Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 2. september 2021 [1]

Sag C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
mod
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberster Gerichtshof (den øverste domstol, Østrig))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – adfærd efterforsket af to nationale konkurrencemyndigheder – princippet ne bis in idem – samtidig anvendelse af EU-konkurrenceret og national konkurrenceret – identisk beskyttet retligt gode – territoriale virkninger af en national konkurrencemyndigheds afgørelse – straflempelsesordning«

I. Indledning

1. Nordzucker og Südzucker er to sukkerproducenter. Den tyske nationale konkurrencemyndighed har fundet, at disse to virksomheder overtrådte artikel 101 TEUF og tysk konkurrenceret. Den østrigske konkurrencemyndighed har i hovedsagen nedlagt påstand om, at det fastslås, at virksomhederne har overtrådt artikel 101 TEUF og østrigsk konkurrenceret, idet myndigheden tilsyneladende har støttet ret på de samme faktiske omstændigheder som de i den tyske afgørelse allerede indeholdte.

2. Det er i denne sammenhæng, at Oberster Gerichtshof (den øverste domstol, Østrig) har stillet spørgsmål vedrørende anvendelsesområdet for princippet ne bis in idem, der er knæsat i artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Spørgsmålet er i det væsentlige, om dette princip er til hinder for parallelle eller efterfølgende konkurrenceretlige sager i en anden medlemsstat for noget, der i det mindste delvist forekommer at være den samme adfærd?

3. Denne sag rejser navnlig to problemstillinger. For det første hvilke kriterier der er vejledende for fortolkningen af idem for så vidt angår ne bis in idem i konkurrenceretten og generelt i henhold til chartrets artikel 50? Jeg behandler disse problemstillinger i detaljer i mit parallelle

[1] – Originalsprog: engelsk.

forslag til afgørelse i bpost-sagen [2]. Nærværende forslag til afgørelse støttes derfor i dette omfang på den bedømmelse, der allerede er foretaget i det nævnte forslag til afgørelse. For det andet består denne sags særegne art i behovet for at gentage det, der udgør de identiske faktiske omstændigheder for så vidt angår princippet ne bis in idem [3]. Frem for alt opfordres Domstolen – igen, kan man tilføje – til at afklare sin forståelse af det identiske beskyttede retlige gode. Er der tale om det samme beskyttede retlige gode i to hold nationale retssager, hvor to nationale konkurrencemyndigheder har anvendt den samme bestemmelse i EU-konkurrenceretten og deres respektive nationale konkurrenceregler?

II. Relevante retsforskrifter

4. Chartrets artikel 50, der har overskriften »Ret til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse«, bestemmer: »Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.«

5. Artikel 101 TEUF forbyder »[a]lle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«, som uforenelige med det indre marked.

6. Artikel 3 i forordning (EF) nr. 1/2003 [4], der har overskriften »Forholdet mellem traktatens artikel 81 og 82 og medlemsstaternes konkurrenceret«, har følgende ordlyd:

»1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende traktatens artikel 81 på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på misbrug, der er forbudt i henhold til traktatens artikel 82, skal de også anvende traktatens artikel 82.

2. Anvendelsen af national konkurrenceret må ikke føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, eller som opfylder betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3. Medlemsstaterne er ikke efter denne forordning afskåret fra at vedtage en mere restriktiv national lovgivning, der forbyder eller sanktionerer ensidig adfærd fra virksomheders side, og at anvende den på deres område.

3. Med forbehold af de almindelige principper og andre bestemmelser i fællesskabsretten finder stk. 1 og 2 ikke anvendelse, når konkurrencemyndigheder og domstole i medlemsstaterne anvender national fusionskontrollovgivning, og de udelukker heller ikke anvendelse af

[2] – bpost (sag C-117/20).

[3] – Hvilket Domstolen allerede har gjort tidligere, måske mest detaljeret i dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003, L 1, s. 1).

bestemmelser i national lovgivning, der i hovedsagen forfølger et andet mål end det, der forfølges i traktatens artikel 81 og 82.«

7. Artikel 5, der har overskriften »De nationale konkurrencemyndigheders kompetence«, bestemmer følgende:

»Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder er beføjede til at anvende traktatens artikel 81 og 82 i konkrete sager. I denne forbindelse kan de enten på eget initiativ eller på grundlag af en klage vedtage følgende beslutninger:

– påbyde, at en overtrædelse skal bringes til ophør

– træffe foreløbige forholdsregler

– acceptere tilsagn

– pålægge bøder, tvangsbøder eller andre former for sanktioner, der er fastsat i deres nationale ret.

Når det på grundlag af de oplysninger, de er i besiddelse af, følger, at betingelserne for et forbud ikke er opfyldt, kan de tillige beslutte, at der ikke er nogen grund til, at de griber ind.«

8. Artikel 13 vedrører »Midlertidig eller endelig indstilling af proceduren«:

»1. Når konkurrencemyndighederne i to eller flere medlemsstater modtager en klage eller indleder en procedure på eget initiativ i henhold til traktatens artikel 81 eller 82 med hensyn til en og samme aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis, udgør den omstændighed, at en myndighed behandler sagen, en tilstrækkelig grund for de øvrige myndigheder til at suspendere deres procedure eller afvise klagen. Kommissionen kan ligeledes afvise en klage med den begrundelse, at den behandles af en af medlemsstaternes konkurrencemyndigheder.

2. Når en national konkurrencemyndighed eller Kommissionen modtager en klage over en aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis, der i forvejen er behandlet af en anden konkurrencemyndighed, kan den afvise klagen.«

III. Faktiske omstændigheder, nationale retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

9. Nordzucker og Südzucker er to tyske sukkerproducenter. Agrana kontrolleres af Südzucker. Virksomheden driver sukkerfabrikker i Østrig og i Østeuropa.

10. Af historiske grunde og på grund af produktets homogenitet og høje transportomkostninger var det tyske sukkermarked opdelt i de store tyske producenters kernesalgsområder. Som svar på udenlandske sukkerproducenters forsøg på at komme ind på det tyske marked blev der afholdt flere møder mellem salgsdirektørerne for Nordzucker og Südzucker fra senest 2004. Under disse møder blev der lagt særlig vægt på vigtigheden af at undgå nyt konkurrencepres ved at sikre, at tyske selskaber ikke konkurrerede med hinanden ved at trænge ind på deres respektive nationale kernesalgsområder.

11. Omkring årsskiftet 2005/2006 konstaterede Agrana, at nogle af virksomhedens østrigske kunder købte sukker fra et slovakisk datterselskab af Nordzucker. Under en telefonsamtale den 22. februar 2006 oplyste Agranas administrerende direktør Südzuckers salgsdirektør om disse leverancer og spurgte, om han kendte nogen hos Nordzucker, som han kunne drøfte sagen med. Südzuckers salgsdirektør ringede derefter til Nordzuckers salgsdirektør. Han klagede over leverancerne til Østrig og antydede, at det kunne få følger for det tyske marked. Nordzuckers salgsdirektør blev pålagt at undlade at reagere udtrykkeligt på anmodningen. Han gjorde det dog efterfølgende klart over for salgslederen for Nordzuckers slovakiske datterselskab, at han ikke ønskede at udvide eksporten til Østrig.

12. Ved afgørelse af 18. februar 2014 pålagde Bundeskartellamt (herefter »BKA«), den tyske nationale konkurrencemyndighed, Südzucker en bøde på 195 500 000 EUR, i det væsentlige for virksomhedens overtrædelse i Forbundsrepublikken Tyskland af forbuddet mod aftaler mellem indbyrdes konkurrerende virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked. BKA fandt, at Nordzucker, Südzucker og en tredje tysk virksomhed ulovligt havde handlet samordnet ved at respektere deres respektive kernesalgsområder for industri- og husholdningssukker. BKA's afgørelse gengav også indholdet af den ovennævnte telefonsamtale af 22. februar 2006 vedrørende Østrig.

13. Hovedsagen blev indledt efter, at Nordzucker indgav en ansøgning om at blive omfattet af straflempelsesordningen i Østrig. Bundeswettbewerbsbehörde (den østrigske nationale konkurrencemyndighed) anlagde sag ved den kompetente østrigske ret med påstand om, at det blev fastslået, at Nordzucker havde overtrådt artikel 101 TEUF og de relevante bestemmelser i national konkurrenceret. Hvad angår Südzucker nedlagde BWB påstand om idømmelse af en bøde på 12 460 000 EUR for perioden fra den 1. januar 2005 til den 21. september 2006. BWB nedlagde også påstand om en yderigere bøde på 15 390 000 EUR in solidum med Südzucker og Agrana for perioden fra den 22. september 2006 til den 31. oktober 2008.

14. Den nationale ret i første instans frifandt de sagsøgte. Retten fandt, at BWB ikke havde en begrundet interesse i at opnå en anerkendelsesdom mod Nordzucker. Dette skyldtes, at Nordzucker er en virksomhed, som er omfattet af en straflempelsesordning, i henhold til hvilken BWB havde undladt at nedlægge bødepåstand. Der var for perioden frem til den 22. februar 2006 ingen indikation, end ikke stiltiende, af, at Østrig var inddraget i den grundlæggelse aftale om at respektere de traditionelle tyske salgsområder.

15. Den nationale ret i første instans anførte imidlertid også, at den i telefonsamtalen af 22. februar 2006 fremsatte anmodning i det mindste kunne have lagt en dæmper på leverancerne til Østrig fra Nordzuckers slovakiske datterselskab. Den efterfølgende gennemførelse af anmodningen udgjorde en aftale mellem Nordzucker og Südzucker, som indebar en overtrædelse af artikel 101 TEUF. Nævnte nationale ret fandt dog, at hvis et bestemt aspekt af adfærden var omfattet af en sanktion, som en anden national konkurrencemyndighed allerede havde pålagt, ville en ny sanktion være i strid med princippet ne bis in idem. Ifølge retten var dette bestemt tilfældet for aftalen af 22. februar 2006.

16. BWB har iværksat appel til Oberster Gerichtshof (den øverste domstol), som er den forelæggende ret. BWB har nedlagt påstand om, at det på grundlag af den i telefonsamtalen af 22. februar 2006 indgåede aftale fastslås, at Nordzucker overtrådte artikel 101 TEUF og de relevante bestemmelser i national ret. For så vidt angår Südzucker har BWB også nedlagt påstand om idømmelse af en bøde for den samme overtrædelse. BWB har anfægtet den anvendelse af

princippet ne bis in idem, som retten i første instans foretog. BWB har gjort gældende, at denne bedømmelse ikke tog hensyn til de områder, for hvilke bøderne blev pålagt på grundlag af omsætningen i disse områder. Efter BWB's opfattelse er førsteinstansafgørelsen også i strid med den decentraliserede anvendelse af EU-konkurrenceretten, der reguleres i forordning nr. 1/2003, som giver mulighed for parallelle sager med flere nationale konkurrencemyndigheder.

17. Den forelæggende ret har anført, at Südzucker blev pålagt en bøde af BKA for handlinger, som omfatter telefonsamtalen af 22. februar 2006, der er den eneste relevante overtrædelse i den for den forelæggende ret verserende sag. Retten har videre henvist til Domstolens praksis, hvorefter anvendelsen af princippet ne bis in idem er underlagt en tredobbelt betingelse om identisk lovovertræder, identiske relevante faktiske omstændigheder og identisk beskyttet retligt gode. Retten har også påpeget det, som den anser for at være et vist spændingsforhold mellem kriteriet om det beskyttede retlige gode og den tilgang, der er anlagt inden for andre EU-retlige områder, hvor anvendelsen af princippet ne bis in idem udelukkende er betinget af en identisk lovovertræder og identiske faktiske omstændigheder.

18. Den forelæggende ret har anført, at Domstolens praksis ikke yder nogen vejledning for anvendelsen af princippet ne bis in idem under omstændigheder, hvor to nationale konkurrencemyndigheder anvender både EU-konkurrenceret og national konkurrenceret i to hold retssager, som vedrører de samme faktiske omstændigheder og den samme lovovertræder. Den forelæggende ret har også anført, at der ikke kan udledes nogen indikation af forordning nr. 1/2003. Endvidere har retten rejst spørgsmålet, om det forhold, at en national konkurrencemyndighed tog hensyn til en given overtrædelses virkninger i en anden medlemsstat, spiller en rolle for anvendelsen af princippet ne bis in idem, og om det forhold, at hovedsagen omfattede anvendelsen af en straflempelsesordning på Nordzucker, er af relevans i denne henseende.

19. Oberster Gerichtshof (den øverste domstol) har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Finder det tredje kriterium, som Domstolen har opstillet i sin praksis for anvendeligheden af princippet ne bis in idem, nemlig at det samme beskyttede retlige gode skal være berørt, også anvendelse i tilfælde, hvor konkurrencemyndighederne i to medlemsstater for de samme faktiske omstændigheder og vedrørende de samme personer foruden de nationale retsregler også skal anvende de samme EU-regler (i den foreliggende sag artikel 101 TEUF)?

Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende:

2) Foreligger der i et sådant tilfælde, hvor europæiske og nationale konkurrenceregler anvendes parallelt, det samme beskyttede retlige gode?

3) Er det derudover relevant for anvendelsen af princippet ne bis in idem, om den tidsmæssigt første bødeafgørelse, som blev vedtaget af konkurrencemyndigheden i en medlemsstat, tog hensyn til de faktiske indvirkninger af overtrædelsen af konkurrencereglerne i den anden medlemsstat, hvis konkurrencemyndighed først derefter traf afgørelse i den af denne førte konkurrencesag?

4) Foreligger der også i en sag, hvor det på grund af en af procesdeltagernes deltagelse i det nationale kronvidneprogram kun er muligt deklaratorisk at fastslå dennes overtrædelse af konkurrencereglerne, en sag, som er underlagt princippet ne bis in idem, eller kan en sådan ren konstatering af overtrædelsen ske uafhængigt af resultatet af en tidligere sag vedrørende pålæg af en bøde (i en anden medlemsstat)?«

20. Südzucker, Agrana, BWB, den belgiske, den tyske og den italienske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Südzucker, Agrana, BWB, den belgiske, den tyske og den polske regering samt Kommissionen fremsatte mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 22. marts 2021. Det blev afholdt et fælles retsmøde for denne sag og sag C-117/20, bpost.

IV. Bedømmelse

21. Dette forslag til afgørelse er opbygget som følger. Jeg vil begynde min bedømmelse med at tage stilling til relevansen af det første og det andet stillede spørgsmål (A). Jeg vil derefter vende mig mod den test, som efter min opfattelse bør regulere anvendelsen af princippet ne bis in idem i konkurrenceretlige anliggender og enhver anden sag i henhold til chartrets artikel 50 (B). Jeg vil navnlig dvæle ved problemstillingen om det beskyttede retlige gode i EU-konkurrenceretten (B.1), inden jeg vender mig mod de identiske faktiske omstændigheder inden for et givent område og på et givent tidspunkt (B.2). Jeg vil afslutte med at fokusere på relevansen af den nedlagte anerkendelsespåstand i de nationale retsforhandlinger uden bødepåstand, idet retsforhandlingerne omfattede anvendelsen af en straflempelsesordning, for anvendelsen af princippet ne bis in idem i retsforhandlingerne (C).

A. Relevansen af det første og det andet præjudicielle spørgsmål

22. Domstolen anmodes ved den forelæggende rets første og andet spørgsmål om at afklare, om kriteriet om beskyttet retligt gode finder anvendelse i sammenhæng med to hold nationale sager vedrørende de samme lovovertrædere og de samme faktiske omstændigheder, hvor de respektive nationale konkurrencemyndigheder anvender artikel 101 TEUF og national konkurrenceret (det første spørgsmål). Hvis kriteriet om retligt gode anses for relevant, har den forelæggende ret også spurgt, om EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret beskytter det samme retlige gode (det andet spørgsmål).

23. Selv om der formelt ikke er rejst nogen formalitetsindsigelse, er BWB, den tyske regering og Kommissionen ikke af den opfattelse, at et svar på det første spørgsmål (og til en vis grad det andet spørgsmål) er afgørende for løsningen af denne sag. De er nærmere bestemt af den opfattelse, at der ikke er identiske faktiske omstændigheder i hovedsagen, eftersom BKA og BWB kun behandlede den pågældende konkurrencebegrænsende adfærd for så vidt angår deres nationale område. Det er derfor ufornødent at foretage en bedømmelse af det beskyttede retlige gode.

24. Jeg vil ikke anbefale, at det første og andet stillede spørgsmål ikke besvares.

25. For det første, og frem for alt, er det ikke klart, om BKA begrænsede sin sag til det tyske område. Der forekommer faktisk at være en vis forvirring hvad angår det, som denne nationale konkurrencemyndighed nøjagtigt tog hensyn til, og de konsekvenser, der blev draget heraf. Jeg

forstår det således, at denne forvirring skyldes henvisningen i BKA's afgørelse til telefonsamtalen af 22. februar 2006, hvorunder det østrigske marked blev drøftet. BWB støttede sig også til denne samtale i hovedsagen.

26. Der er imidlertid ingen oplysninger, som afklarer, om (og hvordan) den ulovlige samordning, som fulgte af samtalen, afspejlede sig i fastlæggelsen af sagens territoriale anvendelsesområde for BKA og i BKA's endelige afgørelse. Den forelæggende ret har udtrykt tvivl om det territoriale anvendelsesområde for BKA's afgørelse. Denne ret har videre anført, at afgørelsen ikke indeholder nogen detaljer om den omsætning, der tjente som grundlag for beregningen af den bøde, som Südzucker blev pålagt.

27. Til denne tvivl kommer, at det første spørgsmåls ordlyd udtrykkeligt henviser til de *samme faktiske omstændigheder*. Med det tredje spørgsmål spørges derefter om de *faktiske indvirkninger* af den omhandlede overtrædelse af konkurrenceretten. Hvis disse spørgsmål ses i sammenhæng med forelæggelsesafgørelsen, forekommer det, at der efter den forelæggende rets opfattelse kan være et territorialt overlap mellem BKA's sag på den ene side og den sag, der verserer for den nævnte ret, på den anden side.

28. For det andet har den forelæggende ret klart opfordret Domstolen til at yde vejledning vedrørende problemstillingen om det beskyttede retlige gode. Selv om der sandsynligvis tages stilling til denne bestanddel efter efterprøvelsen af den identiske lovovertræder og de identiske relevante faktiske omstændigheder, kan en sags særegenheder og procesøkonomiske hensyn kræve, at bedømmelsen sker i en anden rækkefølge. Det er den forelæggende ret, der skal fastlægge rækkefølgen.

29. For det tredje skal det supplerende, men dog stadig væsentligt, anføres, at den nationale ret med denne anmodning om præjudiciel afgørelse har spurgt, hvilken test for ne bis in idem der skal anvendes specifikt i konkurrenceretlige sager og generelt i henhold til chartrets artikel 50. Efter min opfattelse er det i den sammenhæng ganske besynderligt og bestemt ikke i tråd med ånden i det juridiske samarbejde, hvis Domstolen blot fokuserer på en af de betingelser, som måske ikke er opfyldt (men som reelt er et spørgsmål om de faktiske omstændigheder, der skal fastlægges af den forelæggende ret) uden at angive, hvad de øvrige kriterier i den samme test er.

30. Sammenfattende og i det omfang, det ikke kan udelukkes, at begge hold sager faktuelt er overlappende på den ene eller anden måde, eller at den forelæggende ret måtte ønske at undersøge spørgsmålet om det retlige gode inden problemstillingen om de identiske faktiske omstændigheder, kan formodningen for relevans [5], som anmodninger om præjudiciel afgørelse tillægges, ikke anses for afkræftet. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det første og andet stillede spørgsmål.

B. Ne bis in idem i EU-(konkurrence)retten: testen og dennes bestanddele

31. Det første og andet stillede spørgsmål vedrører definitionen af den test, der skal regulere anvendelsen af princippet ne bis in idem i konkurrenceretlige anliggender, og nærmere bestemt i denne sammenhæng definitionen af idem.

[5] – For nylig f.eks. dom af 29.4.2021, Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny z siedzibą (C-383/19, EU:C:2021:337, præmis 29 og 30 og den deri nævnte retspraksis).

32. Jeg vil begynde med kort at erindre om de grunde, der giver anledning til spørgsmål i denne henseende. Mit foreslåede svar på det *første* spørgsmål støttes på den allerede foretagne bedømmelse i mit parallelle forslag til afgørelse i bpost-sagen. Jeg foreslår en samlet test af ne bis in idem i henhold til chartrets artikel 50, der støttes på en tredobbelt identitet: identisk lovovertræder, identiske relevante faktiske omstændigheder og identisk beskyttet retligt gode (1).

33. Derefter vil jeg som svar på det *andet* spørgsmål behandle problemstillingen om det beskyttede retlige gode, specifikt i konkurrenceretten. Jeg konkluderer i denne henseende, at når to nationale konkurrencemyndigheder anvender artikel 101 TEUF og de tilsvarende nationale lovbestemmelser, beskytter de det samme retlige gode (2).

34. Endelig vil jeg vende mig mod spørgsmålet, om begge hold sager, der drøftes i denne sag, vedrører de samme faktiske omstændigheder, og om de retligt set overhovedet kan det. Jeg konkluderer, at spørgsmålet, om BKA tog hensyn til virkningerne af den givne overtrædelse af konkurrenceretten i Østrig, faktisk er relevant for anvendelsen af princippet ne bis in idem i hovedsagen, men det er langt fra klart for så vidt angår de faktiske omstændigheder (3).

1. Testen: en tredobbelt identitet

35. Det første og andet præjudicielle spørgsmål er formentlig inspireret af Domstolens gentagne bekræftelse af, at opfyldelsen af betingelsen om idem inden for konkurrenceretten ikke kun kræver en identisk lovovertræder og identiske faktiske omstændigheder, men også et identisk beskyttet retlige gode [6].

36. Retspraksis om ne bis in idem i EU-konkurrenceretten fremkom først for ca. 50 år siden med Domstolens dom i sagen Wilhelm m.fl. [7]. Sagen vedrørte parallel national og overnational efterforskning af konkurrencebegrænsende adfærd. Domstolens udtalelse om, at »[f]ællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende karteller vurderer disse sidste ud fra forskellige synsvinkler« [8], blev senere suppleret af præciseringen af, at den beskyttelse, som princippet ne bis in idem yder i konkurrenceretten, kun udløses, når det andet hold sager vedrører ikke kun den samme lovovertræder og de samme faktiske omstændigheder, men også det samme beskyttede retlige gode [9]. Denne fortolkning af princippet blev især bekræftet i Toshiba-dommen [10]. På trods af den tiltagende kritik af anvendelsen af betingelsen om det beskyttede retlige gode, som ikke findes inden for andre EU-retlige områder [11], blev den samme fortolkning senest bekræftet i Slovak Telecom-dommen [12].

6 – Jf. navnlig dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 338), af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 97), og af 25.2.2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, præmis 43).

7 – Dom af 13.2.1969 (14/68, EU:C:1969:4).

8 – Ibidem, præmis 3.

9 – Dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 338), og af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 97). Jf. også Rettens dom af 26.10.2017, Marine Harvest mod Kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753, præmis 308).

10 – Dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).

11 – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 114-122), generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, punkt 45) og generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, punkt 95, fodnote 34).

12 – Dom af 25.2.2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

37. Domstolen begrænsede udtrykkeligt undersøgelsen af idem til udelukkende den identiske lovovertræder og de identiske handlinger i retspraksis vedrørende artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (herefter »SGK«)[13]. Domstolen fandt i denne forbindelse, at det eneste relevante kriterium for bedømmelsen af betingelsen om idem er, om »de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbundne, er identiske«[14]. Tilsvarende fandt Domstolen i retspraksis vedrørende en kombination af strafferetlige og administrative sager, at »chartrets artikel 50 ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger en kombination af strafferetlige og skattemæssige sanktioner for den *samme manglende overholdelse* af angivelsespligten på momsområdet«[15]. Domstolen præciserede senere, at »[c]hartrets artikel 50 forbyder […] pålæggelse, for *de samme forhold*, af flere sanktioner af strafferetlig karakter efter forskellige procedurer, der er gennemført med henblik herpå«[16]. Domstolen gav ved at rykke bedømmelsen mere mod begrebet bis mulighed for, at det andet hold sager i det samme anliggende kunne fortsætte, med forbehold for betingelserne i bestemmelsen om begrænsning af rettigheder i chartrets artikel 52, stk. 1[17].

38. Menci-testen forekommer nu at finde generel anvendelse; den finder derfor anvendelse på alle situationer, der er omfattet af chartrets artikel 50. Dette giver også mulighed for den parallelle anvendelse af mere specifikke regler, såsom SGK artikel 54 eller artikel 3, stk. 2, i rammeafgørelse 2002/584/RIA om den europæiske arrestordre[18]. Standardtesten forekommer dog nu at være det meget brede begreb om *idem factum* for så vidt angår anvendelsesområdet for chartrets artikel 50 sammenholdt med en ganske gavmild »nødudgangsluge« i form af muligheden for at begrænse rettigheder i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1.

39. Jeg har ikke til hensigt at gentage argumenterne for, hvorfor jeg er af den opfattelse, at en sådan tilgang er problematisk. Jeg kan kun henvise til min bedømmelse i forslaget til afgørelse i bpost-sagen for de nærmere argumenter[19]. Jeg foreslår derfor, at en (samlet) test af idem med henblik på chartrets artikel 50 bør bygge på en tredobbelt identitet: den identiske lovovertræder, de identiske relevante faktiske omstændigheder og det identiske beskyttede retlige gode[20].

13 – EFT 2000, L 239, s. 19.

14 – Dom af 9.3.2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, præmis 36), domme af 28.9.2006, Gasparini m.fl. (C-467/04, EU:C:2006:610, præmis 54) og van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, præmis 48), samt dom af 18.7.2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, præmis 26), af 16.11.2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, præmis 39), og af 29.4.2021, X (Europæisk arrestordre – ne bis in idem) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis), hvor den sidste sag omhandlede en tidligere straf idømt af et tredjeland.

15 – Dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 34). Min fremhævelse.

16 – Dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 35). Min fremhævelse. Jf. dog også dom af 20.3.2018, Garlsson Real Estate m.fl. (C-537/16, EU:C:2018:193, præmis 27), hvor der igen blev henvist til *de samme forhold*.

17 – Det kan tilføjes, at anvendelsen af begreberne (relevante) faktiske omstændigheder og (relevante) forhold som synonymer også kan have bidraget delvist til den forvirring, der er opstået for så vidt angår arten og rækkevidden af den krævede identitet. Efter en snæver forståelse i den specifikke sammenhæng kan »forhold« faktisk ligestilles med »faktiske omstændigheder«. På nogle sprog og bestemt, når begrebet drøftes rent abstrakt, er begrebet (strafferetlige) forhold bredere end de rent faktiske bestanddele heraf. Det omfatter ikke kun »det, der skete«, men også den retlige bedømmelse og kvalificering af det, der skete, hvilket sandsynligvis indvirker på det beskyttede retlige gode, i det mindste indirekte ved at definere den omtvistede adfærds negative samfundsmæssige virkninger.

18 – Rådets rammeafgørelse af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT 2002, L 190, s. 1).

19 – bpost, sag C-117/20, punkt 101-117.

20 – Vejledt af de principper, der også er opstillet deri i punkt 119-122.

40. Præciseringen af dette udgangspunkt leder mig til en dybere undersøgelse af to af testens bestanddele, som udgør kernen i denne sag, nemlig det identiske beskyttede retlige gode (2) og de identiske faktiske omstændigheder (3).

2. Det identiske beskyttede retlige gode

41. Så vidt det er mig bekendt, er betingelsen om det beskyttede retlige gode i konkurrenceretlige anliggender aldrig rigtigt blevet forklaret, selv om betingelsen er blevet bekræftet gentagne gange [21], med undtagelse af udtalelsen om, at »de nationale lovgivninger – hver ud fra egne særlige grunde – alene [vedrører] konkurrencebegrænsninger på rent nationalt plan« [22].

42. Domstolen blev stillet det specifikke spørgsmål, om EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret beskytter det samme retlige gode, for nylig i dommen i sagen Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie [23]. Domstolen fandt det ufornødent at tage stilling til denne problemstilling. Hovedsagen omhandlede kun en enkelt procedure for den nationale konkurrencemyndighed, selv om den vedrørte den samtidige anvendelse af nationale konkurrenceregler og EU-konkurrenceregler. Domstolen begrænsede sig dermed til at påpege, at det ikke var nogen bis til at begynde med uden at tage stilling til idem.

43. Den foreliggende sag omhandler derimod klart to hold sager med – for så vidt det er relevant her – de samme lovovertrædere [24]. Medmindre den forelæggende ret konkluderer, inden den overvejer problemstillingen om det beskyttede retlige gode, at begge hold sager vedrører forskellige faktiske omstændigheder, er spørgsmålet om det beskyttede retlige gode dermed klart relevant.

44. Beskytter EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret det samme retlige gode? Det gør de åbenlyst, hvis de bedømmes generelt under hensyntagen til kravet om rimelig og uforstyrret konkurrence på det indre marked. Jeg er imidlertid ikke af den opfattelse, at bedømmelsen med rette kan stoppe her. Problemstillingen med det beskyttede retlige gode bør bedømmes under hensyntagen til en specifik bestemmelse. Den skal fokusere på den specifikke interesse eller formål, som den anvendte bestemmelse forfølger, hvad den straffer og hvorfor [25].

45. Hvis den på den ene side bedømmes abstrakt, er der ingen tvivl om, at EU-konkurrenceretten og nationale konkurrenceregler nu i vidt omfang har nærmet sig hinanden. Med forbehold af de historiske grunde, som inspirerede udtalelsen i dommen i sagen Wilhelm m.fl., hvorefter Fællesskabets konkurrenceret og national konkurrenceret er forskellig [26], er det klart, at forordning

[21] – Domstolen henviste (direkte eller indirekte) til udtalelsen i dommen i sagen Wilhem m.fl. om, at national konkurrenceret og Fællesskabets konkurrenceret er forskellig, f.eks. i dom af 10.7.1980, Giry og Guerlain m.fl. (253/78 og 1/79-3/79, EU:C:1980:188, præmis 15), af 16.7.1992, Asociación Española de Banca Privada m.fl. (C-67/91, EU:C:1992:330, præmis 11), af 26.11.1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 19), af 9.9.2003, Milk Marque og National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, præmis 61), af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 38), eller af 1.10.2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, præmis 50).

[22] – Jf. f.eks. dom af 10.7.1980, Giry og Guerlain m.fl. (253/78 og 1/79-3/79, EU:C:1980:188, præmis 15), af 9.9.2003, Milk Marque og National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429, præmis 61), eller af 1.10.2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591, præmis 50).

[23] – Dom af 3.4.2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

[24] – Selv om ikke *alle* parterne er identiske i begge hold nationale sager for så vidt angår specifikt Nordzucker og Südzucker, er det åbenlyst, at lovovertræderen/lovovertræderne er identisk/identiske.

[25] – I detaljer i mit forslag til afgørelse i bpost-sagen, punkt 136-141, sammenholdt med punkt 142-151, som giver flere eksempler.

[26] – Domstolen anvendte nærmere bestemt udtrykket »[f]ællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende karteller«. Dom af 13.2.1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, præmis 3).

nr. 1/2003 bragte EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret tættere på hinanden. Behovet for konvergens og samarbejde afspejles i både den pågældende lovgivnings indhold og de institutioner, som anvender lovgivningen.

46. Hvad angår materielle bestemmelser bemyndiger forordning nr. 1/2003 klart nationale konkurrencemyndigheder til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF [27]. Den opstiller også regler, som har til hensigt at sikre den konsistente anvendelse heraf. Når dette er sagt, er det måske bestemmelserne i forordning nr. 1/2003 om institutionerne og procedurerne, som indfører en ganske udførlig ordning med »det europæiske konkurrencenetværk«, der afstedkommer både Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders deltagelse med det formål at sørge for ensartethed i anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Endvidere afhjælper EU-lovgivers vedtagelse af direktiv (EU) 2019/1 [28] opfattede huller i den nuværende ordning. Direktivet bemyndiger de nationale konkurrencemyndigheder til at blive mere effektive håndhævere af artikel 101 TEUF og 102 TEUF på områder, der er dækket af dette instruments individuelle kapitler [29].

47. Det er, henset til dette systematiske eftersyn, vanskeligt at være af den opfattelse, at EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret ikke har nærmet sig hinanden, siden Domstolen drøftede deres forhold i dommen i sagen Wilhelm m.fl. En sådan betragtning forekommer korrekt, ikke kun når der tages hensyn til den nøjagtige ordlyd, som Domstolen anvendte i dommen, hvor den henviste til »[f]ællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende *karteller*« [30], men også når der tages hensyn til den mere generelle henvisning til »konkurrencebegrænsninger« [31] i efterfølgende retspraksis.

48. På den anden side kan det ikke fastslås med fuldstændig sikkerhed, når der fokuseres på specifikke bestemmelser, at der ikke er yderligere (eller rettere ikke længere kan være) uoverensstemmelse på visse af konkurrencereglernes områder [32]. Artikel 3 i forordning nr. 1/2003 regulerer i modsætning til forgængeren forordning nr. 17 ikke kun forholdet mellem EU-konkurrencereglerne og nationale konkurrenceregler, men anerkender også specifikt, at der er tilfælde, hvor nationale konkurrencereglers materielle indhold kan være forskelligt fra EU-reglernes.

49. Hvad angår den nationale anvendelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF følger det af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, at medlemsstaterne ikke kan underlægge aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis strengere regler end dem, der findes på

[27] – Hvilket delvist allerede var tilfældet i henhold til forordning nr. 17 for så vidt angår artikel 85 EF og 86 EF – EØF-Rådet: Forordning nr. 17: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 87).

[28] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 11.12.2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked (EUT 2019, L 11, s. 3).

[29] – Som tilkendegivet i overskriften i de respektive kapitler i direktiv 2019/1 vedrører disse områder de nationale konkurrencemyndigheders uafhængighed og ressourcer, beføjelser til at gennemføre deres opgaver, bødeudmåling, straflempelsesordninger, gensidig bistand og forældelsesfrister.

[30] – Dom af 13.2.1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, præmis 3). Min fremhævelse.

[31] – Jf. f.eks. dom af 10.7.1980, Giry og Guerlain m.fl. (253/78 og 1/79-3/79, EU:C:1980:188, præmis 15).

[32] – I det lovgivningsarbejde, der førte til vedtagelsen af forordning nr. 1/2003, anførte Kommissionen, at mange (af de daværende 15) medlemsstater havde indført national konkurrencelovgivning, som afspejlede indholdet af artikel 81 EF og 82 EF. Den anerkendte samtidigt, at der ikke var indført nogen formel harmonisering, og at der var forskelle, både retligt og praktisk. Jf. punkt I (A), »Baggrund«, tredje afsnit, og punkt 2 (C)(2)(a), andet afsnit i bemærkningerne til forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (gennemførelsesforordning til traktatens artikel 81 og 82) (KOM(2000) 0582 endelig udg.) (EFT 2000, C 365 E, s. 284).

EU-niveau. Medlemsstaterne kan dog gøre det for så vidt angår virksomheders *ensidige adfærd*. Der er derfor en forskel for så vidt angår det råderum, der tillades for specifikke nationale regler, afhængig af, om den omtvistede adfærd er omfattet af artikel 101 TEUF eller 102 TEUF.

50. Endvidere skaber artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 et endnu større råderum for differentiering, når der er tale om fusionskontrollovgivning, og tager forbehold for muligheden for vedvarende anvendelse af nationale lovregler, der i hovedsagen forfølger et andet mål end det, der forfølges i artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Den sidstnævnte mulighed bekræftes også af niende betragtning til forordning nr. 1/2003, hvori bl.a. er anført, at »[m]edlemsstaterne kan […] på deres område […] gennemføre national lovgivning, der forhindrer eller pålægger sanktioner for adfærd, der strider mod god markedsføringsskik, hvad enten denne adfærd er kontraktbaseret eller ensidig«.

51. Det normative samspil mellem EU-reglerne og nationale regler, der er omfattet af artikel 3 i forordning nr. 1/2003, forudser derfor strukturelt mindst fire særskilte scenarier. *For det første* er der et fuldstændigt materielt overlap mellem situationer, der er omfattet af artikel 101 TEUF, hvor medlemsstaterne ikke kan vedtage strengere regler. *For det andet* er der et ganske stort, men ikke fuldstændigt, materielt overlap mellem situationer, der er omfattet af artikel 102 TEUF, hvor medlemsstaterne kan vedtage strengere regler[33]. *For det tredje* er der en delvis harmonisering af fusionskontrol. *For det fjerde*, og måske vigtigst, er medlemsstaterne forbeholdt et særskilt normativt råderum for så vidt angår nationale regler, der forfølger et andet mål end det, der forfølges i artikel 101 TEUF og 102 TEUF, hvilket den nationale regulering af urimelig handelspraksis er nævnt som et eksempel på.

52. I artikel 3 i forordning nr. 1/2003 anerkendes dermed, at EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret ikke er identisk, i det mindste ikke i alle aspekter[34]. Den potentielle forskel vedrører imidlertid den forfulgte interesses (eller formåls) normative kvalitet. Den kan ikke blot ligge i et andet geografisk anvendelsesområde.

53. Jeg er med andre ord ikke af den opfattelse, at den blotte (kvantitative) forskel i den samme overtrædelses geografiske rækkevidde og dermed en given regels geografiske anvendelsesområde, i sig selv er en indikation af en (kvalitativ) forskel for så vidt angår det retlige gode[35]. Mens EU-konkurrenceretten dækker situationer, hvor handelen mellem medlemsstater påvirkes, finder national konkurrenceret anvendelse på nationale situationer. Efter min opfattelse peger den forskel på overtrædelsens territoriale omfang, muligvis sammen med grovheden af indgrebet i det beskyttede retlige gode, men ikke nødvendigvis på det beskyttede retlige godes forskellige kvalitet[36].

[33] – Hvad angår udtrykket »mere restriktiv national lovgivning«, der er henvist til i artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, jf. f.eks. L.T. Feteira 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] – Hvilket formentlig er grunden til, at generaladvokat Kokott i sit forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. anførte, at den oprindelige udtalelse i Walt Wilhem-dommen stadig er relevant (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 81).

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

[36] – Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer var af den opfattelse, at »[s]pørgsmålet om den territoriale afgrænsning af den konkurrencebegrænsende adfærd [ikke er] væsentligt, men derimod underordnet, idet det ikke har betydning for overtrædelsens karakter, men kun for dens intensitet«. Han var uenig i tilgangen i dommen i sagen Wilhelm m.fl., idet han anførte: »[i] forbindelse med lovgivningen til beskyttelse af den frie konkurrence kan man ikke inden for Den Europæiske Union tale om forskellige planer – fællesskabsplanet og det nationale plan – som om der var tale om adskilte sfærer. På begge planer er ønsket at værne om den frie og åbne konkurrence på det indre marked, idet man på fællesskabsplan overvåger konkurrencen i sin helhed og på nationalt plan dens forskellige dele, men essensen er den samme«. Jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Aalborg Portland m.fl. (C-217/00 P, EU:C:2003:83, punkt 176 og 173 samt fodnote 121), og Aalborg Portland m.fl. (C-213/00 P, EU:C:2003:84, punkt 94 og 91 samt fodnote 71).

54. Enkelt formuleret påvirker et priskartel, der er indgået og gennemført i Den Tjekkiske Republik, sandsynligvis kvalitativt det samme beskyttede retlige gode, uanset om det i sidste ende og under hensyntagen til, at handelen mellem medlemsstaterne påvirkes, kun er den nationale bestemmelse, der afspejler artikel 101 TEUF [37], der finder anvendelse i denne henseende, eller artikel 101 TEUF sammen med den nationale bestemmelse eller muligvis kun artikel 101 TEUF i sig selv.

55. Dette sammensatte billede reguleres af den generelle regel, hvorefter nationale konkurrenceregler kun kan anvendes, når EU-retten ikke indeholder særlige bestemmelser [38]. I det omfang der er et faktisk overlap mellem begge sæt regler, eller under alle omstændigheder når de begynder at straffe det samme sæt faktiske omstændigheder, skal det afgøres konkret under hensyntagen til de specifikke bestemmelser, der finder anvendelse på den samme sag på både EU-plan og nationalt plan, om det beskyttede retlige gode er det samme på begge planer.

56. Hvis denne tilgang anvendes i denne sag, følger det af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, at når en national konkurrencemyndighed (eller en national ret) anvender sin nationale ret på adfærd, som i den i artikel 101 TEUF omhandlede forstand påvirker handelen mellem medlemsstaterne, skal den *også* anvende artikel 101 TEUF. Når en given adfærd *også* er omfattet af artikel 101 TEUF, skal de nationale konkurrencemyndigheder eller retter med andre ord *også* anvende denne bestemmelse [39].

57. Som det derefter fremgår af artikel 3, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1/2003, kan resultatet af, at national ret anvendes på en situation, der er omfattet af artikel 101 TEUF, ikke være *et andet* end det resultat, der opnås, hvis artikel 101 TEUF blev anvendt i sig selv. Med forbehold af spørgsmålet om, hvad der så udgør merværdien af den parallelle anvendelse af national konkurrenceret i et sådant scenarium [40], er det under alle omstændigheder vanskeligt at forestille sig, hvordan de respektive formål med den omhandlede nationale regel og artikel 101 TEUF kan være forskellige fra hinanden. Når to nationale konkurrencemyndigheder så anvender den samme EU-retlige bestemmelse, nemlig artikel 101 TEUF, som ikke kan fraviges på nationalt plan, må det specifikke beskyttede retlige gode, som begge nationale konkurrencemyndigheder forfølger, endvidere nødvendigvis også være identisk.

58. Kort sagt bør svaret på det andet præjudicielle spørgsmål være, at det skal fastslås, om EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret beskytter det samme retlige gode, ved at undersøge de specifikke regler, der finder anvendelse. Dette omfatter en bedømmelse af, om de omhandlede nationale regler afviger fra EU-reglerne. Når konkurrencemyndighederne i to medlemsstater anvender artikel 101 TEUF og den tilsvarende bestemmelse i national konkurrenceret, beskytter de det samme retlige gode.

[37] – Nu § 3 zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (loven om beskyttelsen af konkurrencen), som ændret.

[38] – Jf. i denne retning dom af 3.5.2011, Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270, præmis 33). Jf. også dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 32), og af 7.12.2010, VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, præmis 56 og 57), hvori det henholdsvis er udtalt, at national ret skal sikre »EU-konkurrencerettens fulde effektivitet«, og ikke må bringe de nationale konkurrencemyndigheders effektive anvendelse af denne ret i fare, hvilket er formålet med forordning nr. 1/2003.

[39] – I denne henseende er det i tredje betragtning til direktiv 2019/1 anført, at »[i] praksis anvender størsteparten af de nationale konkurrencemyndigheder national konkurrenceret parallelt med artikel 101 [TEUF] og 102 i TEUF«.

[40] – Jeg kan, må jeg indrømme, stadig ikke helt få øje på denne merværdi. Kommissionens oprindelige forslag til forordning nr. 1/2003 indeholdt en noget mere logisk regel i udkastet til artikel 3, som bestemte: »Når en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, som omhandlet i traktatens artikel 81, eller misbrug af en dominerende stilling, som omhandlet i artikel 82, kan påvirke handelen mellem medlemsstater, *finder Fællesskabets og ikke medlemsstaternes konkurrenceret anvendelse*.« Min fremhævelse. Jf. forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (gennemførelsesforordning til traktatens artikel 81 og 82) (KOM(2000) 0582 endelig udg.) (EFT 2000, C 365 E, s. 284).

3. Identiske relevante faktiske omstændigheder: tid og sted

59. Jeg vil nu vende mig mod det tredje spørgsmål. Den forelæggende ret har spurgt, om det er relevant, at BKA tog hensyn til det omhandlede kartels virkninger i den anden medlemsstat, dermed, som jeg forstår det, på det østrigske marked.

60. Spørgsmålet skal besvares bekræftende.

61. Som generaladvokat Kokott anførte i sit forslag til afgørelse Toshiba: »Karteller er netop forbudt og forfølges, fordi de er til skade for konkurrencen eller i hvert fald kan påvirke konkurrencen negativt« [41]. Hun anførte også, at »[o]m formålet eller resultatet var at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, kan ikke vurderes abstrakt og skal altid undersøges i forhold til en bestemt periode og et bestemt område« [42].

62. Med andre ord er det afgørende ved afgørelsen af, om det andet hold sager er udelukket på grund af princippet *ne bis in idem*, definitionen af tid og sted, som den omhandlede restriktion vedrører. I Toshiba-dommen var Domstolen enig med generaladvokaten i denne henseende og fremhævede, at virksomheders adfærd, »hvis formål eller resultat er at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, kan ikke vurderes abstrakt og skal altid undersøges i forhold til det *område*, […] med hensyn til hvilket den pågældende adfærd har haft et sådant formål eller resultat, og den *periode*, i løbet af hvilken den pågældende adfærd har haft et sådant formål eller resultat« [43]. Ifølge Domstolen er både område og tid relevante elementer, som udgør identiteten af *de faktiske omstændigheder* [44].

63. I de følgende afsnit i dette forslag til afgørelse vil jeg kort på dette grundlag behandle den identiske tid og det identiske sted i hovedsagen. For det første kan jeg, henset til oplysningerne i sagsakterne, kun fremsætte en ren hypotese om, hvorvidt BKA også tog hensyn til den forbudte adfærds virkninger på det østrigske marked (a). For det andet vil jeg vende mig mod den problemstilling, som Domstolen bedst er i stand til at tage stilling til, nemlig om en sådan ekstraterritorial straf for virkningerne af en vis adfærd, som tilsyneladende åbenbarer sig i en anden medlemsstat, faktisk har været retligt muligt (b).

a) Det område, som BKA tog hensyn til som et faktisk element

64. Det er i forelæggelsesafgørelsen anført, at BKA's afgørelse gengiver indholdet af telefonsamtalen af 22. februar 2006 vedrørende Østrig. Samtidig har BWB i den for den forelæggende ret verserende appel støttet sig til den samme telefonsamtale.

65. Det er fuldt ud muligt, at en enkelt telefonsamtale kan vedrøre flere geografiske markeder. Der mangler dog i denne henseende klarhed over, hvorvidt BKA faktisk tog hensyn til virkningerne af det omhandlede kartel om markedsopdeling på det østrigske marked, og hvad der faktisk menes ved »tog hensyn til virkningerne« i denne sag.

41 – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 128).

42 – Ibidem, punkt 129.

43 – Dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 99). Min fremhævelse.

44 – Ibidem, præmis 99. Jf. også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 130).

66. Det er for, at den beskyttelse, som princippet ne bis in idem yder, udløses, ikke tilstrækkeligt, at en vis adfærd eller en række faktiske omstændigheder nævnes og gengives et sted i en afgørelse. De identiske faktiske omstændigheder skal anses for at være retligt relevante, deres virkninger skal kvalificeres og bedømmes som sådan. Hvad angår denne sag er sådanne faktiske elementer vedrørende den omhandlede telefonsamtale da blevet taget i betragtning i BKA's konstatering af en overtrædelse af konkurrencelovgivningen? Følger det af BKA's afgørelse, at denne nationale konkurrencemyndighed også forfulgte og straffede de respektive virksomheder for så vidt angår det østrigske marked? Eller anså BKA samtalen for en del af beviserne for en overtrædelse for så vidt angår det tyske marked [45]?

67. Jeg formoder, at en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed bør indeholde oplysninger af denne art, uanset om det er med hensyn til definitionen af det relevante marked, der er taget hensyn til, eller vigtigere med hensyn til konstateringen af, hvor og hvornår overtrædelsen af konkurrencereglerne efter nævnte myndigheds opfattelse blev begået.

68. Det tilkommer i givet fald den forelæggende ret at undersøge og besvare disse spørgsmål, om nødvendigt i samarbejde med BKA, for at fastlægge den faktiske rækkevidde af denne nationale konkurrencemyndigheds handling. Samarbejdet kan finde sted enten indirekte med BWB's bistand [46] eller direkte [47].

69. Endelig, som den forelæggende ret har nævnt i forelæggelsesafgørelsen, og som nogle af de berørte parter har påpeget, tog BKA ved udmålingen af bødens størrelse kun hensyn til de pågældende virksomheders omsætning på det tyske område. I Toshiba-dommen udtalte Domstolen i en tilsvarende sammenhæng om Kommissionens beregning af bøder, at en sådan faktor kan være relevant [48].

70. Selv om en sådan faktor kan være en nyttig indirekte indikator, kan den dog næppe anses for afgørende i sig selv. For det første kræver det en vis portion efterrationalisering. Omvendt årsagsforbindelse virker imidlertid ikke altid: Det forhold, at en myndighed har beregnet bøderne på en bestemt måde i stedet for en anden, kan skyldes faktorer, som ikke vedrører afgørelsens tilsigtede anvendelsesområde. For det andet er der nu en vis konvergens i de nationale konkurrencemyndigheders praksis om beregning af bøder [49]. Denne praksis er imidlertid ikke fuldstændigt harmoniseret og må nødvendigvis blive delvist fastlagt i indbyrdes forskellig national lovgivning og praksis.

[45] – Det kan ligeledes på grund af sagens faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har redegjort for dem (jf. ovenfor, punkt 11), tænkes, at der kan være »taget hensyn til« telefonsamtalen vedrørende det østrigske marked som indicier for den ulovlige konkurrencebegrænsning på det tyske marked i den relevante periode.

[46] – I henhold til artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 er en national konkurrencemyndighed bestemt berettiget til at anmode om den endelige afgørelse fra en anden national konkurrencemyndighed, herunder afsnit, der anses for at indeholde fortrolige oplysninger.

[47] – Der er faktisk ingen specifikke bestemmelser i forordning nr. 1/2003, som giver en national ret beføjelse til at anmode om en kopi af en endelig afgørelse fra en national konkurrencemyndighed i en anden medlemsstat. Jeg anser det ikke desto mindre for begrundet, at en national ret kan anmode om en sådan endelig afgørelse, enten i henhold til artikel 12, stk. 1, eller artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, der finder analog anvendelse, eller direkte i henhold til artikel 4, stk. 3, TEU.

[48] – Dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 101).

[49] – En række nationale konkurrencemyndigheder har faktisk allerede tidligere fulgt Kommissionens vejledning herom. Herudover harmoniserer direktiv 2019/1, som dog ikke finder anvendelse ratione temporis i hovedsagen, nogle aspekter af pålæggelsen af bøder i dettes kapitel V.

71. Sammenfattende er afklaringen af det geografiske (og potentielt tidsmæssige) anvendelsesområde for BKA's afgørelse et faktisk forhold, som den nationale ret skal afgøre. Det spørgsmål, der skal tages stilling til på et tidligere tidspunkt, og som er et mere egnet spørgsmål, som Domstolen er bedre i stand til at bedømme, er, om en national konkurrencemyndighed er retligt bemyndiget til at straffe de ekstraterritoriale virkninger af en given overtrædelse.

b) Det område, som en national konkurrencemyndighed kan tage hensyn til som et retligt forhold

72. Uanset hvad BKA faktisk gjorde, kan myndigheden så retligt have konstateret og også straffet overtrædelsen af konkurrencereglerne på det østrigske marked? Opfattelsen hos parterne i denne sag afviger i denne henseende fra hinanden.

73. Agrana har anført, at afgørelser fra en national konkurrencemyndighed, som anvender artikel 101 TEUF, ikke kan begrænses til virkningerne på det nationale område. Når en national konkurrencemyndighed anvender artikel 101 TEUF, skal den analysere alle aspekter af den omhandlede konkurrencebegrænsning på det indre marked.

74. BWB har derimod gjort gældende, at territorialprincippet begrænser en national konkurrencemyndigheds beføjelse til at pålægge straf til det nationale område. Det er også, hvad BWB gjorde, da den baserede beregningen af den bøde, som Südzucker skulle pålægges, på omsætningen på det østrigske marked. Territorialprincippet er dermed til hinder for, at princippet ne bis in idem krænkes, fordi den straffede adfærds geografiske rækkevidde altid vil være forskellig. Den tyske regering er af en tilsvarende opfattelse. En national konkurrencemyndighed kan kun straffe en overtrædelse af konkurrenceretten på sit eget område, hvilket afspejles af den bøde, der beregnes på grundlag af virksomhedens omsætning i den givne medlemsstat.

75. Den belgiske regering er af den opfattelse, at når en national konkurrencemyndighed anvender artikel 101 TEUF, skal den agere, som Kommissionen ville, dvs. ved at tage hensyn til alle den omhandlede konkurrencebegrænsnings virkninger inden for det indre marked. Dette har dog to begrænsninger. For det første kan medlemsstatens forfatningsret og -traditioner forbyde, at en national konkurrencemyndighed straffer ekstraterritoriale virkninger. For det andet er det under alle omstændigheder kun muligt at straffe for ekstraterritoriale virkninger gennem en aftale med den nationale konkurrencemyndighed på det berørte område.

76. Jeg erindrer som udgangspunkt om, at forfølgelse og straf traditionelt er blevet reguleret af territorialprincippet. Det er naturligvis muligt, at en stat kan forsøge at »række ud over egne grænser« og forsøge at straffe adfærd, som fandt sted andetsteds. Det kan ske i situationer reguleret af en særkompetence, det være sig i forhold til visse typer af personer (nemlig egne statsborgere) eller i forhold til visse typer lovovertrædelser (nemlig enten dem, hvor statens interesser angribes, uanset hvor de begås, eller visse typer uhyrlige forbrydelser, hvor der er universel jurisdiktion osv.).

77. Det, der tæller for alle disse tilfælde af faktisk ekstraterritorialitet, er, at de nødvendiggør en udtrykkelig hjemmel, det være sig i den nationale ret, folkeretten eller EU-retten. Et bemærkelsesværdigt og nyere eksempel på en sådan ekstraterritorial bemyndigelse i EU-retten er den ledende tilsynsmyndigheds kompetence i henhold til »one-stop-shop-ordningen« i forordning (EU) 2016/679 (herefter »GDPR-forordningen«) til at efterforske og i givet fald straffe hele kæden af grænseoverskridende behandling, som en dataansvarlig eller en databehandler

foretager inden for Den Europæiske Unions[50]. Selv om det vil være søgt at påstå, at de nøjagtige grænser for kompetencen inden for denne ordning er uomtvistede[51], er der dog ikke tvivl om, at der findes både den materielle bestemmelse om databehandlingens lovlighed og en udtrykkelig kompetencebestemmelse, som giver en given tilsynsmyndighed bemyndigelse til at handle ekstraterritorialt, når den anvender disse materielle regler.

78. Hvilket begrebsmæssigt standpunkt er der indtaget i forordning nr. 1/2003 i denne henseende? Jeg må indrømme, at det ikke er nemt at sammenfatte.

79. På den ene side er der klare indikationer på, at der er overvejet et grænseoverskridende anvendelsesområde. For det første udløses de nationale myndigheders forpligtelse til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF, når *handelen mellem medlemsstaterne kan blive påvirket*. Det forekommer, at dette også kan udløse en national konkurrencemyndigheds iboende mulighed for at forfølge og straffe en given lovovertrædelses ekstraterritoriale virkninger.

80. For det andet forekommer artikel 13 i forordning nr. 1/2003 at bekræfte det samme. Bestemmelsens stk. 1 bestemmer, at en national konkurrencemyndighed kan suspendere proceduren eller afvise klagen, når en og *samme* aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis *behandles* af en anden myndighed[52]. Tilsvarende bestemmer bestemmelsens stk. 2, at en national konkurrencemyndighed kan afvise en klage, når den modtager en klage over en aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis, der i forvejen *er behandlet* af en anden konkurrencemyndighed[53].

81. For det tredje forekommer den fortolkning, at en handling fra en national konkurrencemyndigheds side kan have ekstraterritorial rækkevidde, også at være bekræftet i Kommissionens meddelelse om samarbejdet. I meddelelsen præciseres for så vidt angår artikel 13, at udtrykket »*behandler sagen*« i bestemmelsen »ikke blot [betyder], at der er indgivet klage til en anden myndighed, men også, at den anden myndighed selv undersøger eller har undersøgt sagen«[54]. I meddelelsen anføres videre, at artikel 13 »kan gøres gældende, når en aftale eller praksis indebærer den(de) samme overtrædelse(r) på de samme relevante geografiske markeder og produktmarkeder«[55].

82. Endvidere gives i samme meddelelse en præcis beskrivelse af begrebet en myndighed med »særlige forudsætninger«, der anvendes i meddelelsen om samarbejdet, i forhold til en given overtrædelse af konkurrenceretten[56]. Hvis en national konkurrencemyndigheds kompetence i alle situationer er begrænset til det nationale område, giver begrebet en godt placeret myndighed ikke megen mening, medmindre det accepteres, at nogle dele af en overtrædelse ikke straffes på grund

[50] – Artikel 56, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27.4.2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (EUT 2016, L 119, s. 1).

[51] – Som det for nyligt er fremgået af dom af 15.6.2021, Facebook Ireland m.fl. (C-645/19, EU:C:2021:483).

[52] – Min fremhævelse. Selv om bestemmelsen bestemmer, at »[…] den omstændighed, at en myndighed behandler sagen, [udgør] *en tilstrækkelig grund* for de øvrige myndigheder til at suspendere deres procedure eller afvise klagen«, anfører meddelelsen om samarbejdet, at en national konkurrencemyndighed ikke er forpligtet til at suspendere proceduren eller afvise klagen. Dette skyldes, at samarbejdet i henhold til forordning nr. 1/2003 reguleres af fleksibilitet. Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EUT 2004, C 101, s. 43, punkt 22) (herefter »meddelelsen om samarbejdet«).

[53] – Min fremhævelse.

[54] – Ibidem, punkt 20.

[55] – Ibidem, punkt 21.

[56] – En national konkurrencemyndighed kan anses for at en sådan myndighed, når for det første den pågældende aftale eller praksis har en betydelig direkte faktisk eller forudsigelig indvirkning på konkurrencen inden for dens område eller gennemføres i eller stammer fra dens område, for det andet myndigheden effektivt vil kunne bringe hele overtrædelsen til ophør, og for det tredje den kan, eventuelt med andre myndigheders bistand, indsamle det materiale, der er nødvendigt for at bevise overtrædelsen. Ibidem, punkt 8.

af territoriale begrænsninger af en sådan »godt placeret myndigheds« kompetence. Hvis det derimod accepteres, at den effektive beskyttelse af konkurrencen inden for det indre marked kan kræve, at en given konkurrencebegrænsende adfærd kun efterforskes af en godt placeret national konkurrencemyndighed, bør en sådan national konkurrencemyndighed faktisk kunne efterforske den samlede adfærd, således at alle dele heraf straffes.

83. Hvorom alting er, udgør meddelelsen om samarbejdet næppe en retligt bindende EU-retsakt, og betydningen af muligheden for at »suspendere eller afvise« klagen i henhold til artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 er formentlig ikke ganske ligetil. Artikel 13 indebærer imidlertid, hvis den bedømmes i sin helhed, at der kan være et territorialt overlap. Hvis hver eneste nationale konkurrencemyndigheds beføjelser var strengt begrænset til det nationale område, hvilket behov ville der så være for at suspendere eller afvise en klage, når der er verserende sager for en anden national konkurrencemyndighed, der behandler den samme adfærd? Der er naturligvis en række forskellige, men dog forbundne anliggender, i forbindelse med hvilke suspension kan være rimelig, men »afvisningen« forekommer kun at give mening, når begge nationale konkurrencemyndigheder er blevet præsenteret for det samme anliggende, herunder det samme geografiske anvendelsesområde.

84. På den anden side er det rimeligt at anerkende, at der er tale om rent »indirekte fingerpeg« om, at ekstraterritorialiteten blev overvejet ved udformningen af forordning nr. 1/2003. Herudover er jeg dog enig med den tyske regering i, at der ikke er en hovedbestemmelse, som faktisk klart tillægger nationale konkurrencemyndigheder kompetence til ekstraterritoriale sager, i forordning nr. 1/2003. Som den tyske regering ganske relevant har anført, indeholder artikel 5 i forordning nr. 1/2003, der har overskriften »De nationale konkurrencemyndigheders kompetence«, hvor man normalt ville forvente at finde en tilsvarende bemyndigelsesbestemmelse, intet herom. Dette udgør derfor ikke et tilstrækkeligt retsgrundlag for, at en national konkurrencemyndighed vedtager en ekstraterritorial afgørelse, når der ikke er hjemmel herfor i national ret. Den belgiske regering har også anført noget tilsvarende.

85. Jeg er enig med disse regeringer i, at for at en national konkurrencemyndighed kan udøve sine beføjelser ekstraterritorialt, skal der være et tilstrækkeligt retsgrundlag, der – på EU-rettens nuværende udviklingstrin – kun kan komme fra det nationale retssystem. Det kan kort tilføjes, at den tyske regering i retsmødet anførte, at der heller ikke findes et sådant retsgrundlag i tysk ret.

86. Jeg ønsker at understrege, at et sådant forslag er fremsat under fuldstændig hensyntagen til artikel 101 TEUF, der faktisk som en af betingelserne for anvendelsen heraf opregner, at handelen mellem medlemsstaterne skal kunne påvirkes. Efter min opfattelse er det dog umuligt at fortolke artikel 101 TEUF, som i det væsentlige er en materiel bestemmelse, således, at den også udgør en bemyndigelsesbestemmelse, der tillægger hver eneste nationale konkurrencemyndighed beføjelsen til at forfølge og straffe enhver konkurrencebegrænsende adfærd hvor som helst inden for Den Europæiske Union[57].

87. Det svar, jeg foreslår på det tredje spørgsmål, er dermed, at det forhold, at en national konkurrencemyndighed tog hensyn til en given konkurrencebegrænsende adfærds ekstraterritoriale virkninger i en tidligere afgørelse, forudsat at den var berettiget hertil i henhold til national ret, er relevant for undersøgelsen af anvendelsen af princippet *ne bis in idem* i den efterfølgende sag. Chartrets artikel 50 er til hinder for, at en national konkurrencemyndighed eller en ret straffer konkurrencebegrænsende adfærd, som allerede har været genstand for en

[57] – Henset til disse betragtninger kan man kun i bakspejlet beundre klarheden i Kommissionens oprindelige udkast hertil (fodnote 40 ovenfor) og beklage, at den ikke blev bibeholdt.

tidligere sag, der er afsluttet med en endelig afgørelse vedtaget af en anden national konkurrencemyndighed. Forbuddet finder imidlertid kun anvendelse, for så vidt som den tidsmæssige og geografiske rækkevidde af genstanden i begge sager er den samme.

C. Princippet ne bis in idem i sager, som har omfattet anvendelsen af en straflempelsesordning

88. Den forelæggende ret har med det fjerde spørgsmål spurgt, om princippet ne bis in idem finder anvendelse i sager, som har omfattet anvendelsen af en straflempelsesordning, og hvor der af denne grund ikke er pålagt en bøde.

89. Efter min opfattelse skal svaret på dette spørgsmål være bekræftende.

90. For det første beskytter princippet ne bis in idem begrebsmæssigt, som den italienske regering med rette har erindret om, ikke kun mod pålæggelse af en anden bøde for det samme forhold, men også mod en anden domfældelse [58]. Selve indledningen af den anden sag vedrørende det samme forhold udgør efter min opfattelse en krænkelse af den i chartrets artikel 50 knæsatte garanti. Af de grunde, jeg detaljeret har redegjort for i mit forslag til afgørelse i bpost-sagen [59], er jeg også her uenig med Domstolens standpunkt i denne henseende i Menci-dommen [60].

91. For det andet henviser det fjerde spørgsmål til en situation, hvor en national konkurrencemyndighed gennemfører en sag, hvori en virksomhed ønsker at blive omfattet af en straflempelsesordning. En sådan ordning muliggør en gunstig behandling af virksomheder, som har besluttet at samarbejde med den respektive konkurrencemyndighed i efterforskningen af overtrædelser af artikel 101 TEUF [61].

92. Bødefritagelse eller -nedsættelse er imidlertid på ingen måde automatisk garanteret. Det afhænger af en række betingelser, som har det til fælles, at de omhandler »merværdien« af virksomhedens samarbejde for opdagelsen af og pålæggelse af straf for den forbudte aftale [62]. Afhængig af omstændighederne kan en virksomhed, der ansøger om straflempelse, få (eller ikke få) fuldstændig eller delvis bødefritagelse, selv om det fastslås, at den har overtrådt konkurrenceretten [63]. Selv om adfærden eller udfaldet af den nationale sag sandsynligvis kan ændres ved en ansøgning om straflempelse, er det korte af det lange dermed, at de stadig er sager i deres egen ret, hvori alle de pågældende virksomheder skal deltage, herunder den virksomhed, der har ansøgt om straflempelse.

[58] – Jf. f.eks. dom af 3.4.2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, præmis 29 og 30).

[59] – bpost, sag C-117/20, punkt 107-110

[60] – Den forelæggende rets fjerde spørgsmål illustrerer faktisk ganske godt et af de begrebsmæssige problemer med Menci-dommen. Jeg formoder, at den blotte konstatering af ulovligheden uden, at der idømmes en sanktion, sandsynligvis pr. definition opfylder proportionalitetselementet i den omhandlede begrænsning i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1. To parallelle sager mod den samme virksomhed, der blev indledt som følge af to straflempelsesordninger, kan så meget desto mere dermed aldrig krænke princippet ne bis in idem, eftersom der ikke blev pålagt nogen bøder. Princippet ne bis in idem kan imidlertid – og igen – ikke reduceres til en ex post facto-efterprøvelse af de samlede sanktioners forholdsmæssighed.

[61] – Jf. f.eks. artikel 2, nr. 15), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26.11.2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EUT 2014, L 349, s. 1). Jf. også artikel 2, stk. 1, nr. 16), i direktiv 2019/1.

[62] – Jf. endvidere Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EUT 2006, C 298, s. 17, punkt 8).

[63] – Den specifikke behandling afhænger af national ret. BWB har forklaret, at sager, der indledes på grund af en ansøgning om straflempelse, er civile, retslige ikke-kontradiktoriske sager, der er underlagt § 38 i 2005 Kartellgesetz. I modsætning til sager for Kommissionen er de nationale sager ikke integreret i de samlede sager, der omfatter alle andre parter, men er i stedet en uafhængig sag. Den medfører ikke, at der pålægges en bøde, eller at bøden nedsættes til nul. Der er snarere tale om, at retten konstaterer, at der er begået en overtrædelse, efter at BWB har tildelt bødefritagelse.

93. For det tredje vil sagen stadig, selv hvis alt går godt for den virksomhed, der er omfattet af straflempelsesordningen, og den i sidste ende tildeles en fuldstændig bødefritagelse, føre til, at det fastslås, at den virksomhed, der har ansøgt om straflempelse, har overtrådt konkurrenceretten. Som jeg forstår det, vil der derfor fortsat billedligt talt være en »konstatering af skyld« i henhold til national ret. En sådan konstatering kan være ganske væsentlig for den/de pågældende virksomheds/virksomheders fremtid. Hvis virksomheden senere atter måtte anses for skyldig i en overtrædelse af konkurrenceretten, vil dens tidligere domfældelse og »recidivisme« sandsynligvis udløse en automatisk forhøjelse af bøden. Samtidig kan det ikke udelukkes, at private parter kan støtte ret på en autoritativ konstatering af, at virksomheden har begået en ulovlighed, fra den kompetente offentlige myndighed eller en ret, som offentligheden sandsynligvis har adgang til [64], når de ønsker godtgørelse for den skade, som den pågældende konkurrencebegrænsende adfærd har forvoldt [65].

94. Kort sagt kan jeg ikke se nogen principiel grund til, hvorfor anvendeligheden af og anvendelsesområdet for princippet ne bis in idem bør bedømmes forskelligt afhængigt af, om den omhandlede konkurrenceretlige sag omfattede anvendelsen af en straflempelsesordning, selv når dette faktisk medfører en fuldstændig bødefritagelse. Jeg er i lyset heraf uenig i Kommissionens noget indiciebetonede argument, hvorefter anvendelsen af princippet ne bis in idem bør afhænge af, om der fortsat er mulighed for, at Nordzucker mister sin status som ansøger om straflempelse, og en bøde dermed stadig kan pålægges.

95. Jeg foreslår derfor, at svaret på det fjerde stillede spørgsmål er, at princippet ne bis in idem, der er knæsat i chartrets artikel 50, også finder anvendelse i forbindelse med nationale sager, som omfatter anvendelsen af en straflempelsesordning, og som ikke fører til, at der pålægges en bøde.

V. Forslag til afgørelse

96. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer de af Oberster Gerichtshof (den øverste domstol, Østrig) forelagte spørgsmål som følger:

»1) Anvendelsen af princippet *ne bis in idem*, der er knæsat i artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, støttes på undersøgelsen af idem defineret ved den identiske lovovertræder, de identiske relevante faktiske omstændigheder og det identiske beskyttede retlige gode.

2) Det skal fastslås, om EU-konkurrenceretten og national konkurrenceret beskytter det samme retlige gode, ved at undersøge de specifikke regler, der finder anvendelse. Dette omfatter bedømmelsen af, om de omhandlede nationale regler afviger fra EU-reglerne. Når konkurrencemyndighederne i to medlemsstater anvender artikel 101 TEUF og den tilsvarende bestemmelse i national konkurrenceret, beskytter de det samme retlige gode.

[64] – Hvis en afgørelse fra en ret indeholder en konstatering af en overtrædelse af konkurrencereglerne med alle de samlede beviser, der udgør en del af den retslige begrundelse, forekommer enhver beskyttelse i henhold til kapitel II i direktiv 2014/104 at være udelukket. Situationen er imidlertid næppe meget anderledes for så vidt angår en endelig afgørelse om overtrædelse fra en national konkurrencemyndighed (i modsætning til de blotte sagsakter eller beviser indgivet i straflempelsesprocedurer, såsom de i artikel 6, stk. 6, i direktiv 2014/104 opregnede).

[65] – Hvilket dermed fjerner den tunge bevisbyrde, som en privat sagsøger sandsynligvis står over for, hvis vedkommende ønsker at anlægge en »særskilt« erstatningssag for overtrædelse af konkurrencereglerne med henblik på nøjagtigt at fastslå det, som er en sådan afgørelses specifikke indhold – at der er sket en overtrædelse af konkurrencereglerne. Jf. videre for nylig mit forslag til afgørelse Stichting Cartel Compensation og Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373, punkt 93-96).

3) Det forhold, at en national konkurrencemyndighed tog hensyn til en given konkurrencebegrænsende adfærds ekstraterritoriale virkninger i en tidligere afgørelse, forudsat at den var berettiget hertil i henhold til national ret, er relevant for undersøgelsen af, om princippet ne bis in idem finder anvendelse i den efterfølgende sag. Chartrets artikel 50 er til hinder for, at en national konkurrencemyndighed eller en ret straffer konkurrencebegrænsende adfærd, som allerede har været genstand for en tidligere sag, der blev afsluttet med en endelig afgørelse vedtaget af en anden national konkurrencemyndighed. Forbuddet finder imidlertid kun anvendelse, for så vidt som den tidsmæssige og geografiske rækkevidde af begge sagers genstand er den samme.

4) Princippet ne bis in idem, der er knæsat i chartrets artikel 50, finder også anvendelse i forbindelse med nationale sager, som omfatter anvendelsen af en straflempelsesordning, og som ikke fører til, at der pålægges en bøde.«