



Datum van inontvangstneming : 14/05/2020

Zaak C-151/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

27 maart 2020

Verwijzende rechter:

Oberster Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 maart 2020

Verzoekster en appellante:

Bundeszweitsbewerbsbehörde (federale mededingingsautoriteit, Oostenrijk)

Verweersters en geïntimeerden:

1. Nordzucker AG
2. Südzucker AG
3. Agrana Zucker GmbH

Voorwerp van het hoofdgeding

Inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU, onder meer wegens mededingingsversturende afspraken met betrekking tot de Oostenrijkse suikermarkt

Voorwerp van de prejudiciële vraag

Beginsel ne bis in idem in het kader van de vervolging van dezelfde inbreuk door autoriteiten van verschillende lidstaten, belang van het beschermde rechtsgoed

Prejudiciële vragen

1. Moet het in de mededingingsrechtelijke rechtspraak van het Hof ontwikkelde derde criterium voor de toepasbaarheid van het beginsel ne bis in idem, namelijk dat het moet gaan om hetzelfde beschermde rechtsgoed, ook worden toegepast wanneer de mededingingsautoriteiten van twee lidstaten bevoegd zijn om voor dezelfde feiten en met betrekking tot dezelfde personen naast de nationale rechtsregels ook dezelfde Europese rechtsregels (in casu artikel 101 VWEU) toe te passen?

Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord:

2. Is in een dergelijk geval van parallele toepassing van Europees en nationaal mededingingsrecht sprake van hetzelfde beschermde rechtsgoed?

3. Is het voor de toepassing van het beginsel ne bis in idem voorts van belang of in het, chronologisch gezien, eerste boetebesluit van de mededingingsautoriteit van een lidstaat rekening is gehouden met de feitelijke gevolgen van de mededingingsinbreuk in die andere lidstaat, waarvan de mededingingsautoriteit pas op een later tijdstip uitspraak heeft gedaan in de door haar gevoerde mededingingsprocedure?

4. Is het beginsel ne bis in idem ook van toepassing op een procedure waarbij op grond van de deelname van een inbreukpleger aan een nationaal clementieprogramma louter diens inbreuk op het mededingingsrecht kan worden vastgesteld, of kan een dergelijke loutere vaststelling van de inbreuk plaatsvinden ongeacht het resultaat van een eerdere kartelrechtelijke boeteprocedure (in een andere lidstaat)?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 101 VWEU, artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”), artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (hierna: „SUO”), artikel 2 van verordening (EG) nr. 1184/2006, artikel 2 van verordening nr. 26/1962, artikel 209, lid 1, van verordening (EU) nr. 1308/2013, verordening (EG) nr. 318/2006, overwegingen 18 en 37 en artikel 5, artikel 13, leden 1 en 2, en artikel 23, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

§ 1, § 2, lid 2, punt 5, § 28, lid 1, § 29, punt 1, onder a) en d), en § 36, lid 1, van het Kartellgesetz 2005 (Oostenrijkse kartelwet van 2005) en § 9, § 87, lid 2, en § 142, punt 1, onder a) en d), van het Kartellgesetz 1988 (Oostenrijkse kartelwet van 1988)

Aangevoerde rechtspraak van het Hof

Arresten van 18 juni 2013, Schenker & Co (C-681/11); 14 februari 2012, Toshiba (C-17/10); 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl (C-238/99); 7 januari 2004, Aalborg Portland (C-204/00 P); 29 juni 2006, Showa Denko, (C-289/04 P); 13 februari 1968, █████ █████ (14/68); 18 mei 2006, Archer-Midlands (C-397/03); 9 maart 2006, █████ (C-436/04); 20 maart 2018, █████ (C-524/15), en 28 september 2006, █████ (C-150/05)

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 De concerns van de eerste twee verweersters (Nordzucker en Südzucker) behoren tot de belangrijkste suikerproducenten in Europa. Derde verweester (Agrana), die wordt gecontroleerd door Südzucker, exploiteert twee suikerfabrieken in Oostenrijk en bezit via dochterondernemingen andere suikerfabrieken in Oost-Europa. In Duitsland werd de suikermarkt al tientallen jaren gedomineerd door de ondernemingen van drie grote producenten, waaronder de eerste twee verweersters. Om historische redenen, maar ook wegens de homogeniteit van het product en de hoge transportkosten, was de Duitse suikermarkt opgedeeld in de hoofdafzetgebieden van de grote Duitse producenten („thuismarktbeginsel”). Dit beginsel strekte zich niet uit tot buitenlandse afzetmarkten, en dus ook niet tot markten waarop dochterondernemingen van de Duitse suikerproducenten actief waren – zoals de Oostenrijkse markt. Derde verweester opereert grotendeels autonoom op de door haar bestreken markten en geldt als de belangrijkste Oostenrijkse suikerproducent.
- 2 Toen buitenlandse suikerproducenten steeds meer pogingen ondernamen om vaste voet op de Duitse suikermarkt te krijgen, vonden er uiterlijk vanaf 2004 verschillende ontmoetingen plaats tussen de toenmalige verkoopdirecteuren van de eerste twee verweersters, die bevoegd waren voor de verkoop van industriesuiker in Duitsland. Tijdens die vergaderingen werd er met klem op gewezen dat Duitse ondernemingen de nieuw ontstane concurrentiedruk het best konden opvangen door elkaar niet te beconcurreren en de traditionele hoofdafzetgebieden van de andere producenten niet te betreden. Tijdens deze gesprekken werd niet over Oostenrijk gesproken. Ook had derde verweester niet aan deze gesprekken deelgenomen en waren haar verantwoordelijken hiervan niet op de hoogte.
- 3 Voor het Oostenrijkse afzetgebied was de opening van de oostgrenzen van de Europese Unie van wezenlijk belang. Rond de jaarwisseling 2005-2006 stelde derde verweester vast dat sommige van haar industriële klanten, die tot dan toe uitsluitend door haar werden bevoorrad, ook suiker in Slowakije aankochten, kennelijk bij de dochteronderneming van eerste verweester. Tijdens een telefoongesprek op 22 februari 2006 over andere zakelijke onderwerpen informeerde de directeur van derde verweester de verkoopdirecteur van tweede verweester over deze leveringen naar Oostenrijk en vroeg hij hem of hij iemand

bij eerste verweerster kende die hij hierop zou kunnen aanspreken. De verkoopdirecteur van tweede verweerster telefoneerde daarop met de verkoopdirecteur van eerste verweerster en deed zijn beklag over de leveringen naar Oostenrijk. De verkoopdirecteur van eerste verweerster deed hem dienaangaande geen toezegging, nam het risico voor de „concurrentievrede” op de Duitse markt evenwel ernstig en informeerde zijn collega en de bestuursvoorzitter van eerste verweerster op 23 februari 2006 per e-mail over het gesprek. Laatstgenoemde droeg hem mondeling op om niets te ondernemen. De verkoopdirecteur van eerste verweerster nam echter contact op met de verkoopdirecteur van de Slowaakse dochteronderneming en stelde hem ervan in kennis dat een uitbreiding van de export naar Oostenrijk niet wenselijk was. Laatstgenoemde interpreteerde deze mededeling van een – voor hem belangrijk – persoon uit het hoofdkantoor evenwel als een bevel en toonde zich bereid om het uit te voeren. Derde verweerster bleef volledig in het ongewisse over deze interne gebeurtenissen bij eerste verweerster. Het telefoongesprek van 22 juni 2006 bleef het enige gesprek tussen verweersters waarin de Oostenrijkse markt ter sprake was gekomen.

- 4 Bij definitief geworden boetebesluit van 18 februari 2014 heeft het Bundeskartellamt (Duits federaal bureau voor mededingingsregelingen) tweede verweerster als subsidiair betrokkene een boete opgelegd van 195 500 000 EUR, op grond van het feit dat meerdere van haar gemachtigden in het tijdvak tussen ten minste eind 2001 tot en met 26 maart 2009 op verschillende plaatsen in de Bondsrepubliek Duitsland opzettelijk inbreuk hadden gemaakt op het verbod op overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, dan wel uit onachtzaamheid hadden nagelaten de nodige toezichtsmaatregelen te nemen ter voorkoming van deze schending van het verbod op mededingingsregelingen, die in geval van een behoorlijke controle zou zijn voorkomen of aanzienlijk bemoeilijkt. Ten grondslag aan het boetebesluit lag de vaststelling dat gemachtigden van eerste verweerster, tweede verweerster en de derde Duitse onderneming – zowel voor industriële suiker als voor detailhandelsuiker – hadden gehandeld volgens de afspraak om de respectieve hoofdafzetgebieden van hun concurrenten niet te betreden (het zogenoemde „thuismarktbeginnsel”). In dat verband heeft het Duitse Bundeskartellamt vastgesteld dat van 2004 tot en met 2007 en in de zomer van 2008 regelmatig ontmoetingen hadden plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van eerste en tweede verweerster. Het voornoemde boetebesluit, dat amper 22 bladzijden telt, maakt uitdrukkelijk melding van de inhoud van het hierboven geschetste telefoongesprek van 22 februari 2006 tussen de verkoopdirecteur van tweede verweerster en de verkoopdirecteur van eerste verweerster over de Oostenrijkse markt.
- 5 In de onderhavige **procedure** heeft de federale mededingingsautoriteit ten aanzien van eerste verweerster vaststelling gevorderd van inbreuk op artikel 101 VWEU en op de dienovereenkomstige bepalingen van de nationale kartelwet, ten aanzien

van tweede verweerster de oplegging gevorderd van een geldboete van 12 460 000 EUR voor het tijdvak van 1 januari 2005 tot en met 21 september 2006, alsook de oplegging van een verdere geldboete van 15 390 000 EUR voor het tijdvak van 22 september 2006 tot en met 31 oktober 2008, hoofdelijk verschuldigd tezamen met derde verweerster.

- 6 De **rechter in eerste aanleg** heeft de vorderingen afgewezen. Aangaande de vaststellingsvordering ten aanzien van eerste verweerster dient te worden opgemerkt dat de federale mededingingsautoriteit geen legitiem belang heeft bij het vorderen van vaststelling jegens een onderneming ten aanzien waarvan zij krachtens de clementieregeling heeft afgezien van het vorderen van een geldboete. Van een landbouwuitzondering in de zin van verordening (EU) nr. 1308/2013 is geen sprake. Voor het tijdvak tot en met februari 2006 zijn geen aanwijzingen dat Oostenrijk onderdeel was van de basisovereenkomst om de traditionele Duitse afzetgebieden te eerbiedigen, ook niet „stilzwijgend”. Met de in het telefoongesprek van 22 februari 2006 vervatte wens om de leveringen door de Slowaakse dochteronderneming van eerste verweerster naar Oostenrijk in 2006 op zijn minst af te remmen, en de daaropvolgende uitvoering van die wens, is tussen eerste en tweede verweerster echter een met het mededingingsrecht strijdige overeenkomst gesloten in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, die moet worden verondersteld merkbaar te zijn. Deze overeenkomst komt niet in aanmerking voor een de minimis-uitzondering. Het beginsel ne bis in idem is echter ook verankerd in de kartelrechtelijke boeteprocedure. Indien een bepaald aspect van de gedragingen en bijgevolg ook de mate van onrechtmatigheid is gedekt door een sanctie die reeds is opgelegd door een andere nationale mededingingsautoriteit, dan is een nieuwe sanctionering in strijd met het beginsel ne bis in idem. Dit is in casu het geval voor de overeenkomst van 22 februari 2006.
- 7 De federale mededingingsautoriteit heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak en vordert, wegens de op 22 februari 2006 telefonisch gemaakte afspraak tussen eerste en tweede verweerster, jegens eerste verweerster vaststelling van inbreuk op artikel 101 [VWEU] en op de dienovereenkomstige bepalingen van de nationale kartelwet, en jegens tweede verweerster oplegging van een passende geldboete op grond van dezelfde inbreuken.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 Volgens de **federale mededingingsautoriteit** hebben, aansluitend op het hierboven geschetste telefoongesprek van 22 februari 2006, verschillende ontmoetingen over de Oostenrijkse markt plaatsgevonden die overeenstemmen met het akkoord over het aan derde verweerster toegezegde territoriale monopolie. De individuele contacten tussen de karteldeelnemers moeten in hun geheel en tegen een ruimere achtergrond worden beoordeeld. Een actieve deelname van derde verweerster kan worden vastgesteld vanaf de eerste persoonlijke ontmoeting op 22 september 2006. Vanaf dat tijdstip tot en met 31 oktober 2008 is derhalve ook derde verweerster hoofdelijk met tweede verweerster aansprakelijk. De aan de

orde zijnde gedragingen vallen onder artikel 101 VWEU. Er kan geen beroep worden gedaan op de uitzonderingsbepalingen van artikel 2 van verordening (EG) nr. 1184/2006 dan wel van artikel 2 van verordening nr. 26/1962. Het door verweersters aangevoerde beginsel ne bis in idem is niet relevant, aangezien het Duitse Bundeskartellamt alleen is opgetreden tegen afspraken waarvan de gevolgen beperkt zijn gebleven tot de Duitse markt. Het is volgens het Unierecht toegestaan dat nationale autoriteiten parallel sancties opleggen voor inbreuken die zich tot meerdere lidstaten uitstrekken, op voorwaarde dat de geldboeten beperkt blijven tot de gevolgen op hun respectieve grondgebieden [gedecentraliseerde handhaving van het mededingingsrecht overeenkomstig verordening (EG) nr. 1/2003]. Dit is het geval geweest bij het besluit van het Duitse Bundeskartellamt. In het onderhavige geval zijn daarentegen alleen de gevolgen op de Oostenrijkse markt in geding. De rechter in eerste aanleg is voorbijgegaan aan het arrest van het Hof in de zaak Schenker & Co (C-681/11). In weerwil van hetgeen het Hof vereist, is niet onderzocht voor welke grondgebieden en op grond van welke handelingen een geldboete is opgelegd.

- 9 **Eerste verweerster** heeft, op zowel formele als materiële gronden, afwijzing gevorderd van de jegens haar ingestelde vaststellingsvordering wegens gebrek aan gerechtvaardigd belang. Vanuit haar perspectief heeft Oostenrijk weliswaar altijd, zij het impliciet, deel uitgemaakt van het „basisakkoord”, maar is het land op grond van de geringe afzetvolumes altijd een „ondergeschikt strijdtoneel” gebleven. Met de aan de orde gestelde gesprekken over Oostenrijk wilde eerste verweerster dan ook in de eerste plaats voorkomen dat gedragingen op de Oostenrijkse markt zouden uitmonden in tegenmaatregelen en „prijsoorlogen” in Duitsland, het „belangrijkste strijdtoneel”.
- 10 **Tweede verweerster** heeft ongegrondverklaring gevorderd van de boetevordering. Dat de hoofdafzetgebieden de facto zijn opgedeeld, is toe te schrijven aan de respectieve ligging van de suikerfabrieken en de hoge transportkosten. Gelet op deze situatie zou het „basisakkoord” op grond van economische overwegingen ook spontaan tot stand zijn gekomen, zonder dat afspraken ter bezegeling ervan hoefden te worden gemaakt. Meer nog, als er al sprake is geweest van een expliciete „verstandhouding”, dan heeft deze beslist niet „impliciet” betrekking gehad op Oostenrijk. In verband met Oostenrijk zijn geen harde afspraken gemaakt. Derde verweerster heeft de suikerfabriek binnen het concern van tweede verweerster altijd zelfstandig beheerd. Bij boetebesluit van het Duitse Bundeskartellamt van 18 februari 2014 is aan tweede verweerster een definitief geworden geldboete opgelegd. In dit boetebesluit is onder meer ook rekening gehouden met het telefoongesprek van 22 februari 2006. Bijgevolg is het op grond van het – ook in het kartelrecht erkende – beginsel ne bis in idem niet toegestaan om aan tweede verweerster op grond van dezelfde feiten een nieuwe geldboete op te leggen.
- 11 Ook **derde verweerster** heeft afwijzing gevorderd van de boetevordering. Het systeem van de marktopdeling in hoofdafzetgebieden is voortgevloeid uit een economische logica. Derde verweerster is niet betrokken geweest bij de contacten

die volgens de federale mededingingsautoriteit tussen eerste en tweede verweerster hebben plaatsgevonden. Wel is juist dat de directeur van derde verweerster heeft verzocht om met iemand bij eerste verweerster in contact te worden gebracht, maar hij heeft bij eerste verweerster nooit aangedrongen op een tussenkomst en daaromtrent ook nooit verdere informatie ontvangen. Tot slot vallen de door de federale mededingingsautoriteit gemaakte afspraken onder de in artikel 209, lid 1, van verordening (EU) nr. 1308/203 bedoelde uitsluiting van de landbouwsector van de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Tweede verweerster:

- 12 Aan tweede verweerster is in Duitsland een geldboete opgelegd op grond van feiten waarvan ook de in casu enige relevante mededingingsinbreuk deel uitmaakte, namelijk het telefoongesprek van 22 juni 2006.

Algemene overwegingen inzake het beginsel ne bis in idem

- 13 In het kader van het mededingingsrecht – met name in het geval van parallelle vervolgingen of bestraffingen door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten – heeft het Hof in zijn vaste rechtspraak [steeds] de rechtsopvatting verdedigd dat het beginsel ne bis in idem alleen dan toepassing kan vinden indien het „idem-bestanddeel” van het beginsel cumulatief betrekking heeft op drie criteria („trias”) van de zaak: het moet gaan om dezelfde feiten, dezelfde overtreder en hetzelfde beschermde rechtsgoed. In die zin moet het beginsel ook in kartelrechtelijke boeteprocedures in acht worden genomen (arresten van 14 februari 2012, Toshiba, C-17/10, EU:C:2012:72, punt 94; 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl, C-238/99, EU:C:2002:582, punt 59; 7 januari 2004, Aalborg Portland, C-204/00 P, EU:C:2004:6, punten 338 tot en met 340, en 29 juni 2006, Showa Denko, C-289/04 P, EU:C:2006:431, punt 50), en verbiedt het dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd wegens een met de mededinging strijdige gedraging waarvoor zij is bestraft of niet-aansprakelijk is verklaard (arrest Limburgse Vinyl, punt 59).
- 14 In punt 338 van het arrest Aalborg Portland en punt 94 van het arrest Toshiba heeft het Hof naar deze criteria verwezen en gepreciseerd dat een onderneming zich niet op het beginsel ne bis in idem kan beroepen wanneer de Commissie een onderneming een sanctie heeft opgelegd voor een andere gedraging dan die welke aan dezelfde onderneming is toegerekend en het voorwerp is van een eerdere beslissing van een nationale mededingingsautoriteit. Dat is ook het geval in omstandigheden waarin de beide beslissingen betrekking hebben op nauw met elkaar verbonden overeenkomsten en akkoorden.
- 15 Aan deze rechtspraak liggen overwegingen ten grondslag die terug zijn te voeren op het arrest van 13 februari 1968 in de zaak ██████████ (14/68, EU:C:1969:4)

en die verder ontwikkeld zijn tijdens de eerste decennia van de Europese integratie. Sindsdien zijn het nationale recht en het Unierecht steeds nauwer met elkaar verweven geraakt en is een zeker spanningsveld zichtbaar geworden, met name tussen de wijze waarop het derde criterium van de „trias” – dat het moet gaan om hetzelfde rechtsgoed – in het mededingingsrecht wordt toegepast en de invulling die eraan wordt gegeven in recentere rechtshandelingen, zoals met name artikel 50 van het Handvest van de grondrechten, het Protocol nr. 7 bij het EVRM of de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO).

- 16 Uit deze recentere rechtshandelingen volgt namelijk dat in het Unierecht aan de hand van twee criteria wordt bepaald of sprake is van een inbreuk: het moet gaan om dezelfde feiten en dezelfde inbreukpleger. De juridische kwalificatie of het beschermde rechtsgoed zijn daarentegen niet doorslaggevend voor de toepassing van het beginsel *ne bis in idem*. Het Hof heeft deze benadering, die nauw aansluit bij de recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), toegepast in zaken betreffende de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (arresten van 9 maart 2006, ██████████ C-436/04, EU:C:2006:165, punt 36; 20 maart 2018, ██████████ C-524/15, EU:C:2018:197, punt 35, en 28 september 2006, ██████████ C-150/05, EU:C:2006:614, punt 53; zie ook conclusie van advocaat-generaal Wahl van 29 november 2018 in de zaak *Powszechny Zakład*, C-617/17, EU:C:2018:976, punt 25, met verdere verwijzingen).
- 17 In de zaak ██████████ (C-436/04, EU:C:2006:165, punten 27 e.v.), waarin de uitlegging van artikel 54 SUO aan de orde was, heeft het Hof zich uitvoerig gebogen over het aldaar aangevoerde argument dat gelijkheid van feiten veronderstelt dat de juridische kwalificatie ervan en de beschermde rechtsbelangen dezelfde zijn. In zijn arrest heeft het Hof gepreciseerd dat uit de formulering van artikel 54 SUO, waarin de termen „dezelfde feiten” worden gebruikt, evenwel blijkt dat deze bepaling louter betrekking heeft op de feiten zelf, met uitsluiting van de juridische kwalificatie ervan. In zoverre verschillen de in dit artikel gebruikte termen van de termen die worden gehanteerd in andere internationale instrumenten waarin het beginsel *ne bis in idem* is neergelegd. Zo hanteert bijvoorbeeld artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het EVRM immers het begrip „strafbaar feit”, hetgeen impliceert dat het criterium van de juridische kwalificatie van de feiten relevant is voor de toepassing van het beginsel *ne bis in idem*. Niettemin heeft het EHRM in een later gewezen arrest (EHRM, 10 februari 2009, *Zolotukhin tegen Rusland*, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903) verwezen naar dit begripsmatige onderscheid. Ook volgens artikel 4 van Protocol nr. 7 is het alleen van betekenis of de vervolgte feiten in wezen dezelfde zijn geweest, ongeacht de juridische kwalificatie ervan.

Territoriale aspecten van het beginsel *ne bis in idem*

- 18 Algemeen gesproken bestaat er geen volkenrechtelijk beginsel dat de autoriteiten en rechterlijke instanties van verschillende staten verbiedt om een natuurlijke of rechtspersoon te vervolgen en te veroordelen voor dezelfde feiten als die waarvoor

hij reeds in een andere staat is berecht (arrest van 29 juni 2006, Showa Denko, C-289/04 P, EU:C:2006:431, punt 58). In deze zaak heeft het Hof het argument afgewezen dat het beginsel *ne bis in idem* kan worden ingeroepen in een situatie waarin de Commissie haar bevoegdheden uit hoofde van het Unierecht uitoefent nadat de autoriteiten van een derde staat op grond van schending van in die staat toepasselijke mededingingsregels sancties hebben opgelegd aan ondernemingen wegens hun deelname aan een internationaal kartel, wanneer die autoriteiten binnen hun respectieve bevoegdheden zijn opgetreden (zie ook conclusie van advocaat-generaal Wahl van 29 november 2018 in de zaak Powszechny Zakład, C-617/17, EU:C:2018:976, punt 35).

- 19 In deze rechtspraak met betrekking tot de parallelle vervolging of bestraffing door de Commissie en de mededingingsautoriteiten in derde landen heeft het Hof met klem gewezen op het internationale karakter van de gelaakte gedragingen, alsook op de verschillen tussen de respectieve rechtsorden, daaronder begrepen de oogmerken en doelstellingen van de desbetreffende materiële mededingingsregels en het specifieke rechtsgoed dat door de mededingingsregels van de Unie wordt beschermd. Ook heeft het Hof in het bijzonder opgemerkt dat die situatie, waarin de Commissie en de autoriteiten van een derde staat binnen hun respectieve bevoegdheden optreden, los moet worden beschouwd van de situatie waarin een mededingingsversturende gedraging zich uitsluitend binnen het territoriale toepassingsgebied van de rechtsorde van de Unie (en haar lidstaten) voordoet (arrest van 29 juni 2006, Showa Denko, C-289/04 P, EU:C:2006:431, punten 51 en 53; zie ook conclusie van advocaat-generaal Wahl van 29 november 2018 in de zaak Powszechny Zakład, C-617/17, EU:C:2018:976, punt 36).
- 20 Ook in de zaak Archer-Midlands (C-397/03, EU:C:2006:328) diende het Hof zich uit te spreken over het optreden van de communautaire autoriteiten enerzijds, en dat van de autoriteiten van een derde staat anderzijds. Volgens dit arrest is geen sprake van dezelfde feiten wanneer de in de derde staat opgelegde sanctie enkel geldt voor de uitvoering of de gevolgen van het kartel op de markt van deze staat en de communautaire [sanctie] enkel geldt voor de uitvoering of de gevolgen daarvan op de communautaire markt.
- 21 In de zaak Toshiba (C-17/10, EU:C:2012:72) was de vraag aan de orde of de nationale (in casu Tsjechische) mededingingsautoriteiten enerzijds sancties mochten opleggen volgens het nationale mededingingsrecht en de autoriteiten van de Unie anderzijds hetzelfde mochten doen op grond van het Unierecht. In deze context was het relevant dat de Tsjechische mededingingsautoriteit alleen wilde optreden tegen de weerslag van een kartel op het nationale grondgebied vóór de toetredingsdatum van Tsjechië tot de Europese Unie, terwijl de vóór deze datum door de communautaire autoriteiten gegeven beschikking geen betrekking had op de mededingingsversturende weerslag die dit kartel in het tijdvak vóór 1 mei 2004 op het Tsjechische grondgebied had gehad (zie de punten 99 tot en met 103 van het arrest van 14 februari 2002). In zijn arrest heeft het Hof meer gewicht toegekend aan de feitelijke benaderingswijze van de Commissie, zoals het in aanmerking nemen van de concrete gevolgen voor de lidstaten en de staten van de

Europese Economische Ruimte en de wijze waarop de geldboeten waren berekend (punt 101), en heeft het geen rekening gehouden met de overwegingen van de advocaat-generaal in haar conclusie (punt 131), volgens welke het beginsel ne bis in idem reeds bij voorbaat eraan in de weg staat dat binnen de Europese Economische Ruimte verschillende mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties met betrekking tot hetzelfde gebied en dezelfde periode de mededingingsbeperkende gevolgen van een en hetzelfde kartel bestraffen.

- 22 Of deze beginselen ook standhouden in een geval waarin twee lidstaten van de Europese Unie in mededingingsprocedures wegens dezelfde feiten en jegens dezelfde persoon op grond van gedragingen van laatstgenoemde die zich tijdens hun EU-lidmaatschap hebben voorgedaan, niet alleen hun nationale recht maar ook het mededingingsrecht van de Unie moeten toepassen, kan niet uit de bestaande rechtspraak van het Hof worden opgemaakt.

Moderniseringspakket van de Europese Commissie:

- 23 Deze vragen vinden ook geen antwoord in het moderniseringspakket van de Europese Commissie met betrekking tot het aanverwante gebied van bevoegdheden van mededingingsautoriteiten. Volgens overweging 18 van verordening (EG) nr. 1/2003 moet ernaar worden gestreefd dat elke zaak door slechts één autoriteit wordt behandeld. Volgens het arrest van het Hof in de zaak Toshiba (C-17/10, EU:C:2012:72, punten 89 e.v.) mag dit echter niet aldus worden uitgelegd dat de wetgever van de Unie de nationale mededingingsautoriteiten hun bevoegdheid tot toepassing van nationaal mededingingsrecht heeft willen ontnemen telkens wanneer de Commissie van haar kant een besluit heeft vastgesteld. Dienovereenkomstig bepaalt artikel 13, lid 1, van deze verordening dat wanneer de mededingingsautoriteiten van verschillende lidstaten ten aanzien van eenzelfde overeenkomst of feitelijke gedraging een klacht hebben ontvangen, het feit dat één autoriteit de zaak behandelt, een voldoende grond is voor de andere autoriteiten om de klacht af te wijzen of de door hen gevoerde procedure te schorsen. Hieruit volgt echter niet dat de andere autoriteiten hun bevoegdheid verliezen. Volgens lid 2 van dit artikel kan een mededingingsautoriteit van een lidstaat of de Commissie een bij haar ingediende klacht betreffende een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een feitelijke gedraging afwijzen, wanneer deze reeds door een andere mededingingsautoriteit is behandeld.
- 24 In de daarop betrekking hebbende mededeling van de Commissie over de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten luidt het in punt 12 dat een parallel optreden van meerdere nationale mededingingsautoriteiten passend kan zijn wanneer een overeenkomst of een gedraging in hoofdzaak op het grondgebied van deze autoriteiten de mededinging merkbaar beïnvloedt en het optreden van één enkele mededingingsautoriteit niet volstaat om de volledige inbreuk te beëindigen en/of deze naar behoren te bestraffen. Elke nationale mededingingsautoriteit behandelt dan de zaak op „voor [haar] respectieve grondgebied”.

- 25 Aangezien deze teksten van afgeleid recht er in hoofdzaak toe strekken om – zonder strikte regels vast te stellen – binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten een zo doeltreffend en elastisch mogelijk bevoegdheidsstelsel in te voeren, geven ze uiteindelijk geen uitsluitel over de toepassing van het beginsel ne bis in idem. Met betrekking tot de situatie die hier aan de orde is, waarin twee nationale mededingingsautoriteiten wegens dezelfde gedraging optreden tegen dezelfde personen, heeft het Hof zich nog niet duidelijk over de toepasbaarheid van het beginsel ne bis in idem uitgesproken. Dit ligt ten grondslag aan de eerste en tweede prejudiciële vraag.

Relevantie van daadwerkelijke inaanmerkingneming?

- 26 Uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot derde landen (met name het hierboven aangehaalde arrest Toshiba), alsook uit de voornoemde mededeling van de Commissie, kan evenwel worden opgemaakt dat het van bepalend belang is of in het eerste boetebesluit rekening is gehouden met de feitelijke gevolgen van de mededingingsverstoringe gedraging in de andere staat. Dit argument wordt in casu ook aangevoerd door appellante die van mening is dat met het besluit van het Duitse Bundeskartellamt geen geldboete is opgelegd voor de weerslag van het kartel op het Oostenrijkse grondgebied.
- 27 De rechter in eerste aanleg, daarentegen, heeft deze vraag anders beoordeeld en daarbij verwezen naar de vaststellingen in het boetebesluit van het Duitse Bundeskartellamt met betrekking tot het telefoongesprek van 22 juni 2006 tussen eerste en tweede verweerster waaraan, gelet op het summiere karakter van het besluit (22 bladzijden ten opzichte van de ongeveer 400 bladzijden tellende „mededeling van punten van bezwaar”), een bijzonder belang moet worden gehecht en waarvan hij de relevantie voor de Oostenrijkse markt heeft benadrukt. Het standpunt waarop de vicepresident van het Duitse Bundeskartellamt zich na de uitspraak van de [federale] kartelrechter [in eerste aanleg] op 28 juni 2019 heeft gesteld en waarin hij aanvoert dat besluiten van het Duitse Bundeskartellamt in beginsel en in de praktijk alleen zijn gericht op de bestraffing van mededingingsverstoringe gedragingen met een weerslag op het Duitse grondgebied, staat evenwel haaks op de vaststelling dat uit het besluit van de bevoegde kamer van het Bundeskartellamt zelfs geen details kunnen worden afgeleid over de berekeningswijze van de geldboete, laat staan over de daarvoor in aanmerking genomen handelingen en de lidstaat waarin deze zijn verricht.
- 28 Derhalve blijven er twijfels bestaan over de vraag of het voor de toepassing van het beginsel ne bis in idem relevant is dat er rekening is gehouden met de feitelijke gevolgen van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht op het grondgebied van een andere lidstaat. Hierover gaat de derde prejudiciële vraag.

Eerste verweerster: „ne bis in idem” op grond van loutere vaststelling?

- 29 Eerste verweerster heeft de clementiestatus verkregen van de Oostenrijkse federale mededingingsautoriteit. In zijn arrest Schenker (C-681/11,

EU:C:2013:404, punt 50), heeft het Hof ook geoordeeld dat artikel 101 VWEU en de artikelen 5 en 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 aldus moeten worden uitgelegd dat, wanneer het bestaan van een inbreuk op artikel 101 VWEU is aangetoond, de nationale mededingingsautoriteiten zich in uitzonderingsgevallen kunnen beperken tot vaststelling van deze inbreuk zonder een geldboete op te leggen, wanneer de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan een nationaal clementieprogramma. Dienovereenkomstig heeft de federale mededingingsautoriteit jegens eerste verweerster vaststelling gevorderd van een mededingingsversturende gedraging in de zin van artikel 101 VWEU.

- 30 Volgens de rechtspraak van het Hof moet het beginsel *ne bis in idem* echter alleen in kartelrechtelijke *boeteprocedures* in acht worden genomen (arresten van 14 februari 2012, Toshiba, C-17/10, EU:C:2012:72, punt 94; 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl, C-238/99 P, EU:C:2002:582, punt 59; 7 januari 2004, Aalborg Portland, C-204/00 P, EU:C:2004:6, punten 338 tot en met 340, en 29 juni 2006, Showa Denko, C-289/04 P, EU:C:2006:431, punt 50; met betrekking tot artikel 54 SUO, zie ook arrest van 5 juni 2014, M, C- 398/12, EU:C:2014:1057, punt 41). Tot slot verbiedt dit beginsel, op grond van de arresten Limburgse Vinyl (C-238/99 P, EU:C:2002:582, punt 59) en Toshiba (C-17/10, EU:C:2012:72, punt 94), dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd wegens een mededingingsversturende gedraging waarvoor zij is bestraft of niet-aansprakelijk is verklaard bij een eerdere beslissing waartegen geen beroep meer openstaat.
- 31 Bijgevolg rijst de vraag of in het geval van een procedure tot loutere vaststelling, waarbij op grond van de deelname van de inbreukpleger aan een nationaal clementieprogramma alleen kan worden vastgesteld dat hij inbreuk heeft gepleegd op het Europese dan wel nationale mededingingsrecht, nog sprake kan zijn van een kartelrechtelijke boeteprocedure waarop het beginsel *ne bis in idem* toepassing moet vinden, en of een dergelijke procedure tot loutere vaststelling gelijkstaat aan een tweede vervolging die op grond van dit beginsel is verboden. Hierover gaat de vierde prejudiciële vraag.