Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA MICHALA BOBKA,
predstavljeni 2. septembra 2021 [1]

Zadeva C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
proti
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija))

„Predhodno odločanje – Konkurenca – Ravnanje, ki ga preiskujeta nacionalna organa, pristojna za konkurenco – Načelo *ne bis in idem* – Hkratna uporaba konkurenčnega prava Unije in nacionalnega konkurenčnega prava – Istovetnost varovanega pravnega interesa – Ozemeljski učinki odločbe nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco – Program prizanesljivosti“

I. Uvod

1. Družbi Nordzucker in Südzucker sta proizvajalki sladkorja. Nemški nacionalni organ, pristojen za konkurenco, je ugotovil, da sta ti družbi kršili člen 101 PDEU in nemško konkurenčno pravo. V postopku v glavni stvari avstrijski nacionalni organ, pristojen za konkurenco, zahteva ugotovitev, da sta ti družbi kršili člen 101 PDEU in avstrijsko konkurenčno pravo, pri čemer se očitno sklicuje na dejanske ugotovitve iz nemške odločbe.

2. V teh okoliščinah Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija) postavlja vprašanja o področju uporabe načela *ne bis in idem*, ki je določeno v členu 50 Listine Unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). V bistvu sprašuje, ali to načelo preprečuje vzporeden ali zaporeden postopek konkurenčnega prava v drugi državi članici glede tega, kar se zdi – vsaj delno – isto ravnanje?

3. V obravnavani zadevi se postavljata zlasti dve vprašanji. Prvič, katera merila naj bodo odločilna pri razlagi pojma *idem* za namene *ne bis in idem* v konkurenčnem pravu in na splošno v zvezi s členom 50 Listine? Ti vprašanji podrobno obravnavam v vzporednih sklepnih predlogih v zadevi bpost. [2] V tem obsegu se zato ti sklepni predlogi sklicujejo na analizo, ki je bila opravljena že v tisti zadevi. Drugič, posebnost predmetne zadeve je, da je treba znova opredeliti, kaj pomeni

[1] Jezik izvirnika: angleščina.

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

istovetnost upoštevnih dejstev v smislu načela *ne bis in idem*.[3] Predvsem pa je Sodišče – lahko bi se dodalo, ponovno – pozvano, naj pojasni svoje razumevanje istovetnosti varovanega pravnega interesa. Ali je podan isti varovani pravni interes v dveh nacionalnih postopkih, v katerih sta dva nacionalna organa, pristojna za konkurenco, uporabila isto določbo konkurenčnega prava Unije in svoja nacionalna konkurenčna pravila?

II. Pravni okvir

4. Člen 50 Listine, naslovljen „Pravica, da se za isto kaznivo dejanje kazensko ne preganja ali kaznuje dvakrat“, določa: „Nihče ne sme biti ponovno v kazenskem postopku ali kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil v Uniji v skladu z zakonom s pravnomočno sodbo že oproščen ali obsojen.“

5. V členu 101 PDEU so kot nezdružljivi z notranjim trgom prepovedani „vsi sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na notranjem trgu“.

6. Člen 3 Uredbe (ES) št. 1/2003,[4] naslovljen „Razmerje med členoma 81 in 82 Pogodbe in nacionalno zakonodajo o konkurenci“, določa:

„1. Kadar organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, ali nacionalna sodišča uporabljajo nacionalno zakonodajo o konkurenci za sporazume, sklepe podjetniških združenj ali za usklajena ravnanja v smislu člena 81(1) Pogodbe, ki lahko vplivajo na trgovanje med državami članicami v smislu navedene določbe, uporabljajo za te sporazume, sklepe ali usklajena ravnanja tudi člen 81 Pogodbe. Kadar organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, ali nacionalna sodišča uporabljajo nacionalno zakonodajo o konkurenci za zlorabo, ki je prepovedana s členom 82 Pogodbe, uporabljajo tudi člen 82 Pogodbe.

2. Uporaba nacionalne zakonodaje o konkurenci ne sme voditi k prepovedi sporazumov, sklepov podjetniških združenj ali usklajenih ravnanj, ki lahko vplivajo na trgovanje med državami članicami, a ne omejujejo konkurence v smislu člena 81(1) Pogodbe, ali izpolnjujejo pogoje iz člena 81(3) Pogodbe, ali jih ureja Uredba o uporabi člena 81(3) Pogodbe. Državam članicam ta uredba ne sme preprečevati, da na svojem ozemlju sprejmejo in uporabljajo strožjo nacionalno zakonodajo, ki preprečuje ali preganja enostransko ravnanje, v katero so vpletena podjetja.

3. Brez poseganja v splošna načela in druge določbe prava Skupnosti se odstavka 1 in 2 ne uporabljata v primerih, pri katerih organi, pristojni za konkurenco, in sodišča v državah članicah uporabljajo nacionalni zakon o nadzoru združevanja podjetij, niti ne preprečujeta uporabe določb nacionalnega prava, katerih cilji se pretežno razlikujejo od cilja členov 81 in 82 Pogodbe.“

[3] Kar je Sodišče v preteklosti že storilo, najbolj podrobno morda v sodbi z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205).

7. Člen 5, naslovljen „Pristojnosti organov, pristojnih za konkurenco v državah članicah“, določa:

„Organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, so pristojni za uporabo členov 81 in 82 Pogodbe v posameznih primerih. Za ta namen lahko po uradni dolžnosti ali na podlagi pritožbe izdajo naslednje odločbe, ki:

– zahtevajo odpravo kršitve,

– odredijo začasne ukrepe,

– sprejmejo zaveze,

– naložijo globe, periodične denarne kazni ali druge sankcije, predvidene po nacionalnem pravu.

Kadar na podlagi razpoložljivih informacij pogoji za prepoved niso izpolnjeni, se lahko odločijo, da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje.“

8. Člen 13 se nanaša na „Opustitev in ustavitev postopkov“:

„1. Kadar so organi, pristojni za konkurenco dveh ali več držav članic, sprejeli pritožbo po uradni dolžnosti ali v skladu s členom 81 ali členom 82 Pogodbe ukrepajo proti istemu sporazumu, sklepu združenja ali ravnanju, je dejstvo, da en organ obravnava primer, zadosten razlog za druge, da opustijo svoj postopek ali zavržejo pritožbo. Komisija lahko prav tako zavrže pritožbo z utemeljitvijo, da primer že obravnava organ, pristojen za konkurenco v eni od držav članic.

2. Kadar organ, pristojen za konkurenco, ali Komisija prejme pritožbo proti sporazumu, sklepu združenja ali ravnanju, ki jo je že obravnaval neki drug organ, pristojen za konkurenco, jo zavrže.“

III. Dejansko stanje, nacionalni postopek in vprašanja za predhodno odločanje

9. Družbi Nordzucker in Südzucker sta nemški proizvajalki sladkorja. Družbo Agrana obvladuje družba Südzucker. Ima tovarne sladkorja v Avstriji in vzhodni Evropi.

10. Iz zgodovinskih razlogov ter zaradi homogenosti proizvoda in visokih stroškov prevoza je bil nemški trg sladkorja razdeljen na osrednja prodajna območja velikih nemških proizvajalcev. Zaradi prizadevanj tujih proizvajalcev sladkorja za vstop na nemški trg je najpozneje leta 2004 prišlo do več srečanj med vodjema prodaje družb Nordzucker in Südzucker. Na teh srečanjih je bilo posebej poudarjeno, da se je pomembno izogniti novo nastalemu konkurenčnemu pritisku, tako da si nemška podjetja medsebojno ne konkurirajo s prodiranjem na njihova tradicionalna osrednja prodajna območja.

11. Proti koncu leta 2005 in na začetku leta 2006 je družba Agrana ugotovila, da nekatere njene avstrijske stranke nabavljajo sladkor od slovaške hčerinske družbe družbe Nordzucker. Direktor družbe Agrana je vodjo prodaje družbe Südzucker v telefonskem pogovoru 22. februarja 2006 obvestil o teh dobavah in ga vprašal, ali pozna koga pri družbi Nordzucker, s komer bi lahko govoril o tem. Vodja prodaje družbe Südzucker je nato poklical vodjo prodaje družbe Nordzucker. Pritožil se je zaradi dobav v Avstrijo in nakazal, da bi to lahko imelo posledice za

nemški trg. Vodja prodaje družbe Nordzucker je imel izrecna navodila, naj se na to zahtevo ne odzove. Vendar je odgovornemu za prodajo slovaške hčerinske družbe družbe Nordzucker jasno povedal, da ne želi, da bi se izvozi v Avstrijo povečali.

12. Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence, Nemčija; v nadaljevanju: BKA), nemški nacionalni organ, pristojen za konkurenco je z odločbo z dne 18. februarja 2014 družbi Südzucker naložil globo v višini 195.500.000 EUR, v bistvenem zato, ker je v Zvezni republiki Nemčiji kršila prepoved sporazumov med konkurenčnimi podjetji, ki bi lahko vplivali na trgovanje med državami članicami in katerih cilj ali učinek je preprečiti, omejiti ali izkriviti delovanje konkurence na enotnem trgu. BKA je ugotovil, da so družbi Nordzucker in Südzucker ter tretja nemška družba sodelovale tako, da so spoštovale svoja osrednja prodajna področja za sladkor za predelovalno industrijo in sladkor za gospodinjstva. V odločbi BKA je tudi povzeta vsebina zgoraj navedenega telefonskega pogovora z dne 22. februarja 2006 v zvezi z Avstrijo.

13. Postopek v glavni stvari se je začel, ko je družba Nordzucker vložila prošnjo za prizanesljivost v Avstriji. Bundeswettbewerbsbehörde (avstrijski organ, pristojen za konkurenco; v nadaljevanju: BWB) je predlagal, naj se v zvezi z družbo Nordzucker ugotovi, da je ta kršila člen 101 PDEU in upoštevne določbe nacionalnega zakona o omejevalnih sporazumih. V zvezi z družbo Südzucker je BWB predlagal, naj se ji naloži globa v višini 12.460.000 EUR za obdobje od 1. januarja 2005 do 21. septembra 2006. BWB je prav tako predlagal naložitev dodatne globe v višini 15.390.000 EUR za solidarno odgovornost družb Südzucker in Agrana za obdobje od 22. septembra 2006 do 31. oktobra 2008.

14. Prvostopenjsko nacionalno sodišče je ta predlog zavrglo. Presodilo je, da BWB nima pravnega interesa za ugotovitveno odločbo zoper družbo Nordzucker. Razlog za to je, da je družba Nordzucker podjetje, pri katerem se BWB glede na program prizanesljivosti ni odločil zahtevati naložitve globe. Za obdobje do 22. februarja 2006 naj ne bi bilo znakov, da je bila Avstrija vključena v osnovni sporazum glede spoštovanja tradicionalnih nemških prodajnih območij, tudi ne implicitno.

15. Prvostopenjsko sodišče pa je prav tako ugotovilo, da bi zahteva iz telefonskega pogovora z dne 22. februarja 2006 lahko vsaj zavirala dobave slovaške hčerinske družbe družbe Nordzucker v Avstrijo. S poznejšo uresničitvijo te zahteve naj bi zato med družbama Nordzucker in Südzucker prišlo do protikonkurenčnega sporazuma, ki je v nasprotju s členom 101(1) PDEU. Vendar pa je to sodišče presodilo, da če sankcija, ki jo je že izrekel drug nacionalni organ, pristojen za konkurenco, zajema določen vidik ravnanja, bi bilo ponovno sankcioniranje v nasprotju z načelom *ne bis in idem*. Po stališču tega sodišča naj bi to vsekakor veljalo za sporazum z dne 22. februarja 2006.

16. BWB je vložil pritožbo pri Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče), predložitvenem sodišču. Predlaga, naj se na podlagi dogovora, sklenjenega v telefonskem pogovoru z dne 22. februarja 2006, ugotovi, da je družba Nordzucker kršila člen 101 PDEU in upoštevne določbe nacionalnega prava. V zvezi z družbo Südzucker BWB prav tako predlaga, naj se ji zaradi istih kršitev naloži globa. BWB oporeka uporabi načela *ne bis in idem* s strani prvostopenjskega sodišča. Navaja, da se pri tej oceni ni upoštevalo, za katera območja in ob upoštevanju katerega prometa je bila izrečena globa. Prvostopenjska odločba po stališču BWB tudi nasprotuje decentraliziranemu izvajanju konkurenčnega prava EU v skladu z Uredbo št. 1/2003, ki dopušča vzporedno ukrepanje več nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco.

17. Predložitveno sodišče navaja, da je BKA oglobil družbo Südzucker za ravnanja, ki vključujejo telefonski pogovor z dne 22. februarja 2006, kar je edina upoštevna kršitev v zadevi, ki jo obravnava. To sodišče se prav tako sklicuje na sodno prakso Sodišča, v skladu s katero je uporaba načela *ne bis in idem* odvisna od trojnega pogoja istovetnosti kršitelja, upoštevnih dejstev in varovanega pravnega interesa. Prav tako opozarja na nekolikšno neskladje, ki ga vidi med merilom varovanega pravnega interesa in pristopom, ki se uporablja na drugih področjih prava Unije, kjer je uporaba načela *ne bis in idem* pogojena le z istovetnostjo kršitelja in dejstev.

18. Predložitveno sodišče ugotavlja, da sodna praksa Sodišča ne nudi usmeritev v zvezi z uporabo načela *ne bis in idem* v položaju, kadar dva nacionalna organa, pristojna za konkurenco, uporabljata pravo Unije in nacionalno konkurenčno pravo v dveh postopkih, ki se nanašata na ista dejstva in istega kršitelja. Predložitveno sodišče prav tako navaja, da nič takega ne izhaja iz Uredbe št. 1/2003. Poleg tega se navedeno sodišče sprašuje, ali je dejstvo, da je nacionalni organ, pristojen za konkurenco, upošteval učinke zadevne kršitve v drugi državi članici, pomembno za uporabo načela *ne bis in idem* in ali je v zvezi s tem kakor koli upoštevno, da je postopek v glavni stvari zajemal prošnjo družbe Nordzucker za prizanesljivost.

19. V teh okoliščinah je Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v prehodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali se tretje merilo, izoblikovano v sodni praksi Sodišča na področju konkurenčnega prava v zvezi z uporabo načela *ne bis in idem*, da mora iti za isti varovani pravni interes, uporablja tudi takrat, kadar organi dveh držav članic, pristojni za konkurenco, v zvezi z istim dejanskim stanjem in istimi osebami poleg določb nacionalnega prava uporabijo tudi iste določbe prava Unije (v obravnavanem primeru člen 101 PDEU)?

Če je odgovor na to vprašanje pritrdilen:

2. Ali gre v takem primeru vzporedne uporabe evropskega in nacionalnega konkurenčnega prava za isti varovani pravni interes?

3. Ali je za uporabo načela *ne bis in idem* poleg tega pomembno, ali so se v odločbi organa države članice, pristojnega za konkurenco, o naložitvi globe, ki je bila izdana najprej, upoštevali dejanski učinki kršitve konkurenčnega prava na drugo državo članico, katere organ, pristojen za konkurenco, je v postopku konkurenčnega prava, ki ga je vodil, odločil pozneje?

4. Ali gre tudi pri postopku, v katerem je zaradi sodelovanja udeleženca v nacionalnem programu prizanesljivosti mogoče samo ugotoviti njegovo kršitev konkurenčnega prava, za postopek, v katerem velja načelo *ne bis in idem*, ali pa je taka ugotovitev kršitve mogoča ne glede na odločitev v prejšnjem postopku v zvezi z naložitvijo globe (v drugi državi članici)?“

20. Pisna stališča so predložili družba Südzucker, družba Agrana, BWB, belgijska, nemška in italijanska vlada ter Evropska komisija. Družba Südzucker, družba Agrana, BWB, belgijska, nemška in poljska vlada ter Komisija so ustno predstavili stališča na obravnavi 22. marca 2021. Ta obravnava je bila organizirana skupaj za to zadevo in zadevo C-117/20, bpost.

IV. Presoja

21. Ti sklepni predlogi so oblikovani tako. Na začetku analize bom naslovil upoštevnost prvega in drugega vprašanja (razdelek A). Nato bom obravnaval preizkus, ki bi po mojem mnenju moral biti upošteven za uporabo načela *ne bis in idem* v primerih s področja konkurenčnega prava in vseh drugih primerih, za katere velja člen 50 Listine (razdelek B). Posebno pozornost bom namenil vprašanju varovanega pravnega interesa v konkurenčnem pravu EU (razdelek B.1.), nato pa bom obravnaval istovetnost upoštevnih dejstev v določenem ozemeljskem in danem časovnem okviru (razdelek B.2.). Na koncu se bom osredotočil na upoštevnost ugotovitvene odločbe, ki se zahteva v nacionalnem postopku, brez naložitve globe, ker je tisti postopek zajemal prošnjo za prizanesljivost, za uporabo načela *ne bis in idem* v tem postopku (razdelek C).

A. Upoštevnost prvega in drugega vprašanja za predhodno odločanje

22. S prvim in drugim vprašanjem želi predložitveno sodišče od Sodišča izvedeti, ali se merilo varovanega pravnega interesa uporablja v okviru dveh nacionalnih postopkov, ki se nanašata na iste kršitelje in na isto dejansko stanje, v katerih nacionalna organa, pristojna za konkurenco, uporabita člen 101 PDEU in nacionalno konkurenčno pravo (prvo vprašanje). Če je merilo pravnega interesa upoštevno, predložitveno sodišče tudi sprašuje, ali evropsko in nacionalno konkurenčno pravo varujeta isti pravni interes (drugo vprašanje).

23. Čeprav formalni ugovor nedopustnosti ni bil vložen, po stališču BWB, nemške vlade in Komisije odgovor na prvo vprašanje (in v določeni meri na drugo vprašanje) ni odločilen za odločitev v tej zadevi. V bistvu menijo, da ni istovetnosti dejanskega stanja v postopku v glavni stvari, saj sta BKA in BWB zadevno protikonkurenčno ravnanje obravnavala le v okviru njunega nacionalnega ozemlja. Zato naj ne bi bilo razloga za presojo varovanega pravnega interesa.

24. Ne strinjam se s stališčem, da na prvo in drugo vprašanje ni treba odgovoriti.

25. Prvič in zlasti, ni jasno, ali je BKA svoje ukrepanje omejil na nemško ozemlje. Dejansko se zdi, da ni povsem jasno, kaj vse je ta nacionalni organ, pristojen za konkurenco, upošteval in katere posledice so iz tega sledile. Po mojem razumevanju zmeda izhaja iz tega, da je v odločbi BKA omenjen telefonski pogovor z dne 22. februarja 2006, v katerem je bil obravnavan avstrijski trg. Na ta pogovor se sklicuje tudi BWB v postopku v glavni stvari.

26. Vendar pa ni nobenega podatka, ki bi pojasnil, ali (in kako) se sporazum, ki izhaja iz tega pogovora, odraža pri ozemeljskem okviru postopka pred BKA in njegovi končni odločitvi. Predložitveno sodišče izraža dvome glede ozemeljske veljavnosti odločbe BKA. Poleg tega navaja, da odločba ne vsebuje podatkov o prometu, na podlagi katerega je bila izračunana globa, naložena družbi Südzucker.

27. K tem dvomom prispeva okoliščina, da prvo vprašanje izrecno omenja *isto dejansko stanje*. Tretje vprašanje se nato nanaša na *iste učinke* zadevne kršitve konkurenčnega prava. Če se upošteva vrstni red, v katerem so ta vprašanja predložena, se zdi, da predložitveno sodišče meni, da se postopek, ki ga je vodil BKA, in postopek pred tem sodiščem utegneta ozemeljsko prekrivati.

28. Drugič, jasno je, da predložitveno sodišče Sodišče naproša za navodila v zvezi z vprašanjem varovanega pravnega interesa. Medtem ko je dejansko verjetno, da se ta element obravnava po potrditvi istovetnosti kršitelja in upoštevnih dejstev, pa lahko posebnosti primera in načelo gospodarnosti postopka narekujeta drugačen vrstni red obravnavanja. Ta vrstni red bo določilo predložitveno sodišče.

29. Tretjič in dokaj postransko, a vendarle še vedno pomembno, nacionalno sodišče v zadevnem predlogu za sprejetje prehodne odločbe sprašuje o uporabi preizkusa *ne bis in idem*, ki se uporabi zlasti v postopkih s področja konkurenčnega prava in na splošno v zvezi s členom 50 Listine. Glede na navedeno menim, da bi bilo precej nenavadno in zagotovo v neskladju z duhom pravosodnega sodelovanja, če bi se Sodišče zgolj osredotočilo na enega od pogojev, ki morda ne bo izpolnjen (kar pa je v resnici vprašanje, na katero bo moralo odgovoriti predložitveno sodišče), ne da bi opredelilo, katera so druga merila tega preizkusa.

30. Skratka, glede na to, da ni mogoče izključiti, da se postopka na neki način dejansko prekrivata in da bi predložitveno sodišče morda želelo obravnavati vprašanje pravnega interesa pred vprašanjem istovetnosti dejanskega stanja, ni mogoče zavrniti domneve upoštevnosti,[5] ki velja za predloge za sprejetje predhodne odločbe. Zato predlagam, da Sodišče odgovori na prvo in drugo predloženo vprašanje.

B. Ne bis in idem v (konkurenčnem) pravu Unije: preizkus in njegovi elementi

31. Prvo in drugo vprašanje se nanašata na opredelitev preizkusa, s katerim se ugotavlja veljavnost načela *ne bis in idem* v zadevah s področja konkurenčnega prava, in v tem okviru zlasti na opredelitev pojma *idem*.

32. Začel bom s kratkim povzetkom razlogov, iz katerih sta se ti vprašanji pojavili. Moj predlog odgovora na *prvo* vprašanje se opira na analizo, opravljeno v mojih vzporednih sklepnih predlogih v zadevi bpost. Predlagam enoten preizkus *ne bis in idem* v skladu s členom 50 Listine ob upoštevanju trojne istovetnosti: kršitelja; upoštevnega dejanskega stanja; in varovanega pravnega interesa (podrazdelek 1).

33. Nato bom v odgovoru na *drugo* vprašanje naslovil vprašanje varovanega pravnega interesa v okviru konkurenčnega prava. V zvezi s tem bom zaključil, da kadar nacionalna organa, pristojna za konkurenco, uporabita člen 101 PDEU in ustrezne določbe nacionalnega prava, varujeta isti pravni interes (podrazdelek 2).

34. Nazadnje bom naslovil vprašanje, ali se postopka, ki sta obravnavana v zadevnem primeru, nanašata na isto dejansko stanje in ali do tega lahko pravno gledano sploh pride. Zaključil bom, da je vprašanje, ali je BKA upošteval učinke zadevne kršitve konkurenčnega prava v Avstriji, dejansko pomembno za uporabo načela *ne bis in idem* v postopku v glavni stvari, vendar pa dejansko sploh ni jasno (podrazdelek 3).

[5] Nazadnje na primer sodba z dne 29. aprila 2021, Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny z siedzibą (C-383/19, EU:C:2021:337, točki 29 in 30 ter navedena sodna praksa).

1. Preizkus: trojna istovetnost

35. Prvo in drugo vprašanje za predhodno določanje domnevno temeljita na večkratni potrditvi Sodišča, da v konkurenčnem pravu za zadostitev pogoja *idem* ni dovolj le istovetnost kršitelja in dejanskega stanja, temveč je nujna tudi istovetnost varovanega pravnega interesa.[6]

36. Sodna praksa v zvezi z *ne bis in idem* v konkurenčnem pravu Unije se je začela razvijati pred kakimi 50 leti s sodbo Sodišča v zadevi Wilhelm in drugi.[7] Ta zadeva se je nanašala na vzporedno nacionalno in nadnacionalno preiskavo protikonkurenčnega ravnanja. Stališče Sodišča, da „pravo Skupnosti in nacionalno pravo v zvezi s karteli različno obravnava kartele“,[8] je bilo pozneje dopolnjeno s pojasnilom, da je zaščita, ki jo nudi načelo *ne bis in idem*, v konkurenčnem pravu zagotovljena le takrat, kadar se drugi postopek nanaša ne le na istega kršitelja in dejansko stanje, temveč tudi na isti varovani pravni interes.[9] Ta razlaga načela je bila zlasti potrjena v zadevi Toshiba.[10] Kljub naraščajoči kritiki uporabe pogoja v zvezi z varovanim pravnim interesom, ki je ni bilo na drugih področjih prava Unije,[11] je bila ista razlaga nedavno potrjena v zadevi Slovak Telecom.[12]

37. Sodišče je obravnavanje *idem* izrecno omejilo zgolj na istovetnost kršitelja in ravnanj v sodni praksi v zvezi s členom 54 Konvencije o izvajanju schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985 med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah (v nadaljevanju: KISS).[13] V tem okviru je Sodišče presodilo, da je edino upoštevno merilo za preizkus pogoja *idem* „istovetnost dejanj, ki se razumejo kot celota konkretnih medsebojno neločljivo povezanih okoliščin“.[14] V sodni praksi, ki se nanaša na kombinacijo kazenskih in upravnih postopkov, je Sodišče podobno presodilo, „da člen 50 Listine ne nasprotuje temu, da država članica za *ista dejanja* nespoštovanja obveznosti prijavljanja podatkov v zvezi z DDV naloži kombinacijo davčnih in kazenskih sankcij“.[15] Pozneje je Sodišče pojasnilo, da „je s členom 50 Listine prepovedano za *ista dejanja* naložiti več sankcij

6 Glej zlasti sodbe z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, EU:C:2004:6, točka 338); z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, točka 97), in z dne 25. februarja 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, točka 43).

7 Sodba z dne 13. februarja 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

8 Prav tam, točka 3.

9 Sodbi z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, EU:C:2004:6, točka 338), in z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, točka 97). Glej tudi sodbo z dne 26. oktobra 2017, Marine Harvest/Komisija (T-704/14, EU:T:2017:753, točka 308).

10 Sodba z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, točka 97 in navedena sodna praksa).

11 Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točke od 114 do 122); sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, točka 45), in sklepne predloge generalnega pravobranilca E. Tancheva v zadevi Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, točka 95, opomba 34).

12 Sodba z dne 25. februarja 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, točka 43 in navedena sodna praksa).

13 UL 2000, L 239, str. 19.

14 Sodbe z dne 9. marca 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, točka 36); z dne 28. septembra 2006, Gasparini in drugi (C-467/04, EU:C:2006:610, točka 54); z dne 28. septembra 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, točka 48); z dne 18. julija 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, točka 26); z dne 16. novembra 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, točka 39), in z dne 29. aprila 2021, X (Evropski nalog za prijetje – *Ne bis in idem*) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, točka 71 in navedena sodna praksa), pri čemer je v zadnjenavedeni zadevi šlo kazen, ki jo je predhodno izrekla tretja država.

15 Sodba z dne 26. februarja 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, točka 34). Moj poudarek.

kazenske narave ob koncu različnih postopkov, ki potekajo v ta namen“.[16] Z usmeritvijo analize bolj v pojem *bis* je Sodišče dovolilo nadaljevanje drugega postopka glede istega predmeta, ob upoštevanju pogojev, določenih v klavzuli o omejevanju pravic v členu 52(1) Listine.[17]

38. Zdi se, da je trenutno preizkus Menci na splošno uporaben; uporabi se torej za vse položaje, ki spadajo v člen 50 Listine. To tudi dopušča vzporedno uporabo posebnih pravil, kot je člen 54 KISS ali člen 3(2) Okvirnega sklepa 2002/584/PNZ o evropskem nalogu za prijetje.[18] Vendar pa se zdi, da je privzeti preizkus sedaj zelo široko pojmovanje *idem factum* glede področja uporabe člena 50 Listine, v povezavi z velikodušnim „izhodom v sili“ v obliki možnosti omejevanja pravic na podlagi člena 52(1) Listine.

39. Ne želim ponavljati argumentov, zakaj menim, da je tak pristop težaven. Glede tega lahko zgolj napotim na mojo analizo v zadevi bpost.[19] Zato predlagam, da bi moral (enoten) preizkus *idem* v smislu člena 50 Listine temeljiti na trojni istovetnosti: kršitelja, upoštevnih dejstev in varovanega pravnega interesa.[20]

40. Zaradi pojasnitve tega izhodišča bom podrobneje obravnaval tista elementa preizkusa, ki sta bistvenega pomena v zadevnem primeru, in sicer istovetnost varovanega pravnega interesa (podrazdelek 2) in istovetnost dejanskega stanja (podrazdelek 3).

2. Istovetnost varovanega pravnega interesa

41. Čeprav je bil pogoj varovanega pravnega interesa v zadevah s področja konkurenčnega prava večkrat potrjen, pa, kolikor je meni znano, nikoli ni bil zares pojasnjen,[21] razen navedbe, da „izhaja vsaka nacionalna zakonodaja iz svoje presoje in upošteva restriktivna ravnanja le v tem kontekstu“.[22]

42. Konkretno vprašanje, ali konkurenčno pravo Unije in nacionalni konkurenčni zakoni varujejo isti pravni interes, je bilo Sodišču pred kratkim postavljeno v sodbi *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*.[23] Sodišče je ocenilo, da tega vprašanja ni potrebno nasloviti. Postopek v glavni stvari, čeprav se je nanašal na vzporedno uporabo nacionalnega in evropskega

[16] Sodba z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, točka 35). Moj poudarek. Glej pa tudi sodbo z dne 20. marca 2018, Garlsson Real Estate in drugi (C-537/16, EU:C:2018:193, točka 27), kjer se ponovno omenjajo *ista dejanja*.

[17] Dodati je mogoče, da je zamenljiva uporaba izrazov (upoštevna) dejstva in (upoštevna) dejanja morda prav tako delno prispevala k zmedi glede tega, kakšna je zahtevana vrsta in obseg istovrstnosti. Po ozki razlagi in v specifičnih okoliščinah bi se lahko „dejanje“ dejansko enačilo z „dejstvi“. Vendar pa je v nekaterih jezikih, in zagotovo v primeru abstraktne obravnave, pojem (kaznivo) dejanje širši, kot so njegovi zgolj dejanski elementi. Ne vključuje le tega, „kar se je zgodilo“, ampak tudi pravno oceno in opredelitev tega, kar se je zgodilo, kar posledično verjetno pomeni upoštevanje varovanega pravnega interesa, vsaj posredno, z opredelitvijo negativnih družbenih posledic zadevnega ravnanja.

[18] Okvirni sklep Sveta z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 34).

[19] bpost (zadeva C-117/20, točke od 101 do 117).

[20] V skladu z načeli, opredeljenimi prav tam, točke od 119 do 122.

[21] Sodišče se je (neposredno ali posredno) sklicevalo na stališče iz zadeve Wilhem in drugi glede razlik med nacionalno konkurenčno zakonodajo in konkurenčno zakonodajo ES na primer v sodbah z dne 10. julija 1980, Giry in Guerlain in drugi (253/78 in od 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, točka 15); z dne 16. julija 1992, Asociación Española de Banca Privada in drugi (C-67/91, EU:C:1992:330, točka 11); z dne 26. novembra 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, točka 19); z dne 9. septembra 2003, Milk Marque in National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, točka 61); z dne 13. julija 2006, Manfredi in drugi (od C-295/04 do C-298/04, EU:C:2006:461, točka 38), in z dne 1. oktobra 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, točka 50).

[22] Glej na primer sodbo z dne 10. julija 1980, Giry in Guerlain in drugi (253/78 in od 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, točka 15); z dne 9. septembra 2003, Milk Marque in National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, točka 61), in z dne 1. oktobra 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, točka 50).

[23] Sodba z dne 3. aprila 2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

konkurenčnega prava, je zadeval le en postopek pred nacionalnim organom, pristojnim za konkurenco. Sodišče se je zato omejilo zgolj na ugotovitev, da ni bil podan *bis*, ne da bi obravnavalo *idem*.

43. Medtem pa gre v zadevnem primeru povsem jasno za dva postopka, ki se nanašata na, kar je tu pomembno, iste kršitelje.[24] Razen če predložitveno sodišče v okviru obravnave tega vprašanja presodi, še preden bi naslovilo vprašanje varovanega pravnega interesa, da postopka obravnavata različna upoštevna dejstva, je torej vprašanje varovanega interesa očitno upoštevno.

44. Ali konkurenčno pravo Unije in nacionalno konkurenčno pravo varujeta isti pravni interes? Na splošno gledano, upoštevaje imperativ poštene in nemotene konkurence na notranjem trgu, nedvomno da. Vendar pa menim, da se analiza ne sme ustaviti na tej točki. Vprašanje varovanega pravnega interesa je treba obravnavati glede na konkretno določbo. Osredotočiti se mora na konkreten interes ali namen določbe, ki se uporabi, kaj ta določba sankcionira in zakaj.[25]

45. Po eni strani, abstraktno gledano, ni nobenega dvoma, da so sedaj konkurenčna pravila Unije in nacionalna konkurenčna pravila povečini usklajena. Ne glede na zgodovinske razloge, ki so navdihnili stališče v zadevi Wilhelm in drugi o različnosti konkurenčne zakonodaje Skupnosti in nacionalne konkurenčne zakonodaje,[26] je jasno, da je Uredba št. 1/2003 zbližala konkurenčno zakonodajo Unije in nacionalne konkurenčne zakone. Nujnost zbliževanja in sodelovanja se odraža tako v vsebini zadevne zakonodaje kot v institucijah, ki izvajajo to zakonodajo.

46. Glede vsebinskih določb Uredba št. 1/2003 nacionalne organe, pristojne za konkurenco, jasno pooblašča, da uporabijo člena 101 in 102 PDEU.[27] Prav tako določa pravila, katerih namen je zagotoviti doslednost pri njuni uporabi. Kljub temu pa so morda določbe Uredbe št. 1/2003 v zvezi z institucijami in postopki tiste, ki določajo precej zapleten sistem „Evropske mreže za konkurenco“, ki terja sodelovanje Komisije in nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, za zagotovitev enotnosti pri uporabi členov 101 in 102 PDEU. Poleg tega to, da je zakonodajalec Unije sprejel Direktivo (EU) 2019/1,[28] naslavlja zaznane pomanjkljivosti trenutnega sistema. Direktiva pooblašča nacionalne organe, pristojne za konkurenco, da učinkoviteje izvajajo člena 101 in 102 PDEU na področjih, na katera se nanašajo posamezna poglavja tega instrumenta.[29]

47. Glede na to sistemsko prenovitev je težko sprejeti stališče, da se evropska in nacionalna konkurenčna zakonodaja nista bolj zbližali, odkar je Sodišče obravnavalo njuno razmerje v zadevi Wilhelm in drugi. Taka misel se zdi pravilna, ne le če se upošteva natančno izrazoslovje, ki ga je

[24] Čeprav v obeh nacionalnih postopkih niso iste *vse* stranke, je konkretno glede družb Nordzucker in Südzucker očitna istovetnost kršitelja (kršiteljev).

[25] Podrobneje v mojih sklepnih predlogih v zadevi bpost, točke od 136 do 141, v povezavi s točkami od 142 do 151, kjer so dodatne ponazoritve.

[26] Natančneje, Sodišče je uporabilo izraz „pravo Skupnosti in nacionalno pravo v zvezi s karteli“. Sodba z dne 13. februarja 1969, Wilhelm in drugi (14/68, EU:C:1969:4, točka 3).

[27] Kar je delno veljalo že z Uredbo št. 17 glede členov 85 in 86 ES – Svet EGS: Uredba št. 17: Prva Uredba o izvajanju členov 85 in 86 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 3).

[28] Direktiva (EU) 2019/1 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o krepitvi vloge organov držav članic, pristojnih za konkurenco, da bodo učinkoviteje uveljavljali pravila konkurence, in o zagotavljanju pravilnega delovanja notranjega trga (UL 2019, L 11, str. 3).

[29] Kot je razvidno iz naslovov posameznih poglavij Direktive 2019/1, so ta področja neodvisnost in viri nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, pooblastila za izvajanje njihovih nalog, določanje glob, programi prizanesljivosti, medsebojna pomoč in zastaralni roki.

Sodišče uporabilo v tej sodbi, ko se je sklicevalo na „pravo Skupnosti in nacionalno pravo v zvezi s *karteli*“,[30] temveč tudi če se upošteva bolj splošno sklicevanje na „omejevalna ravnanja“[31] v poznejši sodni praksi.

48. Po drugi strani, kadar je pozornost usmerjena na posamezne določbe, ni mogoče reči z gotovostjo, da več ni (ali raje, da več ne more biti) odstopanj na določenih področjih konkurenčnih pravil.[32] Člen 3 Uredbe št. 1/2003 drugače kakor predhodna Uredba št. 17 ne ureja le razmerja med pravili konkurenčnega prava Unije in nacionalnega konkurenčnega prava, temveč tudi izrecno priznava, da v določenih primerih pravila nacionalnega konkurenčnega prava vsebinsko odstopajo od pravil Unije.

49. Glede nacionalnega izvajanja členov 101 in 102 PDEU iz člena 3(2) Uredbe št. 1/2003 izhaja, da države članice sporazumov, sklepov podjetniških združenj ali usklajenih ravnanj ne smejo podvreči strožjim pravilom, kot veljajo na ravni Unije. Vendar pa lahko države članice to storijo glede *enostranskega ravnanja* podjetij. Obstaja torej razlika v obsegu dopustnega prostora za posebna nacionalna pravila glede na to, ali je zadevno ravnanje zajeto s členom 101 PDEU ali členom 102 PDEU.

50. Poleg tega člen 3(3) Uredbe št. 1/2003 dopušča še več prostora za diferenciacijo, kadar gre za nacionalno zakonodajo o združevanju podjetij, in ohranja možnost nadaljnje uporabe nacionalnih predpisov, ki v pretežni meri zasledujejo cilj, ki se razlikuje od ciljev členov 101 in 102 PDEU. To dodatno potrjuje uvodna izjava 9 Uredbe št. 1/2003, v kateri je med drugim navedeno, da „[d]ržave članice […] na svojem ozemlju izvajajo nacionalno zakonodajo, ki prepoveduje ali nalaga sankcije za dejanja nepoštenega poslovnega ravnanja, enostranskega ali pogodbenega“.

51. V strukturnem smislu torej normativno medsebojno učinkovanje evropskih in nacionalnih pravil, urejeno v členu 3 Uredbe št. 1/2003, predvideva vsaj štiri različne primere. *Prvič*, podano je popolno vsebinsko prekrivanje položajev, ki spadajo na področje uporabe člena 101 PDEU in v katerih države članice ne morejo sprejeti strožjih pravil. *Drugič*, podano je pretežno, vendar pa ne popolno vsebinsko prekrivanje položajev, ki spadajo na področje uporabe člena 102 PDEU, kjer države članice lahko sprejmejo strožja pravila.[33] *Tretjič*, podana je delna usklajenost nadzora koncentracij. *Četrtič* in morda najpomembneje, za države članice je pridržan jasno opredeljen normativni prostor, kadar gre za nacionalna pravila, katerih namen je drugačen od namena členov 101 in 102 PDEU, pri čemer je nacionalno urejanje nepoštenih trgovinskih praks navedeno primeroma.

[30] Sodba z dne 13. februarja 1969, Wilhelm in drugi (14/68, EU:C:1969:4, točka 3). Moj poudarek.

[31] Glej na primer sodbo z dne 10. julija 1980, Giry in Guerlain in drugi (253/78 in od 1/79 do 3/79, EU:C:1980:188, točka 15).

[32] Komisija je v zakonodajnem postopku pred sprejetjem Uredbe št. 1/2003 ugotovila, da je veliko (od takratnih 15) držav članic sprejelo nacionalne zakone o konkurenci, ki so odražali vsebino členov 81 in 82 ES. Hkrati je priznala, da formalne uskladitve ni bilo in so razlike ostale tako v zakonodaji kot v praksi. Glej točko 1(A), „Kontekst“, tretji odstavek; in točko 2(C)(2)(a), drugi odstavek, obrazložitvenega memoranduma k Predlogu Uredbe Sveta o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe in spremembi Uredb (EGS) št. 1017/68, (EGS) št. 2988/74, (EGS) št. 4056/86 in (EGS) št. 3975/87 (Uredba o izvajanju členov 81 in 82 Pogodbe), COM(2000) 582 final (UL 2000, C 365E, str. 284).

[33] V zvezi z izrazom „strožja nacionalna zakonodaja“, ki je uporabljen v členu 3(2) Uredbe št. 1/2003, glej na primer Feteira, L. T., *The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: United (Should) We Stand*?, Wolters Kluwer Law International, 2015, str. od 62 do 67.

52. Člen 3 Uredbe št. 1/2003 torej priznava, da konkurenčno pravo Unije in nacionalni konkurenčni zakoni niso identični, vsaj ne v čisto vseh vidikih.[34] Vendar pa je ta potencialna razlika povezana z normativno kvaliteto interesa (ali namena), ki se uresničuje. Ne more temeljiti zgolj na drugačnem ozemeljskem obsegu.

53. Drugače povedano, ne verjamem, da je zgolj (kvantitativna) razlika v ozemeljskem obsegu iste kršitve, in torej zadevnega pravila, sama po sebi dokaz (kvalitativne) razlike pravnega interesa.[35] Medtem ko konkurenčno pravo Unije ureja položaje, v katerih je prizadeto trgovanje med državami članicami, pa nacionalno konkurenčno pravo velja za notranje položaje. Menim, da ta razlika kaže na ozemeljski doseg kršitve, morda v povezavi z resnostjo posega v varovani pravni interes, ne pa nujno na drugačno kvaliteto tega varovanega pravnega interesa.[36]

54. Poenostavljeno povedano, cenovni kartel, sklenjen in izvršen v Češki republiki, bo verjetno prizadel kvalitativno enak varovani pravni interes, ne glede na to, ali se bo na koncu in glede na trgovino med prizadetimi državami članicami v zvezi s tem uporabila le nacionalna določba, ki ustreza členu 101 PDEU,[37] ali člen 101 PDEU skupaj s tisto nacionalno določbo, ali morebiti zgolj člen 101 PDEU sam.

55. Za to sestavljeno sliko namreč velja splošno pravilo, v skladu s katerim nacionalna konkurenčna pravila veljajo le takrat, kadar pravo Unije ne določa posebnih pravil.[38] Vendar pa se vprašanje – če se dejansko oba sklopa pravil prekrivata, ali vsekakor kadar sankcionirata isto dejansko stanje – ali gre za isti varovani pravni interes na ravni Unije in nacionalni ravni, ugotavlja *in concreto* glede na konkretne določbe, ki se uporabijo za isti primer na obeh ravneh.

56. Če se ta pristop uporabi v zadevnem primeru, iz člena 3(1) Uredbe št. 1/2003 izhaja, da je treba, če nacionalni organ, pristojen za konkurenco (ali nacionalno sodišče), uporabi nacionalno pravo glede ravnanja v smislu člena 101 PDEU, ki prizadene trgovino med državami članicami, uporabiti tudi člen 101 PDEU. Drugače povedano, kadar zadevno ravnanje spada *tudi* na področje uporabe člena 101 PDEU, morajo nacionalni organi, pristojni za konkurenco, ali sodišča, *tudi* uporabiti to določbo.[39]

57. Dalje, kot jasno izhaja iz člena 3(1) in (2) Uredbe št. 1/2003, se izid uporabe nacionalnega prava za položaj, ki spada na področje uporabe člena 101 PDEU, *ne more razlikovati* od izida, kakršen bi bil, če bi se uporabil člen 101 PDEU. Ne glede na vprašanje, kaj je potem dodana

[34] Verjetno je zato generalna pravobranilka J. Kokott v sklepnih predlogih v zadevi Toshiba Corporation in drugi v bistvenem ugotovila, da prvotno stališče iz sodbe Walt Wilhem še vedno velja (C-17/10, EU:C:2011:552, točka 81).

[35] Glej tudi Nazzini, R., „Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis In Idem as a Limiting Principle“ v: van Bockel, B. (ur.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, str. 159.

[36] Glej mnenje generalnega pravobranilca D. Ruiza-Jaraboja, da „preizkus ozemeljskega dosega nezakonitega ravnanja ni vsebinski, ampak procesni, ker ne zadeva narave kršitve, ampak njeno intenzivnost.“ S pristopom v sodbi Wilhelm in drugi se ni strinjal in je navajal, da „pravila, ki zagotavljajo prosto konkurenco znotraj Evropske unije, ne dopuščajo ločevanja med posameznimi področji, področjem Skupnosti in nacionalnimi področij, kot če bi šlo za neprepustne oddelke. Oba sektorja zadevata nadzor proste in odprte konkurence na skupnem trgu, pri čemer jo en obravnava kot celoto in drugi po posameznih elementih, vendar pa je bistvo identično“. Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca D. Ruiza-Jaraboja v zadevi Aalborg Portland in drugi (C-217/00 P, EU:C:2003:83, točki 176 in 173 ter opomba 121) in njegove sklepne predloge v zadevi Aalborg Portland in drugi (C-213/00 P, EU:C:2003:84, točki 94, 91 in opomba 71).

[37] Postal člen 3 zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (zakon št. 143/2001 o varstvu konkurence), kakor je bil spremenjen.

[38] Glej v tem smislu sodbo z dne 3. maja 2011, Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, točka 33). Glej tudi sodbi z dne 5. junija 2014, Kone in drugi (C-557/12, EU:C:2014:1317, točka 32), in z dne 7. decembra 2010, VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, točki 56 in 57), iz katerih vsakokrat izhaja, da morajo nacionalna pravila zagotoviti „polni učinek konkurenčnega prava Unije“ in ne smejo nasprotovati učinkovitemu izvajanju tega prava s strani nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, kar je cilj Uredbe št. 1/2003.

[39] Iz zvezi s tem iz uvodne izjave 3 Direktive 2019/1 izhaja, da „[v] praksi večina NOK uporablja nacionalno konkurenčno pravo vzporedno s členoma 101 in 102 PDEU“.

vrednost vzporedne uporabe nacionalnega konkurenčnega prava v takem primeru,[40] si je vsekakor težko zamišljati, kako bi se lahko razlikovala namena zadevne nacionalne določbe in člena 101 PDEU. Poleg tega, kadar dva nacionalna organa, pristojna za konkurenco, nato uporabita isto določbo prava Unije, in sicer člen 101 PDEU, od katerega ne sme biti odstopanja na nacionalni ravni, potem je gotovo isti tudi konkretni varovani pravni interes, ki mu sledita nacionalna organa, pristojna za konkurenco.

58. Skratka, odgovor na drugo predloženo vprašanje bi se moral glasiti, da mora ugotovitev, ali konkurenčno pravo Unije in nacionalno konkurenčno pravo varujeta isti pravni interes, temeljiti na preučitvi konkretnih pravil, ki se uporabijo. To vključuje presojo, ali se upoštevna nacionalna pravila razlikujejo od pravil Unije. Kadar nacionalna organa dveh držav članic, pristojna za konkurenco, uporabita člen 101 PDEU in ustrezno določbo nacionalnega konkurenčnega prava, tedaj varujeta isti pravni interes.

3. Istovetnost upoštevnih dejstev: čas in prostor

59. Sedaj se bom lotil tretjega vprašanja. Predložitveno sodišče sprašuje, ali je pomembno, da je BKA upošteval učinek, ki ga je zadevni kartel imel v drugi državi članici, torej, kakor razumem, na avstrijskem trgu.

60. Odgovor na to vprašanje bo pritrdilen.

61. Kot je generalna pravobranilka J. Kokott navedla v sklepnih predlogih v zadevi Toshiba, so „[k]arteli […] prepovedani in so predmet pregona prav zato, ker so njihovi učinki škodljivi za konkurenco ali nanjo vsekakor lahko vplivajo neugodno“.[41] Prav tako je pripomnila, da „[v]prašanja, ali je bil cilj oziroma učinek takega ravnanja preprečiti, omejiti ali izkriviti delovanje konkurence, ni mogoče abstraktno presojati, temveč ga je treba vedno preučiti ob upoštevanju določenega časovnega obdobja in ozemlja“.[42]

62. Drugače povedano, za ugotovitev, ali drugi postopek preprečuje načelo *ne bis in idem*, je odločilna opredelitev časa in kraja, na katera se zadevna omejitev nanaša. V zadevi Toshiba se je Sodišče v zvezi s tem strinjalo z generalno pravobranilko in poudarilo, da ravnanja podjetij, katerega „cilj oziroma posledica [je] preprečiti, omejiti ali izkriviti konkurenco, namreč ni mogoče presojati abstraktno, ampak ga je treba preučiti glede na *ozemlje* […], na katerem je zadevno ravnanje imelo tak cilj ali tako posledico, in *obdobje*, v katerem je zadevno ravnanje imelo tak cilj ali tako posledico“.[43] Po stališču Sodišča sta ozemlje in čas upoštevna elementa, ki tvorita istovetnost *dejstev*.[44]

[40] Ki je, moram priznati, še vedno ne vidim. Prvotni predlog Komisije za Uredbo št. 1/2003 je v osnutku člena 3 vseboval bolj logično pravilo, ki je določalo: „Pri sporazumih, sklepih podjetniških združenj ali usklajenih ravnanjih v smislu člena 81 Pogodbe in v primerih zlorabe prevladujočega položaja v smislu člena 82, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami, *se uporablja le konkurenčno pravo Skupnosti ob izključitvi konkurenčnega prava držav članic*.“ Moj poudarek. Glej Predlog Uredbe Sveta o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe in spremembi Uredb (EGS) št. 1017/68, (EGS) št. 2988/74, (EGS) št. 4056/86 in (EGS) št. 3975/87 (Uredba o izvajanju členov 81 in 82 Pogodbe), COM(2000) 582 final (UL 2000, C 365E, str. 284).

[41] Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točka 128).

[42] Prav tam, točka 129.

[43] Sodba z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, točka 99). Moj poudarek.

[44] Prav tam, točka 99. Glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točka 130).

63. V spodnjih razdelkih sklepnih predlogov se bom glede na navedeno na kratko dotaknil istovetnosti časa in kraja v postopku v glavni stvari. Prvič, glede na podatke v spisu lahko le domnevam, ali je BKA upošteval tudi učinke prepovedanega ravnanja na avstrijskem trgu (točka a). Drugič, naslovil bom vprašanje, na katero bo lahko najbolje odgovorilo Sodišče, in sicer, ali bi bilo takšno čezmejno sankcioniranje učinkov določenega ravnanja, ki se očitno kažejo v drugi državi članici, pravno sploh mogoče (točka b).

a) Ozemlje, ki ga je kot dejstvo upošteval BKA

64. V predlogu za sprejetje predhodne odločbe je navedeno, da odločba BKA povzema vsebino telefonskega pogovora z dne 22. februarja 2006 glede Avstrije. Medtem se BWB v pritožbi, o kateri sedaj odloča predložitveno sodišče, prav tako sklicuje na isti telefonski pogovor.

65. Povsem mogoče je, da se lahko ta telefonski pogovor nanaša na več geografskih trgov. V zvezi s tem pa ni jasno, ali je BKA dejansko upošteval učinke, ki ga je zadevni sporazum o razdelitvi trga imel na avstrijskem trgu, in kaj „upoštevanje učinkov“ dejansko pomeni v obravnavani zadevi.

66. Za zaščito, ki jo zagotavlja načelo *ne bis in idem*, ne zadošča, da se določeno ravnanje ali sklop dejstev omeni in ponovi nekje v odločbi. Ugotovljeno mora biti, da je isti dejanski element pravno upošteven, njegovi učinki pa morajo biti opredeljeni in ovrednoteni kot taki. Ali so bili v obravnavani zadevi takšni dejanski elementi v zvezi z zadevnim telefonskim pogovorom upoštevani pri ugotovitvi kršitve konkurenčnega prava, ki jo je sprejel BKA? Ali iz odločbe BKA izhaja, da je nacionalni organ, pristojen za konkurenco, preganjal in sankcioniral zadevni podjetji tudi glede avstrijskega trga? Ali pa je BKA ta pogovor upošteval kot dokazni element kršitve v zvezi z nemškim trgom? [45]

67. Domnevam, da bi odločitev nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, morala vsebovati tovrstno informacijo, bodisi sprva glede opredelitve upoštevnega trga, ali – še pomembneje – glede ugotovitve, kje in kdaj je po njegovem mnenju prišlo do kršitve konkurenčnih pravil.

68. Naloga predložitvenega sodišča je, da preuči in odgovori na ta vprašanja, če je potrebno, v sodelovanju z BKA, da bi se ugotovil dejanski obseg ukrepanja tega nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco. To sodelovanje je lahko posredno, s pomočjo BWB, [46] ali neposredno. [47]

69. Nazadnje, kot je predložitveno sodišče navedlo v predlogu in kot so opozorile nekatere od zainteresiranih strank, je BKA pri izračunu skupne višine globe upošteval promet zadevnih podjetij zgolj na ozemlju Nemčije. V zadevi Toshiba je Sodišče v podobnem okviru v zvezi s Komisijinim izračunom glob navedlo, da bi tak faktor lahko bil pomemben. [48]

[45] Iz dejanskega stanja v predmetni zadevi, kot ga je ugotovilo predložitveno sodišče (glej točko 11 zgoraj), je prav tako mogoče sklepati, da se je telefonski pogovor o avstrijskem trgu „upošteval“ kot posredni dokaz o nezakonitem omejevanju konkurence na nemškem trgu v obravnavanem obdobju.

[46] V skladu s členom 12(1) Uredbe št. 1/2003 je nacionalni organ, pristojen za konkurenco, vsekakor upravičen zahtevati končno odločbo drugega nacionalnega organa, vključno z deli, ki štejejo za zaupne.

[47] V Uredbi št. 1/2003 dejansko ni posebne določbe, ki bi nacionalnemu sodišču omogočala, da od druge države članice zahteva izvod končne odločbe nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco. Kljub temu menim, da bi bilo povsem upravičeno, če bi nacionalno sodišče imelo pravico zahtevati takšno končno odločbo, bodisi na podlagi členov 12(1) ali 15(1) Uredbe št. 1/2003, ki se uporabita po analogiji, bodisi neposredno na podlagi člena 4(3) PEU.

[48] Sodba z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, točka 101).

70. Čeprav bi tak faktor lahko bil dejansko uporaben posredni kazalnik, ga samega po sebi ni mogoče šteti za prepričljivega. Prvič, zahteva določeno mero vzvratnega razlogovanja. Vzvratna vzročnost pa morda ne deluje vedno: dejstvo, da je organ izračunal globo na neki način in ne na drugi, lahko temelji na razlogih, ki nimajo povezave z nameravanim področjem veljavnosti odločbe. Drugič, do sedaj se je praksa nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, v zvezi z izračunom glob nekoliko zbližala.[49] Vendar pa ta praksa ni povsem usklajena in bo delno temeljila na različnih nacionalnih predpisih in praksah.

71. Skratka, ugotovitev ozemeljskega (in potencialno časovnega) področja veljavnosti odločbe BKA je dejansko vprašanje, na katero mora odgovoriti nacionalno sodišče. Vprašanje, ki ga je treba obravnavati prej in za obravnavo katerega je Sodišče v primernejšem položaju, pa je, ali ima nacionalni organ, pristojen za konkurenco, pooblastilo, da sankcionira čezmejne učinke dane kršitve.

b) Ozemlje, ki ga lahko organ, pristojen za konkurenco, pravno upošteva

72. Ne glede na to, kaj je BKA dejansko storil, ali bi lahko pravno gledano upošteval in tudi sankcioniral kršitev konkurenčnih pravil na avstrijskem trgu? Glede tega so stališča strank in zainteresiranih strank v tem postopku različna.

73. Družba Agrana trdi, da odločbe nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, pri katerih se uporabi člen 101 PDEU, ne morejo biti omejene na učinke na nacionalnem ozemlju. Kadar nacionalni organi, pristojni za konkurenco, uporabijo člen 101 PDEU, morajo preučiti vse vidika zadevnega omejevanja konkurence na notranjem trgu.

74. Nasprotno BWB trdi, da načelo teritorialnosti omejuje pristojnost nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, za izrekanje sankcij na nacionalno ozemlje. Točno to naj bi BWB tudi storil, ko je izračun globe, naložene družbi Südzucker, oprl na promet na avstrijskem trgu. Načelo teritorialnosti naj bi torej izključevalo možnost kršitve načela *ne bis in idem*, ker naj bi se ozemeljski obseg sankcioniranega ravnanja vedno razlikoval. Nemška vlada zastopa podobno stališče. Nacionalni organ, pristojen za konkurenco, naj bi lahko kaznoval le kršitev konkurenčnega prava v razmerju do lastnega ozemlja, kar se odraža v tem, da se globa izračuna na podlagi prometa podjetja v zadevni državi članici.

75. Belgijska vlada meni, da mora nacionalni organ, pristojen za konkurenco, kadar uporabi člen 101 PDEU, postopati, kot bi postopala Komisija, torej z upoštevanjem vseh učinkov zadevnega omejevanja konkurence na notranjem trgu. V zvezi s tem pa obstajata dve omejitvi. Prvič, ustavno pravo in tradicije držav članic lahko nacionalnemu organu, pristojnem za konkurenco, prepovedujejo sankcioniranje čezmejnih učinkov. Drugič, sankcioniranje čezmejnih učinkov je vsekakor mogoče zgolj v dogovoru z nacionalnim organom, pristojnim za konkurenco, na katerega ozemlje se nanašajo.

76. Kot izhodišče naj ponovim, da je za pregon in kaznovanje tradicionalno veljalo načelo teritorialnosti. Seveda je mogoče, da bi država poskušala „seči preko svojih meja“ in želela kaznovati ravnanje, do katerega je prišlo drugje. Do tega lahko pride v položajih, za katere velja posebna pristojnost, bodisi v zvezi z določenimi osebami (in sicer njenimi lastnimi državljani)

[49] Številni nacionalni organi, pristojni za konkurenco, so dejansko že v preteklosti sledili navodilom Komisije v tej zvezi. Poleg tega nova Direktiva 2019/1, ki je sicer v postopku v glavni stvari *ratione temporis* ni mogoče uporabiti, v poglavju V harmonizira nekatere vidike naložitve glob.

bodisi v zvezi z določenimi vrstami kršitev (in sicer bodisi tistimi, ki ogrožajo interese te države, ne glede na to, kje so storjene, bodisi določenimi vrstami hudih zločinov, za katere velja univerzalna pristojnost, in tako naprej).

77. Vendar pa je pri vseh teh primerih dejanske izventeritorialnosti ključno to, da zahtevajo *izrecno pravno podlago*, bodisi v nacionalnem, mednarodnem ali pravu Unije. Opazen in nedaven primer takšnega izventeritorialnega pooblastila v pravu Unije so pristojnosti vodilnega nadzornega organa v okviru sistema „vse na enem mestu“ iz Uredbe (EU) 2016/679 (v nadaljevanju: GDPR), da preučijo in, če je potrebno, sankcionirajo celotno obdelavo, ki jo izvaja ta upravljavec ali obdelovalec na čezmejni ravni znotraj Unije.[50] Čeprav ni mogoče utemeljeno trditi, da so natančne meje pristojnosti v tem sistemu nesporne,[51] pa vendarle ni dvoma, da obstajajo tako vsebinske določbe v smislu zakonitosti obdelovanja podatkov, kot tudi izrecno pravilo o pristojnosti, ki posamezne nadzorne organe pooblašča, da pri uveljavljanju teh vsebinskih pravil delujejo čezmejno.

78. Kakšno je glede tega pojmovno stališče Uredbe št. 1/2003? Priznati moram, da tega ni tako enostavno ponazoriti.

79. Po eni strani obstajajo jasni znaki, da se je razmišljalo o čezmejnem dosegu. Prvič, obveznost, da nacionalni organi uporabijo člena 101 in 102 PDEU, nastane, če *bi lahko bila prizadeta trgovina med državami članicami*. Zdi se, da bi to lahko bil tudi sprožilec inherentne zmožnosti nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, da preganja in kaznuje izventeritorialne učinke zadevne kršitve.

80. Drugič, zdi se, da člen 13 Uredbe št. 1/2003 to potrjuje. Prvi odstavek tega člena določa, da lahko nacionalni organ, pristojen za konkurenco, opusti svoj postopek ali zavrže pritožbo, če isti sporazum, sklep združenja ali ravnanje že *obravnava* drugi organ.[52] Podobno drugi odstavek tega člena določa, da nacionalni organ, pristojen za konkurenco, zavrže pritožbo, kadar je prejel pritožbo proti sporazumu, sklepu združenja ali ravnanju, ki jo je že *obravnaval* neki drug organ, pristojen za konkurenco.[53]

81. Tretjič, zdi se, da razlago, da ima lahko ukrepanje nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, tudi čezmejni doseg, potrjuje tudi Obvestilo Komisije o sodelovanju. To obvestilo v zvezi s členom 13 določa, da izraz „*obravnava zadevo*“ „ne pomeni le, da pritožbo obravnava drug organ, temveč da poizveduje oziroma je poizvedoval o zadevi v svojem imenu“.[54] Obvestilo tudi določa, da „se je mogoče sklicevati na člen 13, če se sporazum ali ravnanje nanaša na iste kršitve oziroma na iste zadevne trge proizvodov in geografskih trgov“.[55]

[50] Člen 56(1) Uredbe (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (Splošna uredba o varstvu podatkov) (UL 2016, L 119, str. 1).

[51] Kot se je pred kratkim pokazalo v sodbi z dne 15. junija 2021, Facebook Ireland in drugi (C-645/19, EU:C:2021:483).

[52] Moj poudarek. Čeprav ta določba določa, da „[…] je dejstvo, da en organ obravnava primer, *zadosten razlog* za druge, da opustijo svoj postopek ali zavržejo pritožbo“, Obvestilo o sodelovanju določa, da nacionalni organ, pristojen za konkurenco, ni dolžan opustiti postopka ali zavreči pritožbo. Razlog za to je, da sodelovanje v skladu z Uredbo št. 1/2003 temelji na fleksibilnosti. Obvestilo Komisije o sodelovanju v okviru mreže organov, pristojnih za konkurenco (UL 2004, C 101, str. 43, točka 22; v nadaljevanju: Obvestilo o sodelovanju).

[53] Moj poudarek.

[54] Prav tam, točka 20.

[55] Prav tam, točka 21.

82. Poleg tega to obvestilo podrobno opredeljuje pojem „primeren organ“, ki se uporablja v Obvestilu o sodelovanju, glede na določeno kršitev konkurenčnega prava.[56] Če je pristojnost nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, v vseh položajih omejena na nacionalno ozemlje, potem pojem primernega organa ni smiseln, razen če se ne sprejme, da bodo nekateri elementi kršitve ostali nekaznovani zaradi ozemeljskih meja pristojnosti zadevnega „primernega organa“. Nasprotno, če velja, da lahko učinkovita zaščita konkurence na notranjem trgu terja, da protikonkurenčno ravnanje razišče le en primeren nacionalni organ, pristojen za konkurenco, potem mora tak nacionalni organ dejansko imeti možnost raziskati celotno ravnanje, tako da nobeden od njegovih delov ne ostane nekaznovan.

83. Vsekakor je treba navesti, da Obvestilo o sodelovanju ni pravno zavezujoč akt prava Unije in da obseg možnosti „opustitve postopka ali zavrženja“ pritožbe v skladu s členom 13(1) Uredbe št. 1/2003 ni povsem enoznačen. Vendar pa iz člena 13, če se bere kot celota, izhaja, da ozemeljsko prekrivanje lahko obstaja. Če bi bile pristojnosti vsakega nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, strogo omejene na nacionalno ozemlje, kakšen bi bil smisel opustitve postopka ali zavrženja pritožbe v primeru postopkov glede istega ravnanja, ki so v teku pred drugim nacionalnim organom za konkurenco? Seveda obstajajo številne različne, a vendar povezane zadeve, v primeru katerih je morda razumna opustitev, vendar pa se zdi, da je „zavrženje“ smiselno le, če je bila nacionalnima organoma, pristojnima za konkurenco, predložena ista zadeva, ki zajema isto geografsko področje.

84. Po drugi strani je treba priznati, da so to zgolj „posredni namigi“, da se je pri oblikovanju Uredbe št. 1/2003 razmišljalo o izventeritorialnosti. Razen tega pa se strinjam z nemško vlado, da v Uredbi št. 1/2003 ni določbe, ki bi dejansko jasno določala izventeritorialno veljavnost postopkov nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco. Kot je ta vlada utemeljeno navedla, člen 5 Uredbe št. 1/2003, naslovljen „Pristojnosti organov, pristojnih za konkurenco v državah članicah“, kjer bi običajno moralo biti tovrstno pravilo o pristojnosti, v zvezi s tem ničesar ne določa. Zato ne pomeni zadostne pravne podlage, da bi nacionalni organ, pristojen za konkurenco, izdal izventeritorialno odločbo, kadar ni take podlage v nacionalnem pravu. Tako stališče zastopa tudi belgijska vlada.

85. S tema vladama se strinjam, da je za čezmejno izvrševanje pooblastil nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, potrebna zadostna pravna podlaga, ki je lahko glede na sedanje stanje prava Unije le v nacionalnem pravnem sistemu. Morda velja dodati, da je na ustni obravnavi nemška vlada navedla, da tudi v nemškem pravu ni takšne pravne podlage.

86. Želim poudariti, da je to stališče podano ob upoštevanju člena 101 PDEU, ki kot enega izmed pogojev za uporabo dejansko zahteva, da je lahko prizadeta trgovina med državami članicami. Menim pa, da člena 101 PDEU, ki je v bistvu vsebinska določba, ni mogoče razlagati, kot da bi bila določba o pristojnosti, ki vsakemu nacionalnemu organu, pristojnem za konkurenco, podeljuje pooblastilo za pregon in kaznovanje vseh protikonkurenčnih ravnanj kjerkoli znotraj Evropske unije.[57]

[56] Nacionalni organ, pristojen za konkurenco, se lahko šteje za takega, če, prvič, ima sporazum ali ravnanje bistven neposredni dejanski ali predvidljiv učinek na konkurenco na njegovem ozemlju, se izvaja na njegovem ozemlju ali izvira z njegovega ozemlja; drugič, organ lahko učinkovito ustavi celotno kršitev; in tretjič, lahko zbere, po možnosti s pomočjo drugih organov, dokaze, potrebne za dokazovanje kršitve. Prav tam, točka 8.

[57] Glede na te preudarke se, gledajoč nazaj, lahko le občuduje jasnost prvotnega osnutka Komisije (opomba 40 zgoraj) in obžaluje, da ni bil sprejet.

87. Glede na navedeno predlagam, da se na tretje vprašanje odgovori tako, da je okoliščina, da je nacionalni organ, pristojen za konkurenco, upošteval čezmejne učinke zadevnega protikonkurenčnega ravnanja v prejšnji odločbi, če mu je to dopuščalo nacionalno pravo, pomembna za preučitev uporabe načela *ne bis in idem* v poznejšem postopku. Člen 50 Listine preprečuje, da bi nacionalni organ, pristojen za konkurenco, ali sodišče kaznovala protikonkurenčno ravnanje, ki je že bilo predmet predhodnega postopka, ki se je zaključil s končno odločbo drugega nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco. Ta prepoved pa velja le, če ima predmet obeh postopkov isto časovno in geografsko področje uporabe.

C. Načelo ne bis in idem v postopku, ki je zajemal prošnjo za prizanesljivost

88. S četrtim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali se načelo *ne bis in idem* uporabi v postopku, ki se je zajemal prošnjo za prizanesljivost in v katerem zato ni bilo naloženo plačilo globe.

89. Menim, da je treba na vprašanje odgovoriti pritrdilno.

90. Prvič, na pojmovni ravni, kot pravilno navaja italijanska vlada, načelo *ne bis in idem* ne varuje zgolj pred naložitvijo druge globe za isto kršitev, temveč tudi pred drugim pregonom.[58] Uvedba drugega postopka za isto kršitev je po mojem mnenju v nasprotju z zagotovilom iz člena 50 Listine. Iz razlogov, ki sem jih podrobno predstavil v sklepnih predlogih v zadevi bpost,[59] se v tej točki tudi jaz ne strinjam s stališčem, ki ga je Sodišče glede tega zavzelo v sodbi Menci.[60]

91. Drugič, četrto vprašanje se nanaša na položaj, v katerem nacionalni organ, pristojen za konkurenco, vodi postopek, v katerem podjetje uveljavlja ugodnosti iz programa prizanesljivosti. Tak program omogoča ugodnejše obravnavanje podjetij, ki so se odločila, da bodo sodelovala z zadevnim organom, pristojnim za konkurenco, pri preiskavi kršitev člena 101 PDEU.[61]

92. Vendar pa imuniteta ali zmanjšanje kazni nikakor nista avtomatično zagotovljeni. To je odvisno od številnih pogojev, katerih skupni imenovalec je „dodana vrednost“, ki jo je imelo sodelovanje podjetja za odkritje in kaznovanje prepovedanega sporazuma.[62] Glede na okoliščine se vlagatelju prošnje za prizanesljivost lahko (ali ne) podeli popolna ali delna imuniteta, medtem ko se njegova kršitev konkurenčnega prava ugotovi.[63] Čeprav je torej verjetno, da bo prošnja za prizanesljivost vplivala na izvedbo ali izid nacionalnega postopka, gre v končni fazi še vedno za samostojen postopek, ki zahteva sodelovanje vseh zadevnih podjetij, vključno z vlagateljem prošnje za prizanesljivost.

[58] Glej na primer sodbo z dne 3. aprila 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, točki 29 in 30).

[59] bpost (zadeva C-117/20, točke od 82 do 83 in od 107 do 110).

[60] Četrto vprašanje predložitvenega sodišča dejansko dobro ponazarja eno od konceptualnih težav v zadevi Menci. Predpostavljam, da zgolj ugotovitev nezakonitosti, ne da bi bila naložena kakršna koli sankcija, verjetno že po definiciji izpolnjuje element sorazmernosti zadevne omejitve iz člena 52(1) Listine. *A fortiori* dva vzporedna postopka proti istemu podjetju, ki sta bila uvedena na podlagi dveh postopkov prizanesljivosti, potemtakem nikakor ne bi mogla kršiti načela *ne bis in idem*, ker niso bile naložene globe. Vendar in ponovno, pa načela *ne bis in idem* ni mogoče omejiti na naknadno preverjanje sorazmernosti seštevka kazni.

[61] Glej na primer člen 2, točka 15, Direktive 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije (UL 2014, L 349, str. 1). Glej tudi člen 2(1), točka 16, Direktive 2019/1.

[62] Glej dalje Obvestilo Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (UL 2006, C 298, str. 17, točka 8).

[63] Konkretne modalitete so odvisne od nacionalne zakonodaje. BWB pojasnjuje, da je postopek na podlagi prošnje za prizanesljivost civilnopravni nepravdni postopek, za katerega velja člen 38 Kartellgesetz (zakon o kartelih) iz leta 2005. Drugače kakor postopek pred Komisijo nacionalni postopek ni vključen v celovit postopek, v katerem sodelujejo vse druge stranke, temveč je samostojen. Ne konča se z naložitvijo globe ali znižanjem te globe na nič. Nasprotno, sodišče ugotovi, da je bila kršitev storjena, potem ko je BWB priznala imuniteto.

93. Tretjič, tudi če je izid v zvezi s programom prizanesljivosti za zadevno podjetje ugoden in mu je na koncu odobrena popolna imuniteta glede globe, se bo postopek kljub temu končal z ugotovitvijo kršitve konkurenčnega prava vlagatelja prošnje za prizanesljivost. Po mojem razumevanju bo torej še vedno prišlo do prispodobne „ugotovitve krivde“ v skladu z nacionalnim pravom. Taka ugotovitev je lahko v prihodnosti zelo pomembna za zadevno podjetje ali podjetja. Če bi bilo v prihodnosti to podjetje znova spoznano za krivo kršitve konkurenčnega prava, bi prejšnja obsodba in „povratništvo“ lahko avtomatično povzročili zvišanje globe. Hkrati pa ni mogoče izključiti okoliščine, da bi se na uradno ugotovitev nezakonitosti v breme tega podjetja od primernega javnega organa, do katere bi javnost verjetno imela dostop,[64] oprle zasebne stranke, ki bi zahtevale odškodnino za škodo, ki jim je bila povzročena z zadevnim protikonkurenčnim ravnanjem.[65]

94. Skratka, ne vidim načelnega razloga, zakaj bi se uporaba in domet načela *ne bis in idem* ugotavljala različno, glede na to, ali je zadevni postopek konkurenčnega prava zajemal prošnjo za prizanesljivost, celo če to dejansko vodi do popolne imunitete glede globe. V tem pogledu se zato ne strinjam s posrednim argumentom Komisije, da bi morala biti uporaba načela *ne bis in idem* odvisna od tega, ali še vedno obstaja možnost, da bi družba Nordzucker izgubila status prosilca za prizanesljivost in bi bila torej globa še vedno lahko naložena.

95. Glede na navedeno predlagam, da se na četrto vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da načelo *ne bis in idem*, določeno v členu 50 Listine, velja tudi v okviru nacionalnega postopka, ki zajema prošnjo za prizanesljivost in ki ne vodi do naložitve globe.

V. Predlog

96. Predlagam, da Sodišče na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija), odgovori tako:

1. Uporaba načela *ne bis in idem*, ki je določeno v členu 50 Listine, je odvisna od preizkusa *idem*, ki ga opredeljuje istovetnost kršitelja, upoštevnih dejstev in varovanega pravnega interesa.

2. To, ali konkurenčno pravo Unije in nacionalno konkurenčno pravo varujeta isti pravni interes, je treba ugotoviti s preučitvijo konkretnih pravil, ki se uporabijo. To vključuje oceno, ali zadevna nacionalna pravila odstopajo od pravil Unije. Kadar organa dveh držav članic, pristojna za konkurenco, uporabita člen 101 PDEU in ustrezno določbo nacionalnega konkurenčnega prava, tedaj varujeta isti pravni interes.

3. Okoliščina, da je nacionalni organ, pristojen za konkurenco, upošteval čezmejne učinke določenega protikonkurenčnega ravnanja v prejšnji odločbi, če mu je to dopuščalo nacionalno pravo, je pomembna za preučitev uporabe načela *ne bis in idem* v poznejšem postopku. Člen 50 Listine preprečuje, da bi nacionalni organ, pristojen za konkurenco, ali sodišče kaznovala

[64] Če je ugotovitev o kršitvi pravil konkurence z vsemi zbranimi dokazi, ki so del sodne obrazložitve, vključena v sodno odločbo, se zdi, da je izključena zaščita iz poglavja II Direktive 2014/104/EU. Vendar je malo verjetno, da bi bil položaj bistveno drugačen v zvezi s končno odločbo o kršitvi nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, ki bi upoštevala isto (v nasprotju z zgolj postopkovnimi dokumenti ali dokazi, predloženimi v postopkih prizanesljivosti, kakršni so navedeni v členu 6(6) Direktive 2014/104/EU).

[65] S čimer bi se odpravilo težko dokazno breme, s katerim bi se verjetno soočila zasebna stranka, ki bi želela vložiti „samostojno“ odškodninsko tožbo zaradi kršitve konkurenčnih pravil, da bi na podlagi dejstev dokazala točno to, kar je vsebina takšne odločbe – da je prišlo do kršitve konkurenčnih pravil. Glej dalje moje novejše sklepne predloge v zadevi Stichting Cartel Compensation in Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, točke od 93 do 96).

protikonkurenčno ravnanje, ki je že bilo predmet predhodnega postopka, ki se je zaključil s končno odločbo drugega nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco. Ta prepoved pa velja le, če ima predmet obeh postopkov isto časovno in geografsko področje uporabe.

4. Načelo *ne bis in idem*, določeno v členu 50 Listine, velja tudi v okviru nacionalnega postopka, ki zajema prošnjo za prizanesljivost in ki ne vodi do naložitve globe.