgör det faktum att en myndighet handlägger ärendet ett tillräckligt skäl för de övriga myndigheterna att avbryta sitt förfarande eller avvisa klagomålet. Kommissionen får också avvisa ett klagomål på den grunden att det handläggs av en konkurrensmyndighet i en medlemsstat.

2. När ett klagomål har anhängiggjorts vid en medlemsstats konkurrensmyndighet eller kommissionen avseende ett avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande som redan har handlagts av en annan konkurrensmyndighet, får klagomålet avvisas.”

III. Bakgrund, det nationella målet och tolkningsfrågorna

9. Nordzucker och Südzucker är två tyska sockertillverkare. Agrana kontrolleras av Südzucker. Företaget driver sockerfabriker i Österrike och Östeuropa.

10. Av historiska skäl samt på grund av produktens homogenitet och höga transportkostnader delades den tyska sockermarknaden upp på de stora tyska tillverkarnas kärnförsäljningsområden. Som svar på utländska sockertillverkares försök att träda in på den tyska marknaden hölls ett flertal möten mellan försäljningscheferna på Nordzucker och Südzucker, med början senast år 2004. Vid dessa möten betonades särskilt vikten av att undvika ytterligare konkurrenstryck genom att säkerställa att de tyska företagen inte konkurrerade med varandra genom att bryta sig in på varandras respektive traditionella kärnförsäljningsområden.

11. Mot slutet av år 2005 och början av år 2006 konstaterade Agrana att vissa av dess österrikiska kunder köpte socker från ett slovakiskt dotterbolag till Nordzucker. Under ett telefonsamtal den 22 februari 2006 informerade den verkställande direktören hos Agrana Südzuckers

försäljningschef om dessa leveranser och frågade honom om han kände någon hos Nordzucker med vilken han kunde diskutera saken. Südzuckers försäljningschef ringde sedan upp Nordzuckers försäljningschef. Han beklagade sig över leveranserna till Österrike och lät förstå att detta kunde få konsekvenser för den tyska marknaden. Nordzuckers försäljningschef instruerades att inte reagera särskilt på denna begäran. Han klargjorde emellertid därefter för försäljningschefen vid Nordzuckers slovakiska dotterbolag att han inte önskade att exporten skulle utvidgas till Österrike.

12. Genom beslut av den 18 februari 2014 ålades Südzucker böter på 195 500 000 euro av Bundeskartellamt (nedan kallad BKA), den tyska nationella konkurrensmyndigheten, i huvudsak för dess underlåtenhet att i Förbundsrepubliken Tyskland iaktta förbudet mot avtal mellan konkurrerande företag som kunde påverka handeln mellan medlemsstater och som hade till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden. BKA fann att Nordzucker, Südzucker och ett tredje tyskt företag i hemlighet hade samverkat genom att respektera varandras kärnförsäljningsområden för industri- och detaljhandelssocker. I BKA:s beslut återgavs även innehållet i ovan angivna telefonsamtal den 22 februari 2006 rörande Österrike.

13. Det nationella målet inleddes efter att Nordzucker hade ingett en ansökan om förmånlig behandling i Österrike. Bundeswettbewerbsbehörde, den österrikiska nationella konkurrensmyndigheten (nedan kallad BWB), väckte talan vid behörig österrikisk domstol och yrkade fastställelse av att Nordzucker hade överträtt artikel 101 FEUF och relevanta bestämmelser i nationell konkurrenslagstiftning. Vad gällde Südzucker yrkade BWB att företaget skulle åläggas böter på 12 460 000 euro för tiden från och med den 1 januari 2005 till och med den 21 september 2006. BWB yrkade även att ett ytterligare bötesbelopp på 15 390,000 EUR skulle åläggas, för Südzuckers solidariska ansvar med Agrana, avseende tiden från och med den 22 september 2006 till och med den 31 oktober 2008.

14. Den nationella domstolen i första instans avvisade denna talan. Den fann att BWB inte hade ett berättigat intresse av en fastställelsedom mot Nordzucker. Detta berodde på att Nordzucker var ett företag som berördes av ett program för förmånlig behandling i fråga om vilket BWB hade avstått från att yrka åläggande av böter. Vad gällde tiden före den 22 februari 2006 fanns det ingenting som tydde på, inte ens underförstått, att Österrike var inblandat i grundöverenskommelsen om att respektera de traditionella tyska försäljningsområdena.

15. Domstolen i första instans noterade emellertid även att den begäran som framställdes i telefonsamtalet den 22 februari 2006 kunde ha haft en i vart fall hämmande effekt på leveranserna till Österrike från Nordzuckers slovakiska dotterbolag. Det efterföljande förverkligandet av denna begäran utgjorde därför en överenskommelse mellan Nordzucker och Südzucker som stred mot artikel 101.1 FEUF. Nämnda domstol fann emellertid att om en viss aspekt av agerandet omfattades av ett bötesstraff som redan hade ålagts av en annan nationell konkurrensmyndighet, så skulle ett ytterligare bötesstraff strida mot principen *ne bis in idem*. Så var enligt denna domstol utan tvekan fallet vad gällde överenskommelsen av den 22 februari 2006.

16. BWB överklagade till Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen,), den hänskjutande domstolen. BWB har, med stöd av den överenskommelse som gjordes under telefonsamtalet den 22 februari 2006, yrkat att det ska fastställas att Nordzucker har överträtt artikel 101 FEUF och relevanta bestämmelser i nationell lagstiftning. Vad avser Südzucker har BWB även yrkat böter för samma överträdelse. BWB har invänt mot den tillämpning som domstolen i första instans har gjort av principen *ne bis in idem*. BWB har anfört att nämnda domstol vid sin bedömning inte beaktade för vilka territorier böterna fastställdes på grundval av den omsättning som genererades

där. Enligt BWB strider förstainstansrättens avgörande även mot en decentraliserad tillämpning av unionens konkurrenslagstiftning, vilken regleras av förordning nr 1/2003, som tillåter att flera nationella konkurrensmyndigheter vidtar åtgärder parallellt.

17. Den hänskjutande domstolen har påpekat att Südzucker ålades böter av BKA för gärningar vilka inbegrep telefonsamtalet den 22 februari 2006, som är den enda relevanta överträdelsen i det pågående målet. Den hänskjutande domstolen har vidare hänvisat till EU-domstolens praxis, enligt vilken tillämpningen av principen *ne bis in idem* är underkastad det trefaldiga villkoret att det ska vara fråga om samma regelöverträdare, samma relevanta faktiska omständigheter och samma skyddade rättsliga intresse. Nämnda domstol har även pekat på vad den anser vara en viss konflikt mellan kriteriet skyddat rättsligt intresse och det synsätt som valts på andra områden inom unionsrätten, enligt vilket tillämpningen av principen *ne bis in idem* enbart förutsätter att det är fråga om samma regelöverträdare och samma faktiska omständigheter.

18. Den hänskjutande domstolen har påpekat att EU-domstolens praxis inte ger någon vägledning beträffande tillämpningen av principen *ne bis in idem* i de fall då det finns två nationella konkurrensmyndigheter tillämpar unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning i två förfaranden som avser samma faktiska omständigheter och samma gärningsman. Den hänskjutande domstolen har även noterat att förordning nr 1/2003 inte ger några indikationer på den punkten. Nämnda domstol vill även få klarhet i huruvida det har betydelse för tillämpningen av principen *ne bis in idem* att en nationell konkurrensmyndighet beaktade verkningarna i en annan medlemsstat av den givna överträdelsen och huruvida det är relevant i detta sammanhang att målet vid den nationella domstolen innefattade tillämpningen av ett program för förmånlig behandling vad avser Nordzucker.

19. Mot denna bakgrund har Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Är det tredje villkoret för tillämpning av principen *ne bis in idem* enligt EU-domstolens konkurrensrättsliga praxis, nämligen att agerandet måste avse samma skyddade rättsliga intresse, tillämpligt även när konkurrensmyndigheterna i två medlemsstater har att – utöver bestämmelser i sin nationella lagstiftning – tillämpa samma bestämmelser i unionslagstiftningen (här Artikel 101 FEUF) på samma faktiska omständigheter och med avseende på samma personer?

Om denna fråga besvaras jakande:

2. Föreligger samma skyddade rättsliga intresse vid en sådan parallell tillämpning av unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning?

3. Har det vidare betydelse för tillämpningen av principen *ne bis in idem* huruvida konkurrensmyndigheten i en medlemsstat genom det första beslutet att ålägga böter beaktade verkningarna, som en faktisk omständighet, av överträdelsen av konkurrenslagstiftningen i den andra medlemsstat vars konkurrensmyndighet först senare fattade beslut i det konkurrensrättsliga förfarande som den handlade?

4. Ska ett förfarande där det, på grund av att en part deltar i det nationella programmet för förmånlig behandling, enbart är möjligt att fastställa att konkurrenslagstiftningen har överträtts också anses utgöra ett förfarande som omfattas av principen *ne bis in idem*, eller får en sådan ren fastställelse av överträdelsen ske oberoende av utgången i ett tidigare förfarande avseende åläggande av böter (i en annan medlemsstat)?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från Südzucker, Agrana, BWB, den belgiska, den tyska och den italienska regeringen samt Europeiska kommissionen. Südzucker, Agrana, BWB, den belgiska, den tyska och den polska regeringen samt kommissionen utvecklade sin talan vid den muntliga förhandlingen den 22 mars 2021. Denna förhandling anordnades gemensamt i detta mål och mål bpost, C-117/20

IV. Bedömning

21. Detta förslag till avgörande är uppdelat på följande sätt. Jag kommer att inleda min analys med att ta ställning till huruvida den första och den andra tolkningsfrågan är relevanta (A). Därefter kommer jag att övergå till det prov som enligt min mening bör styra tillämpligheten av principen *ne bis in idem* i konkurrensrättsliga ärenden och i alla andra mål som faller under artikel 50 i stadgan (B). Jag kommer framför allt att uppehålla mig vid frågan om det skyddade rättsliga intresset i unionens konkurrenslagstiftning (B.1.) och därefter ägna mig åt frågan huruvida de relevanta faktiska omständigheterna är identiska inom ett givet territorium och vid en given tidpunkt (B.2.). Avslutningsvis kommer jag att fokusera på vilken relevans den fastställelsedom som yrkats inom ramen för det nationella förfarandet, där inga böter åläggs eftersom förfarandet avser en ansökan om förmånlig behandling, har för tillämpligheten av principen *ne bis in idem* i detta förfarande (C).

A. Huruvida den första och den andra tolkningsfrågan är relevanta

22. Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan för att få fastställt huruvida kriteriet skyddat rättsligt intresse är tillämpligt i samband med två nationella förfaranden, som rör samma regelöverträdare och samma faktiska omständigheter, i vilka respektive nationell konkurrensmyndighet tillämpar artikel 101 FEUF och nationell konkurrenslagstiftning (den första frågan). För det fall kriteriet rättsligt intresse skulle anses vara relevant, vill den hänskjutande domstolen även få klarhet i huruvida unionens konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt skyddar samma rättsliga intresse (den andra frågan).

23. Även om ingen formell invändning om rättegångshinder har framställts, anser inte BWB, den tyska regeringen och kommissionen att ett svar på den första frågan (och i viss mån den andra frågan) är av avgörande betydelse för förevarande mål. De anser i huvudsak att de faktiska omständigheterna i det nationella målet inte är identiska, eftersom BKA och BWB endast beaktade det ifrågavarande konkurrensbegränsande beteendet inom sina respektive nationella territorier. Det saknas därför anledning att göra en bedömning av det skyddade rättsliga intresset.

24. Jag skulle avråda EU-domstolen från att avstå från att besvara den första och den andra tolkningsfrågan.

25. Först och främst är det inte klart huruvida BKA begränsade sin prövning till det tyska territoriet. Faktum är att det förefaller föreligga en viss förvirring i fråga om exakt vad denna nationella konkurrensmyndighet tog i beaktande och konsekvenserna av detta. Jag uppfattar det som att denna förvirring beror på att BKA i sitt beslut hänvisade till telefonsamtalet den 22 februari 2006, under vilket den österrikiska marknaden diskuterades. Detta samtal har även åberopats av BWB i det nationella målet.

26. Det finns emellertid inga uppgifter som ger klarhet i om (och hur) den hemliga samverkan som blev följden av detta samtal återspeglades i den fastställda territoriella ramen för förfarandet inför BKA och i dess slutliga beslut. Den hänskjutande domstolen uttrycker tvivel beträffande den territoriella räckvidden av BKA:s beslut. Nämnda domstol uppger vidare att detta beslut inte innehåller några närmare uppgifter om vilken omsättning som låg till grund för beräkningen av de böter som ålades Südzucker.

27. Formuleringen av den första frågan hänvisar uttryckligen till *samma faktiska omständigheter*, vilket förstärker dessa tvivel. Den tredje frågan avser vidare huruvida den omtvistade överträdelsen av konkurrensrätten hade *samma verkningar*. Om dessa frågor sätts i samband med beslutet om hänskjutande, förefaller det som om det, enligt den hänskjutande domstolen, kan finnas en territoriell överlappning mellan det förfarande som handlades av BKA å ena sidan och det förfarande som är anhängigt vid den hänskjutande domstolen å andra sidan.

28. För det andra har den hänskjutande domstolen tydligt uppmanat EU-domstolen att ge vägledning i fråga om det skyddade rättsliga intresset. Även om det faktiskt är troligt att denna faktor bedöms efter det att regelöverträdarens identitet och de relevanta faktiska omständigheterna har kontrollerats, kan de särskilda omständigheterna i ett mål och intresset av att hushålla med rättsväsendets medel kräva att bedömningen görs i en annan ordning. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa denna ordning.

29. För det tredje har den hänskjutande domstolen genom förevarande begäran om förhandsavgörande, som en tämligen underordnad, men ändå väsentlig, punkt, ställt frågan huruvida *ne bis in idem*-provet ska tillämpas i konkurrensrättsliga förfaranden i synnerhet och i enlighet med artikel 50 i stadgan i allmänhet. I detta sammanhang skulle jag finna det rätt förbryllande, och verkligen inte i linje med den rättsliga samarbetsandan, om EU-domstolen enbart skulle fokusera på ett av villkoren som kanske inte är uppfyllt (men som egentligen är en fråga om faktiska omständigheter som det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa), utan att gå närmare in på vilka andra kriterier som gäller för samma prov.

30. Sammanfattningsvis kan den relevanspresumtion [5] som ansökningar om förhandsavgörande åtnjuter inte anses vederlagd i den mån det inte kan uteslutas att de båda förfarandena faktiskt överlappar varandra på ett eller annat sätt eller att den hänskjutande domstolen kan vilja pröva frågan om det rättsliga intresset före frågan om huruvida de faktiska omständigheterna är identiska. Följaktligen föreslår jag att EU-domstolen besvarar den första och den andra tolkningsfrågan.

B. Ne bis in idem i unionens (konkurrens)lagstiftning: Provet och dess beståndsdelar

31. Den första och den andra tolkningsfrågan avser definitionen av det prov som bör styra tillämpligheten av principen *ne bis in idem* i konkurrensrättsliga ärenden och, mer specifikt i detta sammanhang, definitionen av uttrycket *idem*.

[5] Se senast, exempelvis, dom av den 29 april 2021, Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (C-383/19, EU:C:2021:337, punkt 29 och 30 samt där angiven rättspraxis).

32. Jag ska inleda med att kort erinra om de skäl som ger upphov till frågor i detta avseende. Mitt förslag till svar på den *första* frågan grundar sig på den analys som redan gjorts i mitt parallella förslag till avgörande i målet bpost. Jag föreslår ett enhetligt prov av *ne bis in idem* enligt artikel 50 i stadgan på grundval av en trefaldig överensstämmelse i fråga om regelöverträdare, relevanta faktiska omständigheter och skyddat rättsligt intresse (1).

33. Därefter kommer jag att, som svar på den *andra* frågan, behandla frågan om det skyddade rättsliga intresset specifikt inom konkurrensrätten. Jag drar i detta hänseende slutsatsen att två nationella konkurrensmyndigheter, när de tillämpar artikel 101 FEUF och motsvarande bestämmelser i nationell rätt, skyddar samma rättsliga intresse (2).

34. Slutligen kommer jag att ta ställning till frågan huruvida de två förfaranden som är föremål för prövning i förevarande mål avser samma faktiska omständigheter och huruvida de, i rättsligt hänseende, ens kan göra det. Jag kommer att dra slutsatsen att frågan huruvida BKA beaktade verkningarna av den givna överträdelsen av konkurrenslagstiftningen i Österrike visserligen är relevant för tillämpligheten av principen *ne bis in idem* i det nationella målet, men långt ifrån uppenbar i faktiskt hänseende (3).

1. Provet: en trefaldig överensstämmelse

35. Jag skulle vilja hävda att den första och den andra tolkningsfrågan har inspirerats av att EU-domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast att det, för att *idem*-villkoret ska vara uppfyllt på konkurrensrättens område, inte bara krävs att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att de faktiska omständigheterna är identiska, utan även att det skyddade rättsliga intresset är detsamma. [6]

36. Rättspraxis avseende *ne bis in idem* i unionens konkurrenslagstiftning började utvecklas för omkring femtio år sedan genom EU-domstolens dom i målet Wilhelm m.fl. [7] I det målet rörde det sig om parallella nationella och överstatliga utredningar av ett konkurrensbegränsande agerande. EU-domstolens uttalande att ”[k]onkurrensbegränsande samverkan bedöms ur olika synvinklar enligt gemenskapsrättens respektive den nationella rättens regler om sådan samverkan” [8] kompletterades senare med preciseringen att det skydd som principen *ne bis in idem* erbjuder på konkurrensrättens område endast utlöses när det andra förfarandet inte bara rör en och samma regelöverträdare och identiska faktiska omständigheter, utan även samma skyddade rättsliga intresse. [9] Denna tolkning av principen bekräftades särskilt i domen i målet Toshiba. [10] Trots den växande kritiken mot tillämpningen av villkoret avseende det skyddade rättsliga intresset, vilket saknas inom andra unionsrättsliga områden, [11] bekräftades samma tolkning senast i domen i målet Slovak Telecom. [12]

6 Se, särskilt, dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 338), dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97), samt dom av den 25 februari 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, punkt 43).

7 Dom av den 13 februari 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

8 Ibidem, punkt 3.

9 Dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 338) och dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97). Se även tribunalens dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753, punkt 308).

10 Dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97 och där angiven rättspraxis).

11 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkterna 114–122), förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, punkt 45), förslag till avgörande av generaladvokaten Tanchev i målet Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, punkt 95, fotnot 34).

12 Dom av den 25 februari 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

37. EU-domstolen har uttryckligen begränsat bedömningen av *idem* till att gärningsmannen och gärningarna ska vara identiska i sin praxis avseende artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (nedan kallad tillämpningskonventionen).[13] I detta sammanhang har EU-domstolen ansett att det enda relevanta kriteriet för bedömningen av villkoret *idem* är ”det som avser huruvida de sakförhållanden som gärningarna i fråga utgör är identiska i den meningen att de består av en rad konkreta sinsemellan oskiljaktiga omständigheter”.[14] På liknande sätt har EU-domstolen, i sin praxis avseende en kombination av straffrättsliga och administrativa förfaranden, konstaterat att ”artikel 50 i stadgan inte hindrar en medlemsstat från att, för *samma gärning* i form av underlåtenhet att uppfylla skyldigheten att deklarera mervärdesskatt, tillämpa en kombination av skatterättsliga och straffrättsliga sanktioner”.[15] Senare preciserade EU-domstolen att ”artikel 50 i stadgan förbjuder […] att flera påföljder av straffrättslig karaktär åläggs för *samma gärning* i olika förfaranden med detta syfte”.[16] Genom att förskjuta bedömningen mer mot uttrycket *bis* har EU-domstolen gjort det möjligt att genomföra andra förfaranden med samma föremål, med förbehåll för villkoren i bestämmelsen om begränsning av rättigheter i artikel 52.1 i stadgan.[17]

38. Menci-provet förefaller för närvarande vara allmänt tillämpligt, således på alla situationer som faller under artikel 50 i stadgan. Detta lämnar även utrymme för en parallell tillämpning av mer specifika bestämmelser, såsom artikel 54 i tillämpningskonventionen eller artikel 3.2 i rambeslut 2002/584/RIF om en europeisk arresteringsorder.[18] Det gängse provet, såvitt avser räckvidden av artikel 50 i stadgan, förefaller emellertid nu vara det mycket vida begreppet *idem factum* i kombination med en tämligen generös nödutgång i form av möjligheten till begränsning av rättigheterna enligt artikel 52.1 i stadgan.

39. Jag tänker inte upprepa mina argument för varför ett sådant synsätt är problematiskt. I detta avseende kan jag bara hänvisa till min analys i målet bpost.[19] Jag föreslår således att ett (enhetligt) prov av *idem* i den mening som avses i artikel 50 i stadgan ska grundas på en trefaldig överensstämmelse i fråga om regelöverträdare, relevanta faktiska omständigheter och skyddat rättsligt intresse.[20]

[13] EGT L 239, 2000, s. 19.

[14] Dom av den 9 mars 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, punkt 36), dom av den 28 september 2006, Gasparini m.fl. (C-467/04, EU:C:2006:610, punkt 54), dom av den 28 september 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, punkt 48), dom av den 18 juli 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, punkt 26), dom av den 16 november 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, punkt 39), dom av den 29 april 2021, X (Europeisk arresteringsorder – Ne bis in idem) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, punkt 71 och där angiven rättspraxis), varvid det sista målet avsåg en tidigare fällande dom som meddelats i ett tredjeland.

[15] Dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 34). Min kursivering.

[16] Dom av den 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, punkt 35). Min kursivering. Se emellertid även dom av den 20 mars 2018 i målet Garlsson Real Estate m.fl. (C-537/16, EU:C:2018:193, punkt 27), där det återigen hänvisas till *samma sakförhållanden*.

[17] Det skulle kunna tilläggas att även bruket av uttrycken (relevanta) sakförhållanden och (relevant) gärning i utbytbar betydelse delvis kan ha bidragit till den förvirring som uppstått beträffande arten och omfattningen av den överensstämmelse som krävs. Med en snäv tolkning och i specifika sammanhang kan nämligen ”gärning” likställas med ”sakförhållanden”. På vissa språk, och helt säkert vid en abstrakt diskussion, har uttrycket (brottslig) gärning emellertid en vidare innebörd än enbart de faktiska beståndsdelarna i denna gärning. Det inbegriper nämligen inte bara ”vad som hände”, utan också den rättsliga bedömningen och klassificeringen av vad som hände, som i sin tur sannolikt väger in det skyddade rättsliga intresset, åtminstone indirekt genom att definiera de negativa samhällseffekterna av det ifrågavarande beteendet.

[18] Rådets rambeslut av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna (EGT L 190, 2002, s. 1).

[19] bpost (C-117/20, punkterna 101–117).

[20] Vägledd av de principer som också beskrivs i detta förslag i punkterna 119–122.

40. Klargörandet av denna utgångspunkt föranleder mig att mer ingående undersöka de båda aspekter av detta prov som utgör kärnan i förevarande mål, nämligen huruvida det är samma rättsliga intresse som skyddas (2) och huruvida de faktiska omständigheterna är identiska (3).

2. Det skyddade rättsliga intressets identitet

41. Trots att villkoret i fråga om det skyddade rättsliga intresset i konkurrensrättsliga ärenden har bekräftats vid upprepade tillfällen, har detta villkor, såvitt jag vet, aldrig blivit helt förklarat,[21] med undantag av uttalandet att konkurrensbegränsande samverkan ”i nationell lagstiftning endast [betraktas] inom ramen för de särskilda överväganden som denna lagstiftning grundar sig på”.[22]

42. Den specifika frågan huruvida unionsrättsliga och nationella konkurrensregler skyddar samma rättsliga intresse ställdes ganska nyligen till EU-domstolen i målet Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie.[23] EU-domstolen fann det inte nödvändigt att pröva denna fråga. Även om det nationella målet rörde parallell tillämpning av nationella konkurrensregler och unionsrättsliga konkurrensregler, innefattade det endast ett förfarande vid den nationella konkurrensmyndigheten. EU-domstolen begränsade sig således till att påpeka att det inte fanns något *bis* till att börja med, utan att pröva frågan om *idem*.

43. I förevarande fall rör det sig däremot helt klart om två förfaranden som, efter vad som är relevant här, avser samma regelöverträdare.[24] Såvida inte den hänskjutande domstolen inom ramen för sin prövning kommer fram till att de båda förfarandena avser olika relevanta faktiska omständigheter innan den prövar frågan om det skyddade rättsliga intresset, är frågan om det skyddade rättsliga intresset således klart relevant.

44. Skyddar unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning samma rättsliga intresse? Om man närmar sig denna fråga på ett generellt sätt, med kravet på en sund och ostörd konkurrens på den inre marknaden i åtanke, är det tydligt att de gör det. Jag anser emellertid inte riktigt att analysen kan stanna där. Frågan om det skyddade rättsliga intresset bör bedömas mot bakgrund av en specifik bestämmelse. Bedömningen måste fokusera på det specifika intresse eller mål som eftersträvas med den bestämmelse som tillämpas, vad denna bestämmelse sanktionerar och varför.[25]

45. Å ena sidan råder det ur abstrakt synvinkel inget tvivel om att unionens konkurrensregler och de nationella konkurrensreglerna nu i stort sett har konvergerat. Utan att det påverkar de historiska skäl som inspirerade uttalandet i domen Wilhelm m.fl. om att gemenskapens

[21] EU-domstolen har (direkt eller indirekt) hänvisat till det uttalande som gjordes i domen i målet Wilhem m.fl. angående skillnaden mellan nationell konkurrensrätt och gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelser, se, exempelvis, dom av den 10 juli 1980, Giry och Guerlain m.fl. (253/78 och 1/79–3/79, EU:C:1980:188, punkt 15), dom av den 16 juli 1992, Asociación Española de Banca Privada m.fl. (C-67/91, EU:C:1992:330, punkt 11), dom av den 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punkt 19), dom av den 9 september 2003, Milk Marque och National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, punkt 61), dom av den 13 juli 2006, Manfredi m.fl. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punkt 38), eller dom av den 1 oktober 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, punkt 50).

[22] Se, exempelvis, dom av den 10 juli 1980, Giry och Guerlain m.fl. (253/78 och 1/79–3/79, EU:C:1980:188, punkt 15), dom av den 9 september 2003, Milk Marque och National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, punkt 61), eller dom av den 1 oktober 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, punkt 50).

[23] Dom av den 3 april 2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

[24] Även om inte *alla* parter är desamma i de båda nationella förfarandena är det, särskilt vad gäller Nordzucker och Südzucker, uppenbart att det är fråga om samma regelöverträdare.

[25] Detta behandlas utförligt i mitt förslag till avgörande i målet bpost, punkterna 136–141, samt punkterna 142–151 där ytterligare exempel ges.

konkurrenslagstiftning och medlemsstaternas konkurrenslagstiftning skiljde sig åt,[26] är det tydligt att förordning nr 1/2003 förde unionens konkurrenslagstiftning och medlemsstaternas konkurrenslagstiftning närmare varandra. Behovet av konvergens och samarbete återspeglas såväl av innehållet i den ifrågavarande lagstiftningen som av de institutioner som tillämpar denna lagstiftning.

46. Vad gäller de materiella bestämmelserna framgår det tydligt att förordning nr 1/2003 ger de nationella konkurrensmyndigheterna behörighet att tillämpa artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF.[27] I förordningen fastställs även regler som syftar till att säkerställa att dessa bestämmelser tillämpas på ett konsekvent sätt. Med detta sagt är det kanske bestämmelserna i förordning nr 1/2003 om de institutioner och förfaranden som inrättar ett relativt genomarbetat system för det ”Europeiska konkurrensnätverket”, vilket uppmanar till medverkan av såväl kommissionen som de nationella konkurrensmyndigheterna, som syftar till att få till stånd en enhetlig tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF. Genom att anta direktiv (EU) 2019/1[28] hanterade unionslagstiftaren dessutom upplevda luckor i den gällande ordningen. Detta direktiv ger de nationella konkurrensmyndigheterna befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av artiklarna 101 och 102 FEUF på de områden som omfattas av de enskilda kapitlen i detta instrument.[29]

47. Med hänsyn till denna översyn av systemet är det svårt att göra gällande att unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning inte har rört sig närmare varandra sedan EU-domstolen diskuterade förhållandet mellan dem i domen i målet Wilhelm m.fl. En sådan bedömning framstår som korrekt, inte bara om man beaktar EU-domstolens exakta formulering i den domen, vilken hänvisade till ”gemenskapsrättens respektive den nationella rättens regler om … *[konkurrensbegränsande] samverkan*”,[30] utan även med hänsyn till den mer allmänna hänvisningen till ”konkurrensbegränsande förfaranden”[31] i senare rättspraxis.

48. Om å andra sidan fokus läggs på de specifika bestämmelserna kan det inte med fullständig säkerhet sägas att det inte längre finns (eller snarare inte längre kan finnas) några skillnader inom vissa områden av konkurrenslagstiftningen.[32] Artikel 3 i förordning nr 1/2003 reglerar nämligen, till skillnad från dess föregångare förordning nr 17, inte bara förhållandet mellan unionens konkurrensregler och de nationella konkurrensreglerna utan erkänner även särskilt att det kan finnas fall där de nationella konkurrensreglerna till sitt innehåll skiljer sig från unionens konkurrensregler.

[26] EU-domstolen använde närmare bestämt uttrycket ”gemenskapsrättens respektive den nationella rättens regler om … [konkurrensbegränsande] samverkan”. Dom av den 13 februari 1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, punkt 3).

[27] Vilket redan delvis var fallet inom ramen för förordning nr 17 vad beträffar artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget – Förordning nr 17: Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

[28] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad (EUT L 11, 2019, s. 3).

[29] Såsom rubriken på respektive kapitel i direktiv 2019/1 indikerar avser dessa områden de nationella konkurrensmyndigheternas oberoende och resurser, befogenheter att utföra sina uppgifter, fastställandet av sanktionsavgifter och viten, eftergiftsprogram, ömsesidigt bistånd och preskriptionsfrister.

[30] Dom av den 13 februari 1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, punkt 3). Min kursivering.

[31] Se, exempelvis, dom av den 10 juli 1980, Giry och Guerlain m.fl. (253/78 och 1/79–3/79, EU:C:1980:188, punkt 15).

[32] I det lagstiftningsarbete som föregick antagandet av förordning nr 1/2003 noterade kommissionen att flera av (de då 15) medlemsstaterna hade antagit nationell konkurrenslagstiftning som avspeglade innehållet i artiklarna 81 och 82 FEG. Samtidigt medgav kommissionen att någon formell harmonisering inte hade ägt rum och att skillnader kvarstod både i fråga om lagstiftning och praxis. Se punkt I A, ”Bakgrund”, tredje stycket, och punkt II C.2 a andra stycket i motiveringen till förslaget till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3975/87 (”Förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget”), KOM/2000/0582 slutlig (EGT C 365E, 2000, s. 284).

49. Vad gäller den nationella tillämpningen av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF följer det av artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 att medlemsstaterna inte får göra avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden föremål för strängare regler än de som gäller på unionsnivå. Medlemsstaterna har emellertid möjlighet att göra det när det gäller företags *ensidiga uppträdande*. Det finns således en skillnad i fråga om det tillåtna utrymmet för specifika nationella regler beroende på om det ifrågavarande uppträdandet omfattas av artikel 101 FEUF eller av artikel 102 FEUF.

50. I artikel 3.3 i förordning nr 1/2003 utmejslas dessutom ett ännu större utrymme för differentiering när det gäller nationella lagar om koncentrationskontroll och den förbehåller för möjligheten att fortlöpande tillämpa nationell lagstiftning som till övervägande del eftersträvar ett annat mål än syftet med artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF. Denna sistnämnda möjlighet bekräftas ytterligare i skäl 9 i förordning nr 1/2003 där det bland annat anges att ”medlemsstaterna … inom sina territorier [får] tillämpa nationell lagstiftning genom vilken handlingar som innebär otillbörliga handelsmetoder förbjuds eller bestraffas oberoende av om de är ensidiga eller kontraktsenliga”.

51. På det strukturella planet förutses således i vart fall fyra olika scenarier när det gäller det normativa samspelet mellan unionsrättsliga och nationella regler som omfattas av artikel 3 i förordning nr 1/2003. *För det första* när det föreligger en fullständig materiell överlappning vad avser situationer som omfattas av artikel 101 FEUF, där medlemsstaterna inte kan anta strängare regler. *För det andra* när det finns en ganska betydande, men inte fullständig, materiell överlappning vad avser situationer som faller under artikel 102 FEUF, där medlemsstaterna kan anta strängare regler.[33] *För det tredje* när det finns en partiell harmonisering vad gäller koncentrationskontroll. *För det fjärde*, och kanske viktigaste, när det finns ett tydligt normativt utrymme som förbehålls medlemsstaterna vad gäller nationella regler som eftersträvar andra mål än syftet med artiklarna 101 och 102 FEUF, där nationell lagstiftning om otillbörliga handelsmetoder nämns som ett exempel.

52. I artikel 3 i förordning nr 1/2003 erkänns således det faktum att unionens konkurrenslagstiftning och medlemsstaternas konkurrenslagstiftning inte är identiska, åtminstone inte i alla avseenden.[34] Denna potentiella skillnad avser emellertid den normativa kvaliteten hos det eftersträvade intresset (eller målet). Den kan inte bara bestå i en annan geografisk räckvidd.

53. Med andra ord anser jag inte att enbart (kvantitativa) skillnader i en och samma överträdelses territoriella räckvidd, och således i den givna regelns territoriella räckvidd, i sig indikerar en (kvalitativ) skillnad i rättsligt intresse.[35] Medan unionens konkurrenslagstiftning omfattar situationer som påverkar handeln mellan medlemsstaterna, är den nationella konkurrenslagstiftningen tillämplig på interna situationer. Enligt min mening visar denna

[33] Beträffande uttrycket ”strängare nationell lagstiftning” i artikel 3.2 i förordning nr 1/2003, se exempelvis Feteira, L.T., ”The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: United (Should) We Stand?”, *Wolters Kluwer Law International*, 2015, s. 62–67.

[34] Vilket enligt min mening är skälet till att generaladvokat Kokott i sitt förslag till avgörande i målet Toshiba Corporation m.fl. påpekade att det ursprungliga uttalandet i domen Walt Wilhem i huvudsak fortfarande var korrekt (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 81).

[35] Se även Nazzini, R., ”Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis In idem as a Limiting Principle” i: van Bockel, B. (red.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s. 159.

skillnad på överträdelsens territoriella omfång, möjligen i kombination med tyngden i konflikten med det skyddade rättsliga intresset, men inte nödvändigtvis på det skyddade rättsliga intressets skilda kvalitet. [36]

54. Enkelt uttryckt är det sannolikt att en priskartell, som ingåtts och genomförts i Republiken Tjeckien, på ett kvalitativt sätt påverkar samma skyddade rättsliga intresse, oavsett om det i slutänden, och med hänsyn till handeln mellan de medlemsstater som påverkas, endast är den nationella bestämmelse som återspeglar artikel 101 FEUF [37] som kommer att tillämpas i detta avseende, eller artikel 101 FEUF i förening med denna nationella bestämmelse, eller möjligen enbart artikel 101 FEUF.

55. Denna sammansatta bild styrs nämligen av den allmänna regeln att nationella konkurrensregler endast är tillämpliga när det inte föreskrivs några särskilda bestämmelser i unionsrätten. [38] I den mån de båda regelverken faktiskt överlappar varandra, eller i vart fall när de börjar sanktionera samma sakförhållanden, ska emellertid frågan huruvida det skyddade rättsliga intresset är detsamma på både unionsnivå och nationell nivå bedömas konkret med beaktande av de specifika bestämmelser som tillämpas i båda ändarna av samma mål.

56. Om detta synsätt appliceras på förevarande mål följer det av artikel 3.1 i förordning nr 1/2003, att om en nationell konkurrensmyndighet (eller en nationell domstol) tillämpar den nationella lagstiftningen på ett agerande som påverkar handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 101 FEUF, ska den även tillämpa artikel 101 FEUF. När det aktuella agerandet *även* faller under artikel 101 FEUF ska de nationella konkurrensmyndigheterna eller domstolarna med andra ord *även* tillämpa denna bestämmelse. [39]

57. Vidare framgår det av artikel 3.1 och 3.2 i förordning nr 1/2003 att resultatet av att nationell rätt tillämpas på en situation som omfattas av artikel 101 FEUF *inte kan skilja sig* från det resultat som skulle ha uppnåtts om enbart artikel 101 FEUF tillämpades. Utan att det påverkar frågan om vad det då ger för mervärde att tillämpa nationell konkurrensrätt parallellt i ett sådant scenario, [40] är det under alla omständigheter svårt att föreställa sig på vilket sätt de respektive målen med den ifrågavarande nationella regeln och artikel 101 FEUF skulle kunna skilja sig åt. När sedan två nationella konkurrensmyndigheter tillämpar samma unionsrättsliga bestämmelse, nämligen

[36] Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer ansåg att ”[d]et kriterium som avser det konkurrensbegränsande handlandets territoriella utsträckning … inte [är] grundläggande, utan sekundärt, då det inte påverkar överträdelsens art, utan endast dess intensitet”. Han delade inte uppfattningen i domen i målet Wilhelm m.fl. utan konstaterade att ”[i]nom ramen för regelverket till skydd för den fria konkurrensen kan man inte inom Europeiska unionen tala om skilda områden, gemenskapens och de nationella, som om de vore helt åtskilda. Båda områdena avser skyddet för en öppen och fri konkurrens på den gemensamma marknaden, den ena betraktad i sin helhet, och den andra med utgångspunkt från dess skilda delar, men huvudinnehållet är detsamma.” Se förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Aalborg Portland m.fl. (C-217/00 P, EU:C:2003:83, punkterna 176, 173 och fotnot 121) och förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Aalborg Portland m.fl. (C-213/00 P, EU:C:2003:84, punkterna 94, 91 och fotnot 71).

[37] För närvarande § 3 zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (lagen om konkurrensskydd), i dess ändrade lydelse.

[38] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 maj 2011, Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, punkt 33). Se även dom av den 5 juni 2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punkt 32), och dom av den 7 december 2010, VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, punkterna 56 och 57), enligt vilka nationella bestämmelser ska säkerställa att ”unionens konkurrensrätt får full verkan” och inte får undergräva syftet med förordning nr 1/2003, som är att säkerställa att nationella konkurrensmyndigheter tillämpar denna rätt effektivt.

[39] I detta avseende anges i skäl 3 i direktiv 2019/1 att ”[i] praktiken tillämpar de flesta nationella konkurrensmyndigheter nationell konkurrensrätt parallellt med artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget”.

[40] Vilket jag måste erkänna att jag fortfarande inte kan få något riktigt grepp om. Kommissionens ursprungliga förslag till förordning nr 1/2003 innehöll en något mer logisk regel i förslaget till artikel 3 som föreskrev att ”[o]m ett sådant avtal, beslut eller samordnat förfarande som avses i artikel 81.1 i fördraget eller ett sådant missbruk av en dominerande ställning som avses i artikel 82 kan påverka handeln mellan medlemsstater, *gäller gemenskapens konkurrensrätt och inte nationell konkurrensrätt*”. Min kursivering. Se förslag till rådets förordning om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3975/87 (”Förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget”), KOM/2000/0582 slutlig (EGT C 365E, 2000, s. 284).

artikel 101 FEUF, vilken de är förhindrade att avvika från på nationell nivå, så måste väl säkert även det specifika rättsliga intresse som de båda nationella konkurrensmyndigheterna eftersträvar att skydda vara identiskt.

58. Sammanfattningsvis bör den andra tolkningsfrågan besvaras så, att frågan huruvida unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning skyddar samma rättsliga intresse måste fastställas genom en granskning av de specifika regler som tillämpas. Detta innefattar en bedömning av huruvida de omtvistade nationella reglerna avviker från unionsreglerna. När konkurrensmyndigheterna i två medlemsstater tillämpar artikel 101 FEUF och motsvarande bestämmelse i nationell konkurrensrätt skyddar de samma rättsliga intresse.

3. De relevanta faktiska omständigheternas identitet: tid och plats

59. Jag kommer nu att övergå till den tredje frågan. Den hänskjutande domstolen har ställt frågan huruvida det är relevant att BKA beaktade den omtvistade kartellens verkningar i en annan medlemsstat, nämligen, som jag uppfattar det, på den österrikiska marknaden.

60. Denna fråga ska besvaras jakande.

61. Såsom generaladvokaten Kokott konstaterade i sitt förslag till avgörande i målet Toshiba är ”[k]arteller … förbjudna och lagförs just av det skälet att de har en negativ inverkan på konkurrensen eller i var fall kan påverka konkurrensen negativt”.[41] Hon noterade också att ”[b]edömningen av huruvida syftet eller resultatet i förevarande fall var att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen … inte [kan] ske på ett abstrakt sätt, utan prövningen ska alltid ske med hänsyn till en viss period och ett visst område”.[42]

62. Det som är av vikt för fastställandet av huruvida principen *ne bis in idem* utgör hinder för det andra förfarandet är med andra ord definitionen av tiden och platsen för den ifrågavarande konkurrensbegränsningen. I domen i målet Toshiba höll EU-domstolen med generaladvokaten i detta avseende och underströk att ”[b]edömningen av huruvida syftet eller resultatet av företagens beteende var att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen … inte [kan] göras abstrakt, utan ska göras med avseende på ett *område* – …, på vilket det aktuella beteendet har haft ett sådant syfte eller sådant resultat – och med avseende på en *period* under vilken det aktuella beteendet har haft ett sådant syfte eller resultat”.[43] Enligt EU-domstolen är både området och tidpunkten relevanta beståndsdelar som bildar grunden för att de *faktiska omständigheterna* ska vara identiska.[44]

63. I de följande avsnitten i detta förslag till avgörande kommer jag att mot denna bakgrund kort behandla frågan huruvida tiden och platsen är identiska i det nationella målet. Det enda jag för det första kan erbjuda, med tanke på informationen i handlingarna i målet, är ett rent antagande i fråga om huruvida BKA även beaktade verkningarna av det förbjudna agerandet på den österrikiska marknaden (a). För det andra kommer jag att beröra den fråga som bäst behandlas av

41 Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 128).

42 Ibidem, punkt 129.

43 Dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 99). Min kursivering.

44 Ibidem, punkt 98. Se också förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 130).

EU-domstolen, nämligen huruvida en sådan extraterritoriell bestraffning av verkningarna av ett visst beteende som till synes har materialiserat sig i en annan medlemsstat faktiskt skulle ha varit rättsligt möjlig (b).

a) Det territorium som BKA faktiskt har beaktat

64. Det framgår av beslutet om hänskjutande att innehållet i telefonsamtalet den 22 februari 2006 avseende Österrike återges i BKA:s beslut. Samtidigt har även BWB åberopat samma telefonsamtal inom ramen för det överklagande som anhängiggjorts vid den hänskjutande domstolen.

65. Det är fullt möjligt att ett telefonsamtal kan röra flera geografiska marknader. Här är det emellertid oklart om BKA faktiskt beaktade verkningarna på den österrikiska marknaden av den omtvistade marknadsuppdelningskartellen och vad uttrycket ”beakta verkningarna” i förevarande mål egentligen betyder.

66. För att det skydd som principen *ne bis in idem* erbjuder ska utlösas räcker det inte att ett visst beteende eller en rad omständigheter nämns och återges någonstans i ett beslut. Det faktiska inslag som är identiskt måste befinnas vara rättsligt relevant med verkningar som kvalificerats och bedömts som sådana. Vägde BKA, när det gäller förevarande mål, in sådana faktainslag i det omtvistade telefonsamtalet när den fastställde överträdelsen? Följer det av BKA:s beslut att denna nationella konkurrensmyndighet beivrade och bestraffade respektive företag även såvitt avser den österrikiska marknaden? Eller tog BKA detta samtal som ett bevis på en överträdelse som rörde den tyska marknaden? [45]

67. Jag skulle förmoda att ett beslut av en nationell konkurrensmyndighet innehåller sådan information, oavsett om den ursprungligen var avsedd att definiera den beaktade relevanta marknaden, eller, framför allt, avsåg slutsatserna beträffande var och när överträdelsen av konkurrensreglerna enligt denna myndighet begicks.

68. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva och avgöra svaret på dessa frågor, om så erfordras i samarbete med BKA, i syfte att fastställa den faktiska omfattningen av nämnda nationella konkurrensmyndighets åtgärd. Detta samarbete kan ske antingen indirekt, med hjälp av BWB, [46] eller direkt. [47]

69. Såsom den hänskjutande domstolen nämnde i sitt beslut om hänskjutande, och såsom har påpekats av vissa berörda parter, beaktade slutligen BKA endast de berörda företagens omsättning inom Tysklands territorium vid beräkningen av det totala bötesbeloppet. I domen i målet Toshiba påpekade EU-domstolen nämligen, i ett liknande sammanhang avseende kommissionens beräkning av böterna, att en sådan faktor kunde vara relevant. [48]

[45] Att döma av omständigheterna i målet, såsom de har beskrivits av den hänskjutande domstolen (se ovan punkt 11), är det lika tänkbart att telefonsamtalet rörande den österrikiska marknaden kan ha ”beaktats” som ett indicium på en rättsstridig begränsning av konkurrensen som avsåg den tyska marknaden under den relevanta perioden.

[46] En nationell konkurrensmyndighet har otvivelaktigt enligt artikel 12.1 i förordning nr 1/2003 även rätt att begära att en annan nationell konkurrensmyndighets slutliga beslut lämnas ut, inbegripet avsnitt som anses vara konfidentiella.

[47] Det finns faktiskt inte någon specifik bestämmelse i förordning nr 1/2003 som ger en nationell domstol befogenhet att begära att få en kopia av ett slutligt beslut av en nationell konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat. Jag anser det icke desto mindre helt motiverat att en nationell domstol ska ha rätt att begära ut ett sådant slutligt beslut, antingen med stöd av artikel 12.1 eller artikel 15.1 i förordning nr 1/2003, tillämpade analogt, eller med stöd direkt av artikel 4.3 FEU.

[48] Dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 101).

70. Även om en sådan faktor faktiskt kan vara en användbar indirekt indikator, kan den i sig knappast anses vara avgörande. För det första kräver det en viss grad av baklängesresonemang. Omvänd kausalitet kanske dock inte alltid fungerar. Den omständigheten att en myndighet har beräknat böterna på ett specifikt sätt snarare än på ett annat sätt kan ha orsaker som saknar samband med beslutets avsedda räckvidd. För det andra finns det numera en viss konvergens i de nationella myndigheternas praxis vad avser beräkningen av böter.[49] Denna praxis är emellertid inte fullständigt harmoniserad och bestäms säkerligen delvis av divergerande nationell lagstiftning och praxis.

71. Sammanfattningsvis är förtydligandet av den geografiska (och eventuellt tidsmässiga) räckvidden av BKA:s beslut en sakfråga som det ankommer på den nationella domstolen att bedöma. Den fråga som ska besvaras i ett tidigare skede, och som EU-domstolen är bättre placerad att besvara, är emellertid huruvida en nationell konkurrensmyndighet har rättslig behörighet att bestraffa en viss överträdelses extraterritoriella verkan.

b) Det territorium som en nationell konkurrensmyndighet enligt lag kan beakta

72. Skulle BKA, oavsett hur denna myndighet faktiskt gjorde, enligt lag kunnat ha fastställt och även beivrat överträdelsen av konkurrensreglerna på den österrikiska marknaden? Därvidlag går parternas ståndpunkt isär i förevarande mål.

73. Agrana har anfört att beslut som fattas av en nationell konkurrensmyndighet med tillämpning av artikel 101 FEUF inte kan vara begränsade till verkningarna inom det nationella territoriet. När nationella konkurrensmyndigheter tillämpar artikel 101 FEUF måste de analysera alla aspekter av den ifrågavarande konkurrensbegränsningen på den inre marknaden.

74. BWB har däremot gjort gällande att territorialitetsprincipen begränsar nationella konkurrensmyndigheters befogenhet att besluta om sanktioner till det nationella territoriet. Detta är också vad BWB gjorde genom att grunda beräkningen av de böter som skulle åläggas Südzucker på omsättningen på den österrikiska marknaden. Territorialitetsprincipen utesluter således ett åsidosättande av principen *ne bis in idem*, eftersom den geografiska räckvidden av det bestraffade beteendet alltid kommer att skilja sig åt. Den tyska regeringen har för sin del intagit en liknande ståndpunkt. En nationell konkurrensmyndighet kan bestraffa en överträdelse av konkurrensrätten endast såvitt avser dess eget territorium, vilket återspeglas i att böterna beräknas på grundval av företagets omsättning i den aktuella medlemsstaten.

75. Den belgiska regeringen anser att en nationell konkurrensmyndighet som tillämpar artikel 101 FEUF måste förfara på samma sätt som kommissionen skulle göra, det vill säga beakta alla den ifrågavarande konkurrensbegränsningens verkningar på den inre marknaden. Denna ståndpunkt har emellertid två begränsningar. För det första kan medlemsstatens konstitutionella rätt och traditioner förbjuda att en nationell konkurrensmyndighet bestraffar extraterritoriella verkningar. För det andra är det hursomhelst endast möjligt att bestraffa extraterritoriella verkningar om det har avtalats med den nationella konkurrensmyndighet vars territorium skulle beröras.

[49] Ett antal nationella konkurrensmyndigheter följde faktiskt redan tidigare kommissionens riktlinjer på denna punkt. Direktivet 2019/1, som dock inte är tidsmässigt tillämpligt (*ratione temporis*) i det nationella målet, harmoniserar dessutom vissa aspekter av åläggandet av böter i kapitel V.

76. Som utgångspunkt erinrar jag om att lagföring och bestraffning traditionellt har reglerats av territorialitetsprincipen. Det är naturligtvis möjligt att en stat försöker ”nå utanför sina gränser” och bestraffa ageranden som ägt rum någon annanstans. Detta skulle kunna inträffa i situationer som regleras av särskilda behörighetsregler, antingen med avseende på vissa typer av personer (det vill säga ifrågavarande stats egna medborgare) eller med avseende på vissa typer av överträdelser (det vill säga antingen brott som kränker denna stats intressen oavsett var de begåtts, eller vissa typer av avskyvärda brott som är föremål för universell behörighet och så vidare).

77. Det avgörande med alla dessa fall av effektiv extraterritorialitet är emellertid att de kräver en *uttrycklig rättslig grund*, om så i nationell eller internationell rätt eller i unionsrätten. Ett mer aktuellt exempel på ett sådant extraterritoriellt bemyndigande i unionsrätten som är värt att notera är den ansvariga tillsynsmyndighetens behörighet enligt systemet med en enda kontaktpunkt i förordning (EU) 2016/679 (nedan kallad den allmänna dataskyddsförordningen) att utreda och vid behov bestraffa all den personuppgiftsansvariges eller personuppgiftsbiträdets gränsöverskridande behandling inom Europeiska unionen.[50] Även om det skulle vara att gå för långt att påstå att de exakta gränserna för behörigheten inom detta system är oomstridda,[51] råder det ändå inget tvivel om att det existerar såväl ett materiellt förbud i fråga om lagenligheten av databehandling som en uttrycklig behörighetsklausul som ger en viss tillsynsmyndighet behörighet att agera extraterritoriellt vid tillämpningen av dessa materiella regler.

78. Vilken begreppsmässig ståndpunkt intas i förordning nr 1/2003 i detta avseende? Jag måste erkänna att det inte är så lätt att få grepp om.

79. Å ena sidan finns det tydliga indikationer på att en gränsöverskridande räckvidd har övervägts. Det som för det första utlöser de nationella myndigheternas skyldighet att tillämpa artiklarna 101 och 102 FEUF är att *handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas*. Detta kan även synas utlösa en nationell konkurrensmyndighets egen kapacitet att beivra och bestraffa de extraterritoriella verkningarna av en viss överträdelse.

80. För det andra förefaller artikel 13 i förordning nr 1/2003 bekräfta detta. I första punkten i denna bestämmelse föreskrivs att en nationell konkurrensmyndighet får avbryta sitt förfarande eller avvisa klagomålet om *samma* avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfarande *handläggs* av en annan myndighet.[52] På liknande sätt anges i andra punkten i denna bestämmelse att ett klagomål får avvisas när det har anhängiggjorts vid en nationell konkurrensmyndighet avseende ett avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande som redan har *handlagts* av en annan konkurrensmyndighet.[53]

81. För det tredje tycks tolkningen att en åtgärd av en nationell konkurrensmyndighet kan ha extraterritoriell räckvidd även bekräftas i kommissionens tillkännagivande om samarbete. I detta tillkännagivande preciseras, vad avser artikel 13, att uttrycket ”*handlägger ärendet*” i denna bestämmelse ”inte bara [omfattar] det fallet att ett klagomål har lämnats in till en annan

[50] Artikel 56.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (EUT L 119, 2016, s. 1).

[51] Såsom nyligen visats genom dom av den 15 juni 2021, Facebook Ireland m.fl. (C-645/19, EU:C:2021:483).

[52] Min kursivering. Även om det i denna bestämmelse föreskrivs att ”… det faktum att en myndighet handlägger ärendet *[utgör] ett tillräckligt skäl* för de övriga myndigheterna att avbryta sitt förfarande eller avvisa klagomålet”, anges det i tillkännagivandet om samarbete att en nationell konkurrensmyndighet inte är tvungen att avbryta eller avsluta förfarandet. Detta beror på att samarbetet enligt förordning nr 1/2003 styrs av flexibilitet. Kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter (EUT C 101, 2004, s. 43, punkt 22), (nedan kallat tillkännagivandet om samarbete).

[53] Min kursivering.

myndighet. Det omfattar fall där den andra myndigheten utreder eller har utrett ett ärende på eget initiativ.”[54] I tillkännagivandet anges vidare att artikel 13 ”kan åberopas om avtalet eller det samordnade förfarande[t] gäller samma överträdelser på samma relevanta geografiska marknad och produktmarknad”.[55]

82. I samma tillkännagivande preciseras dessutom uttrycket ”väl lämpad myndighet”, som förekommer i tillkännagivandet om samarbete, vad avser en viss överträdelse av konkurrensrätten.[56] Om en nationell konkurrensmyndighets behörighet i alla situationer är begränsad till det nationella territoriet, så är konceptet väl lämpad myndighet inte särskilt meningsfullt såvida man inte godtar att vissa delar av en överträdelse kan förbli obestraffade på grund av de territoriella gränserna för den ”väl lämpade myndighetens” behörighet. Om det däremot godtas att ett effektivt skydd för konkurrensen på den inre marknaden kan kräva att ett visst konkurrensbegränsande agerande utreds av en enda väl lämpad nationell konkurrensmyndighet, så borde verkligen en sådan nationell konkurrensmyndighet kunna utreda detta agerande i sin helhet så att inte någon del förblir obestraffad.

83. Hur det än förhåller sig med detta utgör tillkännagivandet om samarbete knappast en bindande rättsakt i unionsrätten och jag vågar påstå att omfattningen av möjligheten att ”avbryta eller avsluta” ett klagomålsförfarande enligt artikel 13.1 i förordning nr 1/2003 inte helt självklar. Vad emellertid artikel 13 antyder, om den tas som en helhet, är att territoriella överlappningar kan förekomma. Om varje nationell konkurrensmyndighets behörighet skulle vara strikt begränsad till det nationella territoriet, vad skulle det då vara för nytta med att avbryta eller avsluta förfarandet när en sådan myndighet ställdes inför att ett klagomål avseende samma agerande hade anhängiggjorts vid en annan nationell konkurrensmyndighet? Det finns naturligtvis en rad skilda, men ändå relaterade, ärenden som det kan vara rimligt att avbryta, men ”att avsluta” förefaller meningsfullt endast när båda de nationella konkurrensmyndigheterna har ställts inför samma sakföremål, med samma geografiska räckvidd.

84. Å andra sidan är det rimligt att medge att dessa endast är ”indirekta vinkar” om att extraterritorialitet övervägdes vid utformningen av förordning nr 1/2003. Utöver detta håller jag emellertid med den tyska regeringen om att en nyckelbestämmelse som faktiskt tydligt tillskriver nationella konkurrensmyndigheter behörighet att handlägga extraterritoriella förfaranden saknas i förordning nr 1/2003. Såsom nämnda regering så träffande har påpekat säger artikel 5 i förordning nr 1/2003, med rubriken ”Medlemsstaternas konkurrensmyndigheters behörighet”, där man normalt sett skulle förvänta sig att finna en sådan fullmaktsklausul, absolut ingenting om detta. Den utgör således inte en tillräcklig rättslig grund för en nationell konkurrensmyndighet att fatta ett extraterritoriellt beslut när en sådan grund inte föreskrivs i nationell rätt. Även den belgiska regeringen har gjort gällande att så är fallet.

85. Jag håller med dessa regeringar om att det, för att en nationell konkurrensmyndighet ska kunna utöva sina befogenheter extraterritoriellt, måste finnas en tillräcklig rättslig grund vilken, såsom unionsrätten för närvarande ser ut, endast kan härledas ur den nationella rättsordningen. Det kan i korthet tilläggas att den tyska regeringen vid den muntliga förhandlingen uppgav att någon sådan rättslig grund inte kunde återfinnas i tysk rätt heller.

[54] Ibidem, punkt 20.

[55] Ibidem, punkt 21.

[56] En nationell konkurrensmyndighet kan anses vara väl lämpad när, för det första, avtalet eller det samordnade förfarandet har en väsentlig direkt faktisk eller förväntad inverkan på konkurrensen inom myndighetens behörighetsområde eller genomförs eller har sitt ursprung inom myndighetens behörighetsområde, när, för det andra, myndigheten effektivt kan bringa överträdelsen att upphöra fullständigt och när, för det tredje, myndigheten kan, eventuellt med bistånd från andra myndigheter, inhämta den bevisning som behövs för att styrka att en överträdelse föreligger. Ibidem, punkt 8.

86. Jag vill understryka att denna utsaga görs med full respekt för ordalydelsen i artikel 101 FEUF, där det faktiskt anges som ett av villkoren för dess tillämplighet att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas. Jag finner det emellertid inte möjligt att tolka artikel 101 FEUF, som i huvudsak är en materiell bestämmelse, så, att den även utgör en fullmaktsklausul, som ger varje nationell konkurrensmyndighet behörighet att beivra och bestraffa konkurrensbegränsande beteenden var som helst inom Europeiska unionen. [57]

87. Jag föreslår således att den tredje frågan ska besvaras så, att den omständigheten att en nationell konkurrensmyndighet beaktade de extraterritoriella verkningarna av ett visst konkurrensbegränsande agerande i ett tidigare beslut, förutsatt att den hade rätt att göra det enligt nationell rätt, är relevant för en senare prövning av huruvida principen *ne bis in idem* är tillämplig. Artikel 50 i stadgan utgör hinder för att en nationell konkurrensmyndighet eller en domstol bestraffar ett konkurrensbegränsande agerande som redan varit föremål för ett tidigare förfarande som avslutats genom ett lagakraftvunnet beslut av en annan nationell konkurrensmyndighet. Detta förbud gäller dock endast i den mån föremålet för de båda förfarandena har samma tidsmässiga och geografiska omfattning.

C. Principen ne bis in idem i förfaranden som avser tillämpning av ett program för förmånlig behandling

88. Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida principen *ne bis in idem* är tillämplig i förfaranden som avser program för förmånlig behandling och där böter av detta skäl inte åläggs.

89. Jag anser att denna fråga måste besvaras jakande.

90. Såsom den italienska regeringen helt korrekt har erinrat om skyddar, för det första, principen *ne bis in idem* på begreppsmässig nivå inte bara mot att ytterligare böter åläggs för samma överträdelse, utan även mot förnyad lagföring. [58] Enligt min mening utgör det i sig ett åsidosättande av den garanti som stadfästs i artikel 50 i stadgan att inleda ett andra förfarande i samma ärende. Av de skäl som jag har redogjort för i detalj i mitt förslag till avgörande i målet bpost [59], delar jag på den punkten inte heller den uppfattning som EU-domstolen uttryckte i domen i målet Menci. [60]

[57] Mot bakgrund av dessa överväganden kan man så här i efterhand endast beundra klarheten i kommissionens ursprungliga förslag till lydelse på denna punkt (se fotnot 40) och beklaga att den inte behölls.

[58] Se, exempelvis, dom av den 3 april 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, punkterna 29 och 30).

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

[60] Den hänskjutande domstolens fjärde fråga illustrerar nämligen väl ett av de begreppsmässiga problemen med domen i målet Menci. Jag förmodar att om rättsstridigheten enbart fastställdes, utan att någon sanktion ålades, skulle det sannolikt per definition uppfylla proportionalitetsinslaget i den omtvistade begränsningen i artikel 52.1 i stadgan. Två parallella förfaranden mot samma företag som inletts till följd av två förfaranden för förmånlig behandling skulle i så fall aldrig kunna strida mot principen ne bis in idem, eftersom inga böter har ålagts. Återigen kan dock principen ne bis in idem inte reduceras till en efterhandsgranskning av huruvida de sammanlagda sanktionerna är proportionerliga.

91. För det andra avser den fjärde frågan en situation där förfarandet vid en nationell konkurrensmyndighet avser ett företags ansökan om att få omfattas av ett program för förmånlig behandling. Ett sådant program möjliggör för förmånlig behandling av företag som har beslutat att samarbeta med respektive konkurrensmyndighet i dess utredning av överträdelser av artikel 101 FEUF. [61]

92. Immunitet mot, eller nedsättning av, böter garanteras emellertid inte på något sätt automatiskt. Sådan immunitet eller nedsättning är avhängig ett antal villkor, där den gemensamma nämnaren är ”mervärdet” av företagets samarbete för att upptäcka och utkräva ansvar för det förbjudna avtalet. [62] Beroende på omständigheterna kan den som ansöker om förmånlig behandling beviljas (eller inte beviljas) full eller partiell immunitet då en överträdelse av konkurrensrätten från sökandens sida har blivit officiellt fastställd. [63] Även om det är sannolikt att genomförandet eller utgången av nationella förfaranden påverkas av en ansökan om förmånlig behandling, utgör de till syvende och sist ändå förfaranden i egen rätt som kräver deltagande av alla berörda företag, inbegripet det som ansökt om förmånlig behandling.

93. Även om allt går bra för det företag som berörs av programmet för förmånlig behandling, och full immunitet mot böter i slutänden beviljas, kommer förfarandet för det tredje ändå att leda till att den som ansökt om förmånlig behandling förklaras skyldig till att ha överträtt konkurrenslagstiftningen. Vad jag förstår är det således fortfarande, metaforisk talat, fråga om att ”fastställa skulden” enligt nationell rätt. Ett sådant fastställande kan få stor betydelse i framtiden för det eller de berörda företagen. Om företaget i framtiden på nytt befinns vara skyldigt till en överträdelse av konkurrensrätten kan den tidigare fällande domen och ”återfallet” sannolikt leda till en automatisk höjning av böterna. Samtidigt kan det inte uteslutas att den omständigheten att en behörig offentlig myndighet eller en domstol officiellt har fastställt att företaget har begått en rättsstridig handling, vilket är ett avgörande vartill allmänheten sannolikt får tillgång, [64] kan åberopas av enskilda parter som söker ersättning för den skada som orsakats av det ifrågavarande konkurrensbegränsande beteendet. [65]

94. Kort sagt ser jag inte någon principiell anledning till varför tillämpligheten och räckvidden av principen *ne bis in idem* ska bedömas annorlunda på grund av att det ifrågavarande konkurrensrättsliga förfarandet avser ett program för förmånlig behandling, även om denna ansökan faktiskt leder till full immunitet mot böter. Mot bakgrund av detta instämmer jag

[61] Se exempelvis artikel 2 led 15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser (EUT L 349, 2014, s. 1). Se även artikel 2.1 led 16 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1.

[62] Se vidare kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT C 298, 2006, s. 17, punkt 8).

[63] De konkreta formerna beror på nationell rätt. BWB har förklarat att ett förfarande som inleds till följd av en ansökan om förmånlig behandling är ett civilrättsligt förfarande som inte är kontradiktoriskt och som omfattas av artikel 38 i 2005 Kartellgesetz. Till skillnad från förfarandet inför kommissionen är det nationella förfarandet inte integrerat i det övergripande förfarande som innefattar alla andra parter, utan är i stället ett fristående förfarande. Det medför inte att böter åläggs eller att dessa böter sätts ned till noll. Den hänskjutande domstolen konstaterar i stället att en överträdelse har begåtts efter det att BWB beviljat immunitet.

[64] Om det i ett domstolsavgörande fastställs att konkurrensreglerna överträtts och det därutöver innehåller all den samlade bevisning som utgör del av det rättsliga resonemanget, så förefaller det vara uteslutet att tillämpa skyddsmekanismerna i kapitel II i direktiv 2014/104. Det är emellertid inte sannolikt att situationen är särskilt annorlunda när det gäller nationella konkurrensmyndigheters slutliga beslut om överträdelse (till skillnad från enbart inlagor och bevisning som inges inom ramen för förfaranden för förmånlig behandling, såsom de som räknas upp i artikel 6.6 i direktiv 2014/104).

[65] Vilket därmed avlägsnar den tunga bevisbördan som en enskild målsägande som önskar väcka en ”fristående” talan om skadestånd för överträdelsen av konkurrensreglerna sannolikt ställs inför för att kunna påvisa just det specifika innehållet i ett sådant avgörande – att en överträdelse av konkurrensreglerna har ägt rum. Se vidare, nyligen, mitt förslag till avgörande i målet Stichting Cartel Compensation och Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, punkterna 93–96).

således inte i kommissionens sakligt sett tämligen ovidkommande argument att tillämpningen av principen *ne bis in idem* bör bero på om det fortfarande finns en möjlighet att Nordzucker förlorar sin ställning som sökande av förmånlig behandling och således fortfarande kan åläggas böter.

95. Jag föreslår således att den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras så, att principen *ne bis in idem*, som stadfästs i artikel 50 i stadgan, även är tillämplig i samband med ett nationellt förfarande som avser ett program för förmånlig behandling och som inte leder till åläggande av böter.

V. Förslag till avgörande

96. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) på följande sätt:

1. Tillämpligheten av principen ne bis in idem, som stadfästs i artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, beror på prövningen av villkoret idem, som definieras av att regelöverträdaren, de relevanta faktiska omständigheterna och det skyddade rättsliga intresset överensstämmer.

2. Frågan huruvida unionens konkurrenslagstiftning och den nationella konkurrenslagstiftningen skyddar samma rättsliga intresse måste fastställas genom en granskning av de specifika bestämmelser som tillämpas. Detta innefattar en bedömning av huruvida de ifrågavarande nationella reglerna avviker från unionsreglerna. När konkurrensmyndigheterna i två medlemsstater tillämpar artikel 101 FEUF och motsvarande bestämmelse i nationell konkurrensrätt skyddar de samma rättsliga intresse.

3. Den omständigheten att en nationell konkurrensmyndighet beaktade de extraterritoriella verkningarna av ett visst konkurrensbegränsande agerande i ett tidigare beslut är, förutsatt att myndigheten hade rätt att göra det enligt nationell rätt, relevant för prövningen av huruvida principen *ne bis in idem* är tillämplig i ett senare förfarande. Artikel 50 i stadgan utgör hinder för att en nationell konkurrensmyndighet eller en domstol bestraffar ett konkurrensbegränsande agerande som redan har varit föremål för ett tidigare förfarande som avslutats genom ett lagakraftvunnet beslut av en annan nationell konkurrensmyndighet. Detta förbud gäller dock endast i den mån föremålet för de båda förfarandena har samma tidsmässiga och geografiska omfattning.

4. Principen *ne bis in idem*, som stadfästs i artikel 50 i stadgan, är även tillämplig i samband med ett nationellt förfarande som avser ett program för förmånlig behandling och som inte leder till åläggande av böter.

[i] — Förstasidan i denna text har varit föremål för en språklig ändring efter det att texten ursprungligen gjordes tillgänglig på internet.