



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
J. KOKOTT  
fremsat den 8. september 2011<sup>1</sup>

**Sag C-17/10**

**Toshiba Corporation m.fl.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Krajský soud v Brně (Den Tjekkiske Republik))

»Konkurrence — internationalt kartel med virkning for det område, der omfatter EU, EØS og de medlemsstater, der tiltrådte den 1. maj 2004 — artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 — forfølgning og sanktionering af overtrædelsen i perioden før og efter tiltrædelsestidspunktet — bøder — afgrænsning af Kommissions og de nationale konkurrencemyndigheders kompetencer — princippet »ne bis in idem« — artikel 3, stk. 1, og artikel 11, stk. 6, i forordning (EF) nr. 1/2003 — virkningerne af en ny medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union«

### I – Indledning

1. Hvor mange europæiske konkurrencemyndigheder må behandle det samme kartel og pålægge de berørte virksomheder sanktioner? Det er i det væsentlige det spørgsmål, som Domstolen er blevet anmodet om at klarlægge i den foreliggende præjudicielle sag. Det rejser en række grundlæggende problemer i forbindelse med afgrænsningen af de europæiske konkurrencemyndigheders kompetencer, men sætter også fokus på følsomme aspekter ved beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i EU, navnlig hvad angår forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (*ne bis in idem*). Disse forholds betydning for anvendelsen af den nye ordning for gennemførelse af kartellovgivningen, der blev indført den 1. maj 2004 ved forordning (EF) nr. 1/2003<sup>2</sup>, bør ikke undervurderes. De giver samtidig Domstolen lejlighed til at videreudvikle sin retspraksis, der bygger på den 40 år gamle dom i sagen *Walt Wilhelm m.fl.*<sup>3</sup>.

2. Baggrunden for den foreliggende sag er et internationalt kartel, som blev opdaget i 2004, og hvori en række fremstående europæiske og japanske virksomheder i elektronikbranchen deltog. Det udløste bøder i millionklassen fra flere konkurrencemyndigheder: på EU-plan Europa-Kommissionen, der er konkurrencemyndighed for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), og på nationalt plan bl.a. den tjekkiske konkurrencebeskyttelsesmyndighed<sup>4</sup>.

3. Den tjekkiske konkurrencemyndighed anvendte kun den nationale kartellovgivning og sanktionerede kun kartellets virkninger på tjekkisk område for perioden frem til den 1. maj 2004, hvor Den Tjekkiske Republik blev medlem af EU. Den pågældende kartelprocedure blev imidlertid iværksat længe efter den 1. maj 2004 på et tidspunkt, hvor Kommissionen allerede havde indledt en procedure i henhold til forordning nr. 1/2003. Tidsmæssigt traf den tjekkiske konkurrencemyndighed også sin bødef afgørelse efter Kommissionens.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1). Denne forordning anvendes ifølge artikel 45, stk. 2, fra den 1.5.2004.

3 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, *Walt Wilhelm m.fl.*, Sml. 1969, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1.

4 — Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

4. Parterne i den foreliggende sag strides om, hvorvidt den tjekkiske konkurrencemyndighed handlede korrekt. Toshiba og en lang række andre karteldeltagere hævder, at den tjekkiske konkurrencemyndighed ifølge artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 ikke havde kompetence til at sanktionere den ulovlige kartelvirksomhed, fordi Kommissionen allerede havde indledt en procedure på europæisk plan. De har desuden påberåbt sig princippet *ne bis in idem*.

## II – Retsforskrifter

### A – EU-retten

5. De EU-retlige bestemmelser, der er relevante for denne sag, findes dels i tiltrædelsesakten fra 2003<sup>5</sup>, dels i artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF), artikel 53 EØS<sup>6</sup> og artikel 49 og 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder<sup>7</sup> samt i forordning nr. 1/2003. Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (herefter »netværksmeddelelsen«)<sup>8</sup> bør desuden fremhæves.

#### 1. De primærretlige bestemmelser

6. Den Tjekkiske Republik tiltrådte Den Europæiske Union den 1. maj 2004<sup>9</sup>. Tiltrædelsesaktens artikel 2 indeholder følgende bestemmelser om EU-rettens tidsmæssige anvendelse i Den Tjekkiske Republik og ni andre nye medlemsstater:

»Fra tiltrædelsesdatoen er bestemmelserne i de oprindelige traktater og de retsakter, der er vedtaget af institutionerne og Den Europæiske Centralbank før tiltrædelsen, bindende for de nye medlemsstater og gælder i disse stater på de vilkår, som er fastsat i disse traktater og i denne akt.«

7. Det bestemmes bl.a. i artikel 81 EF, at alle aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt.

8. Artikel 53 EØS indeholder et forbud mod karteller, der svarer til forbuddet i artikel 81 EF og finder anvendelse inden for hele Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

9. Princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), er nedfældet i artikel 49, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder:

»Ingen kan kendes skyldig i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, som ikke udgjorde en forbrydelse efter national ret eller international ret på det tidspunkt, da den blev begået. Der kan heller ikke pålægges en strengere straf end den, der var anvendelig på det tidspunkt, da lovovertrædelsen blev begået. Hvis der, efter at en lovovertrædelse er begået, i loven fastsættes en mildere straf, skal denne anvendes.«

5 — Akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Ungarns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 33).

6 — Aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (»EØS«, EFT 1994 L 1, s. 3).

7 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev højtideligt proklameret i Nice den 7.12.2000 (EFT 2000 C 364, s. 1) og igen i Strasbourg den 12.12.2007 (EUT 2007 C 303, s. 1 og EUT 2010 C 83, s. 389).

8 — EUT 2004 C 101, s. 43.

9 — Tiltrædelsestraktatens artikel 2, stk. 2 (traktat mellem Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Helleniske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Irland, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Den Portugisiske Republik, Republikken Finland, Kongeriget Sverige, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (medlemmer af Den Europæiske Union) og Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Republikken Cypern, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Malta, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik om Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 17)).

10. Forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*) formuleres således i artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder:

»Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han/hun allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.«

2. De afledte bestemmelser i forordning nr. 1/2003

11. Der er i artikel 3 i forordning nr. 1/2003 fastsat følgende regler om »Forholdet mellem [...] artikel 81 [EF] [...] og medlemsstaternes konkurrenceret«:

»1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i [...] artikel 81, stk. 1, [EF], som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende [...] artikel 81 [EF] på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. [...]

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 [...] artikel 81, stk. 1, [EF] eller som opfylder betingelserne i [...] artikel 81, stk. 3, [EF], eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af [...] artikel 81, stk. 3, [EF]. 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 [EU-retten] finder stk. 1 og 2 ikke anvendelse, når konkurrencemyndigheder og domstole i medlemsstaterne anvender national fusionskontrollovgivning, og de udelukker heller ikke anvendelse af bestemmelser i national lovgivning, der i hovedsagen forfølger et andet mål end det, der forfølges i [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF].«

12. Artikel 11 i forordning nr. 1/2003, hvis overskrift er »Samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder«, bestemmer desuden følgende i stk. 6, første punktum:

»Når Kommissionen indleder en procedure med henblik på vedtagelse af en beslutning i henhold til kapitel III, mister medlemsstaternes konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF].«

13. Endelig foreskriver artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 under overskriften »Ensartet anvendelse af Fællesskabets konkurrenceret«:

»Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder i henhold til [...] artikel 81 [EF] eller 82 [EF] træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet.«

14. De nævnte bestemmelser præciseres i 8., 9., 15., 17., 18., 22. og 34. betragtning i præambelen til forordning nr. 1/2003, der i uddrag lyder således:

»(8) For at sikre, at [EU's] konkurrenceregler håndhæves effektivt, og at denne forordnings samarbejds mekanismer fungerer tilfredsstillende, er det nødvendigt at pålægge medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole også at anvende [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF], når de anvender nationale konkurrenceregler på aftaler og praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater. For at skabe lige vilkår inden for det indre marked for aftaler, vedtagelser inden

for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis er det også nødvendigt på grundlag af [...] artikel 83, stk. 2, litra e), [EF] at fastlægge forholdet mellem national ret og [EU's] konkurrenceret. [...]

- (9) [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF] har til formål at beskytte konkurrencen på markedet. Denne forordning, der er vedtaget med henblik på at gennemføre disse bestemmelser i traktaten, forhindrer ikke medlemsstaterne i på deres område at gennemføre national lovgivning, der beskytter andre legitime interesser, forudsat at den pågældende lovgivning er forenelig med de almindelige principper og andre bestemmelser i [EU-retten]. I det omfang en sådan lovgivning i hovedsagen forfølger et andet mål end beskyttelsen af konkurrencen på markedet, kan medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole anvende sådan lovgivning på deres område. [...]

[...]

- (15) Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder bør sammen danne et netværk af offentlige myndigheder, der anvender [EU's] konkurrenceregler i nært samarbejde. [...]

[...]

- (17) For at sikre såvel en ensartet anvendelse af konkurrencereglerne som en optimal håndtering af netværket er det nødvendigt at bibeholde bestemmelsen om, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder automatisk mister deres kompetence, når Kommissionen indleder en procedure. [...]

- (18) For at sikre den mest hensigtsmæssige sagsfordeling inden for netværket, bør der indføres en generel bestemmelse om, at en konkurrencemyndighed kan suspendere eller afslutte en sag med den begrundelse, at en anden myndighed behandler eller har behandlet den samme sag, eftersom målet er, at den enkelte sag kun behandles af én myndighed. [...]

[...]

- (22) Af hensyn til retssikkerheden og den ensartede anvendelse af [EU's] konkurrenceregler under en ordning med parallel kompetence skal modstridende beslutninger undgås. Det bør derfor i overensstemmelse med Domstolens retspraksis præciseres, hvilke virkninger Kommissionens beslutninger og procedurer har for medlemsstaternes domstole og konkurrencemyndigheder. [...]

[...]

- (34) Principperne i [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF], som gennemført ved forordning nr. 17, har tildelt [EU-institutionerne] en central rolle. Denne centrale rolle bør bevares, samtidig med at medlemsstaterne i højere grad inddrages i anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. I overensstemmelse med subsidiaritets- og proportionalitetsprincippet, som omhandlet i [...] artikel 5 [EF], går nærværende forordning ikke ud over det, der er nødvendigt for at nå dens mål, nemlig en effektiv anvendelse af [EU's] konkurrenceregler.«

15. Endelig bør 37. betragtning i præambelen til forordning nr. 1/2003, der vedrører beskyttelse af grundlæggende rettigheder, også nævnes:

»I denne forordning overholdes de grundlæggende rettigheder og principper, som bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder anerkender. Forordningen bør følgelig fortolkes og anvendes i overensstemmelse med disse rettigheder og principper.«

### 3. Kommissionens netværksmeddelelse

16. Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder indeholder bl.a. følgende præciseringer under overskriften »3.2 Kommissionens indledning af procedurer efter artikel 11, stk. 6, i Rådets forordning«:

»[...]

51. Efter artikel 11, stk. 6, i [forordning nr. 1/2003] mister alle de nationale konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF], når Kommissionen indleder en procedure med henblik på vedtagelse af en beslutning efter [denne] forordning. Det betyder, at de nationale konkurrencemyndigheder, så snart Kommissionen har indledt en procedure, ikke kan handle på samme retsgrundlag over for de samme virksomheders samme aftaler eller praksis på det samme relevante geografiske marked og produktmarked.

[...]

53. [...] For det første kan de nationale konkurrencemyndigheder ikke længere behandle sagen, når Kommissionen er den første konkurrencemyndighed, der indleder en procedure i sagen med henblik på vedtagelse af en beslutning efter Rådets forordning. I artikel 11, stk. 6, i Rådets forordning er det fastsat, at de nationale konkurrencemyndigheder, så snart Kommissionen har indledt en procedure, ikke længere selv kan indlede en procedure med henblik på anvendelse af [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF] på de samme virksomheders samme aftaler eller praksis på det samme relevante geografiske marked og produktmarked.

[...]«

### B – *National ret*

17. I tjekkisk ret er artikel 3, stk. 1 og 2, i lov om konkurrencebeskyttelse relevant. Denne bestemmelse var indtil den 30. juni 2001 affattet ved lov nr. 63/1991 Sb.<sup>10</sup> og fra den 1. juli 2001 affattet ved lov nr. 143/2001 Sb.<sup>11</sup>. Forbuddet mod kartelaftaler i denne bestemmelse svarer både i den tidlige og senere affattelse i det væsentlige til det, der er fastsat på EU-plan i artikel 101 TEUF (tidligere artikel 81 EF).

### III – De faktiske omstændigheder, den administrative procedure og retsforhandlingerne i hovedsagen

18. Den foreliggende sag vedrører et internationalt kartel på markedet for gasisolerede koblingsanlæg (GIS-anlæg)<sup>12</sup>, som en række fremtrædende europæiske og japanske elektronikvirksomheder var medlemmer af på forskellige tidspunkter i perioden fra 1988 til 2004. Europa-Kommissionen og den tjekkiske konkurrencemyndighed behandlede hver især forskellige aspekter af denne sag i årene 2006 og 2007 og pålagde de berørte virksomheder en række bøder<sup>13</sup>. Den tjekkiske konkurrencemyndigheds bøder var dog kun baseret på den nationale kartellovgivning og gjaldt kun for en periode forud for Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af EU den 1. maj 2004.

10 — Zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

11 — Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

12 — Gasisolerede koblingsanlæg anvendes til kontrol af energistrømmen i elnet. Det er et tungt elektrisk apparat, der anvendes som hovedkomponent i nøglefærdige transformestationer og udgør ca. 30-60% af den samlede pris for disse transformestationer. Koblingsanlæggets funktion er at beskytte transformatoren mod overbelastning og/eller isolere kredsløbet eller den defekte transformator. Koblingsanlæg kan være gas- eller luftisolerede, eller isolationen kan være en hybrid, hvor de to teknikker kombineres.

13 — Den tjekkiske konkurrencemyndighed er ikke den eneste, der har beskæftiget sig med denne sag. En række parter har tilkendegivet over for Domstolen, at den slovakiske konkurrencemyndighed også behandlede det omtvistede kartel (afgørelse 2007/KH/1/1/109 af 27.12.2007 og 2009/KH/R/2/035 af 14.8.2009), hvorefter sagen ligeledes blev indbragt for regionalretten (Krajský soud) i Bratislava (ref. nr. 4 S 232/09).

### *Den administrative procedure på europæisk plan*

19. Den 20. april 2006 indledte Europa-Kommissionen en bødeprocedure på grundlag af artikel 81 EF og artikel 53 EØS, sammenholdt med forordning nr. 1/2003<sup>14</sup>. Denne procedure, som blev indledt, efter at der i 2004 var anmodet om bødefritagelse<sup>15</sup> og gennemført inspektioner hos flere karteldeltagere<sup>16</sup>, var rettet mod i alt 20 juridiske personer, heriblandt Toshiba Corporation og 15 andre sagsøgere i hovedsagen.

20. Kommissionen fastslog i sin beslutning af 24. januar 2007, hvorved proceduren blev afsluttet<sup>17</sup> (herefter »Kommissionens beslutning«), at det omhandlede kartel fra den 15. april 1988 til den 11. maj 2004 resulterede i en enkelt og vedvarende overtrædelse af artikel 81 EF og artikel 53 EØS<sup>18</sup>, som de forskellige karteldeltagere i kortere eller længere tid var involveret i. Kommissionen anførte, at der var tale om et komplekst verdensomspændende kartel – som dog ikke omfattede USA og Canada – der agerede i Den Europæiske Union og Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde<sup>19</sup>, og inden for hvis rammer de implicerede virksomheder bl.a. udvekslede følsomme markedsoplysninger, delte markederne mellem sig<sup>20</sup>, indgik prisaftaler og undlod at samarbejde med ikke-kartelmedlemmer.

21. Med undtagelse af en enkelt virksomhed<sup>21</sup>, der blev fritaget i henhold til Kommissionens samarbejdsordning, blev alle parterne i sagen, herunder alle sagsøgerne i hovedsagen, pålagt bøder på samlet set mere end 750 mio. EUR<sup>22</sup>. Den største enkeltbøde på godt 396 mio. EUR blev rettet mod tyske Siemens AG.

22. For så vidt det er relevant for den foreliggende sag, har Den Europæiske Unions Ret for nylig i det væsentlige stadfæstet Kommissionens beslutning af 24. januar 2007<sup>23</sup>.

14 — Jf. den fjerde indledende henvisning i Kommissionens beslutning.

15 — Den schweiziske virksomhed ABB anmodede om bødefritagelse den 3.3.2004.

16 — Inspektionerne fandt ifølge Kommissionen sted den 11. og 12.5.2004 hos AREVA, Siemens, VA Tech og Hitachi (jf. 90. betragtning til Kommissionens beslutning).

17 — Kommissionens beslutning af 24.1.2007 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38 899 – GIS-anlæg), anmeldt under dok. nr. K(2006) 6762 endelig, resumé i EUT 2008 C 5, s. 7. Den uforkortede tekst, der kun findes på engelsk, kan ses på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index.html> i en ikke-fortrolig udgave.

18 — Kommissionen taler om en »single and continuous infringement« (270. og 299. betragtning til Kommissionens beslutning). Den fastslåede overtrædelse af artikel 53 EØS vedrører dog kun perioden efter den 1.1.1994, hvor EØS-aftalen trådte i kraft (jf. 2. og 322. betragtning til Kommissionens beslutning).

19 — 3., 218. og 248. betragtning til Kommissionens beslutning.

20 — Kommissionen anførte i sin beslutning, at der forelå en generel aftale om, at de japanske virksomheder ikke måtte sælge i Europa, og de europæiske virksomheder ikke måtte sælge i Japan.

21 — Det drejer sig om ABB Ltd.

22 — Jf. herved også Kommissionens pressemeddelelse IP/07/80 af 24.1.2007.

23 — Tyske Siemens AG's påstand om annullation af Kommissionens beslutning blev forkastet i det hele ved Rettens dom af 3.3.2011, sag T-110/07, Siemens mod Kommissionen, Sml. II, s. 477. Siemens AG Österreich m.fl. fik kun i begrænset omfang medhold i deres annullationssøgsmål vedrørende den konstaterede overtrædelses varighed og bødernes størrelse; jf. Rettens dom af 3.3.2011, forenede sager T-122/07 - T-124/07, Siemens m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 793. AREVA m.fl. fik også kun i begrænset omfang medhold i deres annullationssøgsmål, og de bøder, der var pålagt, blev nedsat med et vist beløb; jf. Rettens dom af 3.3.2011, forenede sager T-117/07 og T-121/07, AREVA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 633. Alle disse domme er efterfølgende blevet appelleret til Domstolen, jf. sag C-231/11 P, Kommission mod Siemens m.fl., sag C-232/11 P, Siemens Transmission & Distribution mod Kommissionen, sag C-233/11 P, Siemens Transmission & Distribution mod Kommissionen, sag C-239/11 P, Siemens mod Kommissionen, sag C-247/11 P, Areva mod Kommissionen m.fl., og sag C-253/11 P, Alstom m.fl. mod Kommissionen. En række andre annullationssøgsmål, der stadig verserede under retsmødet for Domstolen i den foreliggende præjudicielle sag, førte dels til frifindelse, dels til domfældelse; jf. Rettens dom af 12.7.2011, sag T-112/07, Hitachi m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3871, sag T-113/07, Toshiba mod Kommissionen, Sml. II, s. 3989, sag T-132/07, Fuji Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 4091, og sag T-133/07, Mitsubishi Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 4219.

### *Den administrative procedure på nationalt plan*

23. Det samme kartel var årsag til, at den tjekkiske konkurrencemyndighed den 2. august 2006 indledte en procedure for overtrædelse af den tjekkiske konkurrencebeskyttelseslov mod de samme parter. Den 9. februar 2007 traf den sin første beslutning<sup>24</sup>, som sagsøgerne imidlertid indgav intern klage over. I forlængelse af denne indsigelse traf formanden for den tjekkiske konkurrencemyndighed den 26. april 2007 afgørelse om at ændre den tidligere beslutning<sup>25</sup>.

24. Det blev fastslået i klageafgørelsen af 26. april 2007, at de berørte virksomheder havde udvist karteladfærd i Den Tjekkiske Republik. Med denne adfærd blev de konkurrerende virksomheder anset for at have tilsidesat den tjekkiske konkurrencebeskyttelseslov i perioden op til den 3. marts 2004<sup>26</sup>. Med undtagelse af en enkelt virksomhed<sup>27</sup>, på hvilken den nationale samarbejdsordning fandt anvendelse, blev der uddelt bøder til alle de virksomheder, der var berørt af proceduren<sup>28</sup>.

### *Retsforhandlingerne ved de tjekkiske retter*

25. Sagsøgerne i hovedsagen anlagde sag til prøvelse af den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse ved Krajský soud v Brně<sup>29</sup>. De gjorde bl.a. gældende, at den tjekkiske konkurrencemyndighed havde fastlagt kartellets varighed fejlagtigt, hvorved den bevidst havde ændret dets ophør til perioden før Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union, hvilket begrundede anvendelsen af den tjekkiske konkurrencebeskyttelseslov. I henhold til artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 var den tjekkiske konkurrencemyndigheds kompetence til at gennemføre proceduren på nationalt plan ophørt, eftersom Kommissionen allerede havde indledt en procedure i sagen på europæisk plan. De påpegede også, at den nationale procedure var i strid med forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (*ne bis in idem*).

26. Ved en dom af 25. juni 2008<sup>30</sup> annullerede Brno regionalret både den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse af 26. april 2007 og dens tidligere beslutning af 9. februar 2007. Regionalretten antog, at sagsøgernes omtvistede adfærd udgjorde en fortsat forvaltningsretlig overtrædelse, der – som Kommissionen fastslog – varede indtil den 11. maj 2004. Da Kommissionen havde gennemført en procedure efter artikel 81 EF over for det »verdensomspændende« kartel og havde vedtaget en »fældende« beslutning, medførte en yderligere procedure i den samme sag en tilsidesættelse af princippet *ne bis in idem*. Ifølge Brno regionalret blev den tjekkiske konkurrencemyndighed frataget sin kompetence til at gennemføre denne procedure i henhold til artikel 81 EF på grundlag af artikel 11, stk. 6, første punktum, i forordning nr. 1/2003.

27. Efter regionalrettens opfattelse ville det desuden være uoverensstemmende med konkurrencerettsens ensartede anvendelse, hvis den tjekkiske konkurrencemyndighed selv efter den 1. maj 2004 bevarede sin kompetence for perioden op til den 1. maj 2004 og måtte anvende den tjekkiske konkurrencebeskyttelseslov med tilbagevirkende kraft. I denne lov er der i det væsentlige opstillet samme forbud mod kartelaftaler som i artikel 81 EF. Den relevante bestemmelse i den tjekkiske konkurrencebeskyttelseslov er formuleret med det formål at tilnærme den nationale lovgivning til den europæiske lovgivning forud for Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union.

24 — Ref.nr. S 222/06-3113/2007/710.

25 — Ref.nr. R 059-070, 075-078/2007/01-08115/2007/310.

26 — For perioden indtil den 30.6.2001 blev der konstateret en overtrædelse af artikel 3, stk. 1, i lov nr. 63/1991, og for perioden fra den 1.7.1991 til den 3.3.2004 en overtrædelse af artikel 3, stk. 1, i lov nr. 143/2001.

27 — Det drejer sig også her om ABB Ltd.

28 — Den største enkeltbøde var på 107 248 000 CZK.

29 — Herefter »Brno regionalret« eller »regionalretten«.

30 — Ref.nr. 62 Ca 22/2007-489.

28. Den tjekkiske konkurrencemyndighed iværksatte imidlertid kassationsappel ved Nejvyšší správní soud<sup>31</sup> til prøvelse af regionalrettens dom i første instans. Konkurrencemyndigheden gjorde gældende, at den stadig havde kompetence til at straffe den adfærd, som sagsøgerne i hovedsagen havde udvist indtil tidspunktet for Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse, eftersom Kommissionen ikke kunne forfølge krænkelse, der involverede Den Tjekkiske Republik, før dette tidspunkt. Den mente heller ikke, at det forhold, at et internationalt kartel straffes i forskellige jurisdiktioner, udgør en krænkelse af princippet *ne bis in idem*. Kommissionen og den tjekkiske konkurrencemyndighed behandlede efter konkurrencemyndighedens opfattelse forskellige territoriale virkninger af den pågældende adfærd. Endvidere tillod Walt Wilhelm-dommen<sup>32</sup>, at EU's konkurrenceret og den nationale konkurrenceret anvendes parallelt.

29. I en dom af 10. april 2009<sup>33</sup> ophævede den øverste forvaltningsdomstol Brno regionalrets dom. Efter den øverste forvaltningsdomstols opfattelse tog regionalretten fejl, da den udtalte, at de berørte virksomheders deltagelse i kartellet udgjorde en vedvarende overtrædelse. Indtil Den Tjekkiske Republik tiltrådte Den Europæiske Union, var kartellet på det tjekkiske område udelukkende underlagt national kompetence og kunne udelukkende straffes i henhold til national lovgivning. Tiltrædelsen og den deraf følgende kompetenceændring udgjorde en milepæl. Selv om sagsøgerne ikke formelt bragte den adfærd til ophør, som de udviste i forhold til Den Tjekkiske Republik før tiltrædelsestidspunktet, skal denne adfærd ifølge den øverste forvaltningsdomstol anses for ophørt. Adfærden efter tidspunktet for tiltrædelsen af Den Europæiske Union er formelt en særskilt overtrædelse – en overtrædelse i henhold til EU-retten, som er underlagt delt kompetence mellem den nationale konkurrencemyndighed og Kommissionen, hvorved Kommissionen har retlig forrang (artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003).

30. Nu verserer sagen igen for Brno regionalret, der er den forelæggende ret, som sagen er blevet hjemvist til med henblik på fornyet prøvelse. Selv om regionalretten efter national ret<sup>34</sup> er bundet af den øverste forvaltningsdomstols retsopfattelse, finder den det nødvendigt at afklare en række EU-retlige spørgsmål vedrørende for det første Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union den 1. maj 2004 og for det andet ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003. Det betyder i den sidste ende, at de materielle meningsforskelle mellem regionalretten og den øverste forvaltningsdomstol således også forelægges for EU-Domstolen med henblik på præjudiciel afgørelse.

#### IV – Den præjudicielle anmodning og retsforhandlingerne ved Domstolen

31. Brno regionalret har ved kendelse af 11. december 2009<sup>35</sup>, indgået til Domstolen den 13. januar 2010, forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal [...] artikel 81 [EF] (nu artikel 101 [TEUF]) og [...] forordning [...] nr. 1/2003 [...] fortolkes således, at denne lovgivning finder anvendelse (i sager anlagt efter den 1.5.2004) på hele virkningsperioden for et kartel, som påbegyndtes i Den Tjekkiske Republik inden denne stats tiltrædelse af Den Europæiske Union (dvs. før den 1.5.2004) og fortsatte og afsluttedes efter Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union?
- 2) Skal artikel 11, stk. 6, i [...] forordning [...] nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, og 17. betragtning hertil, punkt 51 i Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder [...], princippet *ne bis in idem*, der er knæsat i artikel 50 i Den

31 — Herefter »den øverste forvaltningsdomstol«.

32 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

33 — Ref.nr. Afs 93/2008-920.

34 — Artikel 110, stk. 3, i Zákon č. 150/2002 Sb., soudní rád správní (lov nr. 150/2002 Sb. om administrativ retspleje).

35 — Ref.nr. 62 Ca 22/2007-124.



Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [...], og europæisk rets almindelige principper, fortolkes således, at hvis Kommissionen indleder en sag efter den 1. maj 2004 for tilsidesættelse af artikel 81 EF og træffer en beslutning i den sag:

- a) fratages medlemsstaternes konkurrencemyndigheder automatisk deres kompetence til at behandle denne sag for fremtiden?
- b) fratages medlemsstaternes konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende bestemmelserne i national ret, som indeholder den lovgivning, der svarer til artikel 81 EF (nu artikel 101 [TEUF])?«

32. Toshiba, Mitsubishi, Fuji<sup>36</sup>, Hitachi<sup>37</sup>, Alstom og Siemens<sup>38</sup> samt den tjekkiske, irske, spanske og polske regering, Europa-Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har afgivet skriftlige og mundtlige indlæg i sagen for Domstolen. Den slovakiske regering deltog endvidere i den skriftlige forhandling, og den tjekkiske konkurrencemyndighed var til stede under den mundtlige forhandling.

## V – Bedømmelse

33. Brno regionalret ønsker med sin anmodning om præjudiciel afgørelse at skaffe klarhed over virkningerne af Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af EU i en kartelsag. Hensigten er for det første at afgøre, hvilken lovgivning der finder anvendelse (det første spørgsmål), og for det at afgrænse kompetencerne i det europæiske netværk af konkurrencemyndigheder<sup>39</sup> (det andet spørgsmål) med hensyn til grænseoverskridende ulovlig kartelvirksomhed, der var årsag til en vedvarende overtrædelse såvel før som efter tiltrædelsestidspunktet og bl.a. kunne påvirke Den Tjekkiske Republik.

34. Der er ingen tvivl om, at denne anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. Det første præjudicielle spørgsmål leder umiddelbart tanken hen på Ynos-sagen, hvori Domstolen udtalte, at den ikke var kompetent til at fortolke et direktiv<sup>40</sup>. I den foreliggende sag anmodes Domstolen dog i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål kun om at præcisere EU-retten tidsmæssige anvendelsesområde og ikke som i Ynos-sagen om at foretage en materiel fortolkning af EU-retten for perioden før en ny medlemsstats tiltrædelse. Det har den utvivlsomt kompetence til.

35. Den omstændighed, at den forelæggende ret ifølge national procesret er bundet af en højere rets retsopfattelse<sup>41</sup>, er heller ikke til hinder for, at Domstolen forelægges en præjudiciel anmodning og giver et bindende svar<sup>42</sup>.

36. Eftersom formålet med hovedsagen er at vurdere, om en afgørelse, som den tjekkiske konkurrencemyndighed traf i 2007, er lovlig, skal de præjudicielle spørgsmål besvares på grundlag af traktatens bestemmelser, som ændret ved Amsterdamtraktaten<sup>43</sup>, hvilket bl.a. vil sige artikel 81 EF frem for artikel 101 TEUF.

36 — Selskaberne Fuji Electric Holdings Co. og Fuji Electric Systems Co. Ltd. afgav fælles skriftlige og mundtlige indlæg.

37 — Selskaberne Hitachi Ltd, Hitachi Europe Ltd og Japan AE Power Systems Corporation afgav fælles skriftlige og mundtlige indlæg.

38 — Det var kun det tyske selskab Siemens AG, der afgav et skriftligt indlæg. Siemens AG var repræsenteret under retsmødet sammen med Siemens Transmission & Distribution SA og Nuova Magrini Galileo SA.

39 — På engelsk: European Competition Network («ECN»).

40 — Dom af 10.1.2006, sag C-302/04, Ynos, Sml. I, s. 371, præmis 35-37; jf. i samme retning senest kendelse af 11.5.2011, sag C-32/10, Semerdzhiev, , præmis 25.

41 — Jf. herved punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

42 — Dom af 5.10.2010, sag C-173/09, Elchinov, Sml. I, s. 8889, navnlig præmis 24, 25, 27, 30 og 32.

43 — Der blev underskrevet den 2.10.1997 og trådte i kraft den 1.5.1999.

A – Det første præjudicielle spørgsmål: den europæiske konkurrencerets tidsmæssige anvendelsesområde

37. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 for så vidt angår en medlemsstat, der tiltrådte Den Europæiske Union den 1. maj 2004, gælder for perioder, der ligger forud for denne tiltrædelsesdato<sup>44</sup>.

38. Spørgsmålet er blevet rejst, fordi det omtvistede kartel udgør en enkelt og vedvarende overtrædelse af konkurrencereglerne<sup>45</sup>, der havde konkurrencebegrænsende virkninger for Den Tjekkiske Republik allerede før dennes tiltrædelse af EU og også havde det efter tiltrædelsen. De bødeprocedurer, der blev indledt på EU-plan og nationalt plan med henblik på at sanktionere den ulovlige kartelvirksomhed, blev endda gennemført i deres helhed efter tiltrædelsestidspunktet.

39. Denne omstændighed taler ifølge den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen for, at artikel 81 EF og forordning nr. 1/2003 finder anvendelse på hele den periode, hvor det omtvistede kartel var virksomt. De virksomheder, der deltog i kartellet, regner med helt at kunne undgå sanktioner fra den tjekkiske konkurrencemyndighed, hvis disse EU-regler finder anvendelse.

1. Tiltrædelsesakten og de almindelige retsprincipper

40. Udgangspunktet for fastsættelsen af EU-rettens tidsmæssige anvendelse i Den Tjekkiske Republik er tiltrædelsesaktens artikel 2. I henhold hertil er bestemmelserne i de oprindelige traktater og de retsakter, der er vedtaget af EU-institutionerne før tiltrædelsen, bindende for de nye medlemsstater fra tiltrædelsesdatoen, dvs. fra den 1. maj 2004.

41. Det fremgår således kun af denne bestemmelse i tiltrædelsesakten, at artikel 81 EF og forordning nr. 1/2003 har fundet anvendelse i Den Tjekkiske Republik siden den 1. maj 2004. Det oplyses ikke i tiltrædelsesakten, om artikel 81 EF og forordning nr. 1/2003 finder anvendelse på vedvarende overtrædelser, hvis konkurrencebegrænsende virkninger inden for Den Tjekkiske Republik gjorde sig gældende både før og efter dennes tiltrædelse af EU. Det er i den henseende nødvendigt at tage udgangspunkt i de almindelige EU-retlige principper, nemlig retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft<sup>46</sup>.

a) Forbuddet mod, at materielretlige regler anvendes med tilbagevirkende kraft

42. Det følger af de nævnte almindelige retsprincipper, at der skal sondres mellem processuelle regler og materielretlige regler hvad angår retsændringers tidsmæssige virkninger: Ifølge fast retspraksis antages processuelle regler almindeligvis at finde anvendelse i samtlige tvister, der verserer på ikrafttrædelsestidspunktet, til forskel fra materielretlige regler, der normalt fortolkes således, at de ikke omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen<sup>47</sup>.

44 — Den forelæggende ret og nogle af parterne har allerede udtalt sig om artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 og princippet *ne bis in idem* i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål. Jeg mener dog ikke, at det er nødvendigt at komme ind på disse to aspekter her, og vil derfor blot henvise til min gennemgang af det andet præjudicielle spørgsmål (jf. punkt 69-147 i dette forslag til afgørelse).

45 — Både Kommissionen og den tjekkiske konkurrencemyndighed har baseret deres beslutning på, at der er tale om en enkelt og vedvarende overtrædelse. Selv om den tjekkiske øverste forvaltningsdomstol kalkulerer med to adskilte overtrædelser af konkurrencereglerne vedrørende henholdsvis perioden før og efter den 1.5.2004, må det dog alene dreje sig om den varierende retlige vurdering af den samme faktiske hændelse.

46 — Jf. i denne retning dom af 10.2.1982, sag 21/81, Bout, Sml. s. 381, præmis 13, af 22.12.2010, sag C-120/08, Bavaria, Sml. I, s. 13393, præmis 40 og 41, og af 24.3.2011, sag C-369/09 P, ISD Polska m.fl., Sml. I, s. 2011, præmis 98.

47 — Dom af 12.11.1981, forenede sager 212/80-217/80, Meridionale Industria Salumi m.fl., »Salumi-dommen«, Sml. s. 2735, præmis 9, af 7.9.1999, sag C-61/98, De Haan, Sml. I, s. 5003, præmis 13, og af 14.2.2008, sag C-450/06, Varec, Sml. I, s. 581, præmis 27.

43. Der findes en lang række processuelle regler i forordning nr. 1/2003<sup>48</sup>. Artikel 3, stk. 1, indeholder dog i lighed med artikel 81 EF materielle retningslinjer for, hvordan konkurrencemyndighederne skal bedømme aftaler mellem virksomheder. Både artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 er således materielle EU-retlige regler.

44. Sådanne materielretlige regler må i princippet ikke anvendes med tilbagevirkende kraft, uanset om det måtte være til gunst eller ugunst for den pågældende. Retssikkerhedsprincippet kræver således, at faktiske omstændigheder normalt, medmindre andet udtrykkeligt er bestemt, skal bedømmes efter samtidige retsregler<sup>49</sup>. Nye materielretlige regler finder principielt kun øjeblikkelig anvendelse på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende<sup>50</sup>.

45. Et internationalt kartel, der udgjorde en enkelt og vedvarende overtrædelse og påvirkede eller kunne påvirke en ny medlemsstat såvel før som efter datoen for dennes tiltrædelse<sup>51</sup>, er derfor omfattet af forskellige materielretlige regler afhængig af, hvilket tidsrum der er tale om: For perioder, der ligger forud for tiltrædelsesdatoen, skal kartellets konkurrencebegrænsende virkninger i den pågældende medlemsstat kun bedømmes efter den nationale konkurrenceret i denne stat. For senere perioder skal virkningerne til gengæld bedømmes efter ensartede EU-regler, dvs. efter artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003<sup>52</sup>.

46. I den foreliggende sag betyder det konkret, at Den Tjekkiske Republik kun kan bringe artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 i anvendelse mod det omtvistede kartel med henblik på at sanktionere dets eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i perioden fra den 1. maj 2004. Derimod kan kartellets konkurrencebegrænsende virkninger i perioden frem til den 30. april 2004 kun bedømmes på grundlag af den nationale konkurrenceret i Den Tjekkiske Republik. Selv om der er tale om en enkelt og vedvarende overtrædelse, er de konkurrencebegrænsende virkninger af denne overtrædelse underlagt forskellige retsregler for perioden før og efter Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union.

#### b) Ingen undtagelser fra forbuddet mod tilbagevirkende kraft

47. I modsætning til, hvad Siemens, Hitachi og Fuji har anført, er der i den foreliggende sag ingen grund til at antage, at EU-retten finder anvendelse med tilbagevirkende kraft, og at det omtvistede kartels konkurrencebegrænsende virkninger i Den Tjekkiske Republik i perioden forud for landets tiltrædelse af Den Europæiske Union derfor også er omfattet af artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003.

48. Det er rigtigt, at materielle EU-retlige regler undtagelsesvis kan anvendes med tilbagevirkende kraft, såfremt det fremgår klart af deres ordlyd, formål eller opbygning, at dette har været meningen<sup>53</sup>. I den foreliggende sag er der imidlertid intet i ordlyden af artikel 81 EF eller artikel 3 i forordning nr. 1/2003 eller i disse bestemmelsers formål eller opbygning, der tyder på, at de skulle have

48 — Jf. punkt 73 i dette forslag til afgørelse vedrørende kvalificeringen af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 som en processuel regel.

49 — Bavaria-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 41.

50 — Dom af 5.12.1973, sag 143/73, SOPAD, Sml. s. 1433, præmis 8, af 29.1.2002, sag C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, Sml. I, s. 1049, præmis 50, og af 6.7.2010, sag C-428/08, Monsanto Technology, Sml. I, s. 6765, præmis 66, samt Bavaria-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 41.

51 — Det er tilstrækkeligt, at *kartellet vil kunne* medføre sådanne virkninger (jf. dom af 4.6.2009, sag C-8/08, Sml. I, s. 4529, præmis 38, 39 og 43; jf. i samme retning dom af 20.11.2008, sag C-209/07, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, Sml. I, s. 8637, navnlig præmis 16 og 17, og af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, Sml. I, s. 9291, præmis 55 og 63).

52 — Jf. i samme retning allerede dom af 18.2.1971, sag 40/70, Sirena, Sml. 1971, s. 7, org.ref.: Rec. s. 69, præmis 12, der vedrører EØF-traktatens artikel 85.

53 — Bout-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 13, Salumi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 9, Pokrzeptowicz-Meyer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 49, Bavaria-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 40, og ISD Polska-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 98.

tilbagevirkende kraft. Det forhold, at EU's kartelregler nærmest er af strafferetlig karakter<sup>54</sup>, er tværtimod et klart tegn på, at de ikke har tilbagevirkende kraft. Hvis det var tilfældet, kunne det være i strid med princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), hvilket er en grundlæggende rettighed, der beskyttes inden for EU (artikel 49, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder)<sup>55</sup>.

49. Det kan i hvert fald ikke gøres gældende, at de konkurrenceregler, der fandtes i Den Tjekkiske Republik før den 1. maj 2004, indholdsmæssigt lå tæt op ad artikel 81 EF, og at artikel 81 EF derfor blot var en slags efterfølgende bestemmelse, hvis ikrafttrædelse ikke medførte større ændringer for virksomhederne i denne medlemsstat.

50. Det er muligt, at de nationale tjekkiske regler<sup>56</sup> allerede før Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse havde mange lighedspunkter med artikel 81 EF. Det er også muligt, at artikel 64 i den Europaaf tale<sup>57</sup>, der skulle bane vej for Den Tjekkiske Republiks tilslutning til Den Europæiske Union, indeholdt en bestemmelse, der svarede til artikel 81 EF.

51. Før den 1. maj 2004 kunne den nationale lovgivning og Europaaf talen dog kun anvendes og gennemføres af de nationale instanser i Den Tjekkiske Republik. Det tilkom på daværende tidspunkt alene de tjekkiske myndigheder og domstole at fortolke og anvende disse bestemmelser i overensstemmelse med reglerne i artikel 81 EF på Den Tjekkiske Republiks område. Som europæisk konkurrencemyndighed arbejdede Kommissionen ganske vist tæt sammen med de tjekkiske instanser, men før den 1. maj 2004 kunne den hverken gøre anvendelse af Europaaf talens artikel 64 eller artikel 81 EF i Den Tjekkiske Republik, og de tjekkiske domstole kunne ikke anmode EU-Domstolen om at fortolke disse bestemmelser.

52. Hvad specifikt angår artikel 81 EF havde denne bestemmelse ikke forrang for tjekkisk ret før den 1. maj 2004. Forordning nr. 1/2003 fandt desuden hverken anvendelse i de gamle eller de nye medlemsstater før den 1. maj 2004. I denne forordnings artikel 3, stk. 1, forpligtes de nationale konkurrencemyndigheder for første gang på nærmere beskrevne vilkår til at anvende artikel 81 EF og den nationale kartellovgivning parallelt og til at iagttage, at bedømmelser i henhold til EU-retten har forrang<sup>58</sup>.

53. Det må således konkluderes, at systemet var et andet fra den 1. maj 2004, end det var indtil den 30. april 2004. Den 1. maj 2004 var såvel materielt som formelt en vigtig milepæl i retsordenen på kartelområdet, hvilket snarere end for taler imod, at artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 skulle have tilbagevirkende kraft.

54. Hvis artikel 81 EF og forordning nr. 1/2003 havde tilbagevirkende kraft, ville der måske være en mindre risiko for, at forskellige myndigheder og domstole bedømmer det samme kartel forskelligt i forbindelse med deres bødeprocedurer. Det kan heroverfor indvendes, at systemet i sig selv var årsag til, at der frem til den 1. maj 2004 blev truffet beslutninger med forskelligt indhold, hvilket blev tolereret i det omfang, det ikke var til skade for den fulde virkning af EU-reglerne vedrørende karteller og EU-rettens forrang<sup>59</sup>. Selv om det er vigtigt, at konkurrencereglerne fortolkes og anvendes så ensartet og effektivt som muligt inden for EU, må det dog ikke ske på bekostning af retsstatsprincipperne.

54 — Jf. herved senest mine forslag til afgørelser af 14.4.2011 i de to sager *Solvay mod Kommissionen*, sag C-109/10 P, som i øjeblikket verserer for Domstolen, punkt 329, og sag C-110/10 P, som i øjeblikket verserer for Domstolen, punkt 170, hvori der henvises til andre afgørelser.

55 — Det har Hitachi også medgivet i sit skriftlige indlæg.

56 — Artikel 3, stk. 1 og 2, i konkurrencebeskyttelsesloven, som ændret ved lov nr. 63/1991 Sb. og dernæst ved lov nr. 143/2001 Sb.

57 — Europaaf talen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Den Tjekkiske Republik på den anden side (EFT 1994 L 360, s. 2), der blev undertegnet i Luxembourg den 4.10.1993 og trådte i kraft den 1.2.1995.

58 — Forordning nr. 1/2003 anvendes ifølge artikel 45, stk. 2, fra den 1.5.2004.

59 — Dommen i sagen *Walt Wilhelm m.fl.*, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 4 og 6.

c) Princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mildeste straf

55. Hitachi har med støtte i princippet om, at den mildeste straf (*lex mitius*) finder anvendelse med tilbagevirkende kraft, gjort gældende, at det omtvistede kartels konkurrencebegrænsende virkninger i Den Tjekkiske Republik i perioden før den 1. maj 2004 skal bedømmes i forhold til artikel 81 EF og forordning nr. 1/2003.

56. Princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mildeste straf udgør en del af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne og skal anses for at høre til de almindelige EU-retlige grundsætninger<sup>60</sup>. Dette princip er i mellemtiden også blevet kodificeret i artikel 49, stk. 1, tredje punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder.

57. Det er derfor klart, at den tjekkiske konkurrencemyndighed skulle vurdere de konkurrencebegrænsende virkninger, som det omtvistede kartel havde haft før den 1. maj 2004, ud fra artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, hvis det medførte straffrihed eller en mildere sanktion end den, der følger af national ret. Det er dog ikke særlig sandsynligt.

58. Det fremgår hverken af artikel 81 EF eller forordning nr. 1/2003, hvor strenge sanktioner de nationale konkurrencemyndigheder må tage i brug over for ulovlig kartelvirksomhed. I artikel 5 i forordning nr. 1/2003 præciseres det kun, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder kan træffe beslutning om at pålægge bøder, tvangsbøder eller andre former for sanktioner, der er fastsat i deres nationale ret. Selv om den tjekkiske konkurrencemyndighed anvendte artikel 81 EF for perioder, der lå forud for den 1. maj 2004, skulle den altså alligevel fastsætte de pågældende sanktioner efter national ret<sup>61</sup>.

59. Hitachis egentlige hensigt med at påberåbe sig *lex mitius*-princippet er også en helt anden. Hitachi ønsker ikke, at der træffes en mere lempelig beslutning for perioden før den 1. maj 2004, men at den tjekkiske konkurrencemyndighed slet ikke træffer nogen beslutning. Hitachi mener endelig, at *lex mitius*-reglen skal fortolkes således, at den tjekkiske konkurrencemyndighed mister kompetencen til at straffe den ulovlige kartelvirksomhed for perioden op til den 1. maj 2004, og at kartellets konkurrencestridige virkninger i dette tidsrum anses for at være omfattet af Kommissionens beslutning.

60. Det er imidlertid i klar modstrid med princippet om, at den mildeste straffelovgivning skal anvendes med tilbagevirkende kraft. Dette princip tillader kun, at der af billighedshensyn gøres en undtagelse fra det grundlæggende strafferetlige legalitetsprincip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)<sup>62</sup>. Det gør det muligt for den berørte person at få gavn af lovgivers ændrede værdibegreber og dermed opnå en mildere straf, end det var muligt på gerningstidspunktet<sup>63</sup>. Princippet giver dog ikke en person ret til at få sin sag afgjort ved en anden instans end den, der var kompetent, da den strafbare handling blev begået. *Lex mitius*-reglen er af rent materiel karakter. Den siger intet om proceduren eller kompetencefordelingen mellem de forskellige instanser, der har til opgave at forfølge lovovertrædelser.

61. For så vidt som sagsøgerne i hovedsagen anfægter den tjekkiske konkurrencemyndigheds kompetence til at pålægge bøder, rejser de et problem, der vedrører artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 og forbuddet om dobbelt strafforfølgning (*ne bis in idem*)<sup>64</sup>, og ikke et problem, der vedrører den mildeste straffelovgivning (*lex mitius*).

60 — Dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 68 og 69, af 11.3.2008, sag C-420/06, Jager, Sml. I, s. 1315, præmis 59, og af 28.4.2011, sag C-61/11 PPU, El Dridi, Sml. I, s. 3015, præmis 61.

61 — Den skulle imidlertid også overholde de almindelige EU-retlige principper, herunder proportionalitetsprincippet.

62 — Jf. herved mit forslag til afgørelse af 14.10.2004 i Berlusconi-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 60, punkt 159 og 160.

63 — Jf. herved mit forslag til afgørelse i Berlusconi-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 60, punkt 161.

64 — Jf. herved punkt 69-147 i dette forslag til afgørelse.

62. Det må således konkluderes, at princippet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af den mildeste straf heller ikke fører til det resultat, som Hitachi m.fl. gerne vil nå frem til.

## 2. Parternes modargumenter

63. Parterne har i sagen for Domstolen fremført en række andre argumenter, som er baseret på den hidtidige retspraksis, og som jeg vil behandle ganske kort i det følgende. Det skal indskydes, at ingen af disse argumenter er holdbare.

64. En række parter har henvist til Dow Chemical Ibérica-dommen<sup>65</sup>, som dog ikke giver grundlag for at antage, at artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 finder anvendelse på en ny medlemsstats område forud for det tidspunkt, hvor den tiltrådte EU. Dow Chemical Ibérica-sagen drejede sig således ikke om anvendelse af materielretlige regler, men om anvendelse af procedureregler, nærmere bestemt anvendelse af regler om Kommissionens kontrolundersøgelser (ransagninger) i virksomheders forretningslokaler. Domstolen fastslog, at sådanne procedureregler finder anvendelse, så snart en ny medlemsstat tiltræder EU, hvilket er i fuld overensstemmelse med de ovenfor beskrevne<sup>66</sup> almindelige retsprincipper. Dow Chemical Ibérica-dommen berører til gengæld ikke det her omhandlede spørgsmål om, hvorvidt materielretlige regler i den europæiske konkurrenceret også finder anvendelse på de konkurrencebegrænsende virkninger, som et kartel har haft på en ny medlemsstats område, inden den tiltrådte EU<sup>67</sup>.

65. I forslaget til afgørelse i Asnef-Equifax-sagen<sup>68</sup>, som nogle af parterne også har påberåbt sig, afviger generaladvokat Geelhoed heller ikke fra de nævnte almindelige retsprincipper<sup>69</sup>. Han bekræfter dem tværtimod. Generaladvokaten forklarer således, at artikel 3 i forordning nr. 1/2003 kan indeholde retningslinjer for vurderingen af de nuværende og fremtidige virkninger af en virksomhedsaftale, der blev indgået, længe før forordning nr. 1/2003 trådte i kraft<sup>70</sup>. Han giver på ingen måde udtryk for, at denne bestemmelse finder anvendelse med tilbagevirkende kraft på tidligere perioder.

66. Det kan ikke udledes af den hyppigt nævnte retspraksis vedrørende den tidsmæssige anvendelse af de grundlæggende friheder og det generelle forbud mod forskelsbehandling<sup>71</sup>, at EU-retten finder anvendelse med tilbagevirkende kraft på en ny medlemsstats område for perioder, der ligger forud for dennes tiltrædelse. Det ses særlig tydeligt i Saldanha-dommen, hvorefter EF-traktatens artikel 6 (nu artikel 18 TEUF) »finder anvendelse på de *fremtidige* virkninger af forhold, der er opstået før [...] [tiltrædelsen]«<sup>72</sup>.

65 — Dom af 17.10.1989, forenede sager 97/87-99/87, Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, »Dow Chemical Ibérica-dommen«, Sml. s. 3165, navnlig præmis 62 og 63.

66 — Jf. punkt 42 og 44 i dette forslag til afgørelse.

67 — Generaladvokat Mischo påpegede i sit forslag til afgørelse af 21.2.1989 i sagen Hoechst mod Kommissionen, dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Sml. s. 2859, på s. 2875, der var konneks med Dow Chemical Ibérica-sagen, at sagsøgerne i Dow Chemical Ibérica-sagen ikke bestred, at Kommissionen kunne pålægge dem sanktioner i anledning af forhold fra deres side, der lå forud for tiltrædelsen, for så vidt som disse havde haft og havde konkurrencestridige virkninger inden for fællesmarkedet (punkt 213). Generaladvokaten bemærkede endvidere, at der ved kontrolundersøgelser, som Kommissionen gennemfører hos spanske selskaber efter Spaniens tiltrædelse, også kan tilvejebringes beviser mod virksomheder etableret i andre medlemsstater (punkt 215). Generaladvokaten tilføjede, at kontrolundersøgelser pr. definition kun kan vedrøre omstændigheder i fortiden, også selv om den pågældende handlemåde fortsat følges (punkt 216).

68 — Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 29.6.2006 i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, dom af 23.11.2006 (sag C-238/05, Sml. I, s. 11125, punkt 28 og 29).

69 — Jf. punkt 42 og 44 i dette forslag til afgørelse.

70 — Generaladvokat Geelhoed understreger i punkt 29 i sit forslag til afgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 68, at »den aktuelle situation [er] bestemt af« artikel 3 i forordning nr. 1/2003. Med hensyn til fremtidige virkninger forklarer generaladvokaten, at den afgørelse, der skal træffes (i henhold til artikel 3 i forordning nr. 1/2003), vil have »indvirkning på det foreslåede registers funktion«.

71 — Dom af 26.9.1996, sag C-43/95, Data Delecta og Forsberg, Sml. I, s. 4661, af 2.10.1997, sag C-122/96, Saldanha og MTS, Sml. I, s. 5325, præmis 14, af 1.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, af 7.9.1999, sag C-355/97, Beck og Bergdorf, Sml. I, s. 4977, af 30.11.2000, sag C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497, præmis 55, og af 11.1.2001, sag C-464/98, Stefan, Sml. I, s. 173, præmis 21.

72 — Saldanha og MTS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 71, præmis 14, min fremhævelse; jf. i samme retning senest dom af 12.5.2011, sag C-391/09, Runevič-Vardyn og Wardyn, Sml. I, s. 3787, præmis 53, vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling af unionsborgere; jf. i samme retning allerede Stefan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 71, hvorefter EF-traktatens artikel 73b (nu artikel 63 TEUF) ikke fandt anvendelse i Østlig forud for tiltrædelsen (præmis 22) og ikke kunne berigtige en transaktion, der allerede var ugyldig (præmis 25).

67. Der fremgår heller ikke andet af bestemmelserne i afsnit 5 i bilag II til tiltrædelsesakten<sup>73</sup>, som Siemens har henvist til. I disse bestemmelserne antages det også, at artikel 81 EF finder anvendelse på de fremtidige virkninger af virksomhedsaftaler, der er indgået før tiltrædelsesdatoen. Den eneste undtagelse er aftaler, som bringes i overensstemmelse med de eksisterende gruppefritagelsesforordninger inden for seks måneder. I modsætning til det af Siemens anførte er der ingen holdepunkter i afsnit 5 i bilag II til tiltrædelsesakten for at antage, at virkningerne af virksomhedsaftaler, der er indgået inden den 1. maj 2004, skulle være omfattet af artikel 81 EF's anvendelsesområde.

### 3. Foreløbig konklusion

68. Der kan på dette grundlag drages følgende foreløbige konklusion:

I en medlemsstat, der tiltrådte Den Europæiske Union den 1. maj 2004, finder artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 ikke anvendelse på perioder, som ligger forud for denne tiltrædelsesdato, selv om formålet er at forfølge et internationalt kartel, der har medført en enkelt og vedvarende overtrædelse og har kunnet påvirke den pågældende medlemsstat både før og efter tiltrædelsesdatoen.

*B – Det andet præjudicielle spørgsmål: konkurrencemyndighedernes kompetencer og forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*)*

69. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det, når Europa-Kommissionen har indledt en bødeprocedure efter den 1. maj 2004, til stadighed er til hinder for, at den nationale konkurrencemyndighed i en medlemsstat, som er tiltrådt denne dag, forfølger et internationalt kartel, der har medført en enkelt og vedvarende overtrædelse og har kunnet påvirke den pågældende medlemsstat både før og efter tiltrædelsesdatoen, i henhold til national konkurrenceret.

70. Den forelæggende ret har i den forbindelse især anmodet om at få præciseret, hvordan artikel 11, stk. 6, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og princippet *ne bis in idem*, skal fortolkes. Den har desuden henvist til 17. betragtning til forordning nr. 1/2003 og punkt 51 i netværksmeddelelsen.

71. Det andet spørgsmåls to led vedrører dels den nationale konkurrencemyndigheds kompetence til at gennemføre en bødeprocedure [spørgsmål 2, litra a)], dels denne myndigheds kompetence til at anvende den nationale konkurrenceret [spørgsmål 2, litra b)]. Disse aspekter hænger nøje sammen, og jeg vil derfor behandle dem under ét og relatere dem til to overordnede tematikker, nemlig afgrænsningen af de europæiske konkurrencemyndigheders kompetencer i kartelprocedurer (jf. afsnit 1 nedenfor) og forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*, jf. afsnit 2 nedenfor).

#### 1. Afgrænsningen af de europæiske konkurrencemyndigheders kompetencer

72. Den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen er af den opfattelse, at den tjekkiske konkurrencemyndighed i henhold til artikel 11, stk. 6, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, definitivt mistede sin kompetence til at forfølge det omtvistede kartel, da Europa-Kommissionen indledte sin bødeprocedure.

73 — EUT 2003 L 236, s. 344.

73. Det er ikke korrekt. Artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, der er en processuel regel<sup>74</sup>, har fundet anvendelse i alle medlemsstater siden den 1. maj 2004 og omfatter også forhold, der er opstået forud for dette tidspunkt<sup>75</sup>. Den har dog et helt andet normativt indhold, end den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen går ud fra. Det har de regeringer, der har afgivet indlæg i sagen, og Kommissionen med rette gjort opmærksom på.

a) Generelle betragtninger om det normative indhold af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003

74. Ifølge artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 mister medlemsstaternes konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende artikel 81 EF og 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF), når Kommissionen indleder en procedure med henblik på at vedtage en beslutning i henhold til kapitel III i denne forordning<sup>76</sup>. De nationale myndigheder mister automatisk denne kompetence<sup>77</sup> den dag, hvor Kommissionen formelt beslutter at indlede proceduren<sup>78</sup>.

75. Hvis man nøjes med at se på ordlyden af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, synes den mistede kompetence kun at vedrøre de nationale konkurrencemyndigheders beføjelse til at anvende EU's kartelregler (artikel 81 EF og 82 EF, nu artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF) og ikke deres beføjelse til at anvende nationale regler. Punkt 51 og 53 i Kommissionens netværksmeddelelse kan også forstås på denne måde<sup>79</sup>.

76. Ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse skal der dog ikke blot tages hensyn til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af<sup>80</sup>. I forbindelse med forordning nr. 1/2003 har Domstolen desuden fastslået, at en national konkurrencemyndighed kun kan anvende nationale bestemmelser, når EU-retten ikke indeholder særlige bestemmelser<sup>81</sup>.

77. Det skal tages i betragtning, at artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 indholdsmæssigt ligger tæt op ad samme forordnings artikel 3, stk. 1. En sammenholdelse af disse to bestemmelser viser, at de nationale konkurrencemyndigheder både forhindres i at anvende EU's konkurrenceret og en del af deres egen nationale konkurrenceret<sup>82</sup>, når Kommissionen indleder en procedure med henblik på at vedtage en beslutning i henhold til kapitel III i forordning nr. 1/2003.

74 — Jf. herved punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

75 — Den 1.5.2004 var ikke kun den dag, hvor Den Tjekkiske Republik og ni andre medlemsstater tiltrådte EU, men også den dag, hvor forordning nr. 1/2003 ifølge artikel 45, stk. 2, skulle tages i anvendelse.

76 — De procedurer, der indledes i henhold til kapitel III, omfatter bl.a. procedurer med henblik på konstatering og standsning af overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, nu artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF (artikel 7 i forordning nr. 1/2003), som kan resultere i, at der pålægges bøder (artikel 23 i forordning nr. 1/2003).

77 — 17. betragtning, første punktum, til forordning nr. 1/2003.

78 — Proceduren indledes ved en myndighedsakt fra Kommissionen, hvorved denne tilkendegiver sin vilje til at nå frem til en beslutning i henhold til kapitel III i forordning nr. 1/2003 (jf. i denne retning – vedrørende den tidligere retstilstand – dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, præmis 16). I det foreliggende tilfælde vedtog Kommissionen denne retsakt den 20.4.2006 (jf. punkt 19 i dette forslag til afgørelse). Selv om der er iværksat undersøgelsesforanstaltninger tidligere, betyder det ikke, som visse parter mener, at proceduren formelt er indledt.

79 — Det fremgår af punkt 51 i netværksmeddelelsen, at de nationale konkurrencemyndigheder mister deres kompetence til at *anvende artikel 81 EF og 82 EF*, hvilket betyder, at de nationale myndigheder ikke mere kan handle *på samme retsgrundlag*. I punkt 53 i netværksmeddelelsen tilføjes det, at de nationale konkurrencemyndigheder, så snart Kommissionen har indledt en procedure, ikke længere selv kan indlede en procedure *med henblik på anvendelse af artikel 81 EF og 82 EF*.

80 — Jf. i denne retning fast retspraksis, heriblandt dom af 17.11.1983, sag 292/82, Merck, Sml. s. 3781, præmis 12, af 19.11.2009, forenede sager C-402/07 og C-432/07, Sturgeon m.fl., Sml. I, s. 10923, præmis 41, og af 7.10.2010, sag C-162/09, Lassal, Sml. I, s. 9217, præmis 49.

81 — Dom af 3.5.2011, sag C-375/09, Tele 2 Polska, Sml. I, s. 3055, præmis 33.

82 — De dele af den nationale konkurrenceret, som de stadig kan anvende, er nævnt i artikel 3, stk. 2 og 3, i forordning nr. 1/2003, der præciseres nærmere i ottende og niende betragtning til denne forordning.



78. Det forholder sig nærmere bestemt således<sup>83</sup>: Artikel 3, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003 knytter kartelforbuddet i artikel 81 EF (artikel 101 TEUF) tæt sammen med de tilsvarende bestemmelser i den nationale kartellovgivning. Ifølge artikel 3, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003 skal artikel 81 EF (artikel 101 TEUF) anvendes parallelt, når det nationale kartelforbud anvendes på en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Eftersom den nationale konkurrencemyndighed i henhold til artikel 11, stk. 6, første punktum, i forordning nr. 1/2003 ikke må anvende artikel 81 EF (artikel 101 TEUF), når Kommissionen har indledt sin procedure, kan den nationale konkurrencemyndighed heller ikke længere bringe det nationale kartelforbud i anvendelse.

79. Det betyder dog ikke, som den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen har anført, at de nationale konkurrencemyndigheder *permanent og definitivt* fratages deres beføjelse til at anvende national konkurrenceret, når Kommissionen har indledt en procedure. Afhængig af udfaldet af Kommissionens procedure er der stadig mulighed for, at de nationale konkurrencemyndigheder anvender den nationale konkurrenceret efterfølgende<sup>84</sup>.

80. Konkurrencen i EU beskyttes således både af de EU-retlige og de nationale konkurrenceregler. De to retsordener finder efter fast retspraksis *parallel anvendelse*<sup>85</sup>. Det har forordning nr. 1/2003, som moderniserede den europæiske ordning for gennemførelse af kartellovgivningen, intet ændret ved: I modsætning til, hvad Kommissionen oprindeligt foreslog<sup>86</sup>, kan der ifølge artikel 3 i forordning nr. 1/2003 stadig gøres anvendelse af både EU-retlige (artikel 81 EF og 82 EF, nu artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF) og nationale konkurrenceregler i forbindelse med den samme sag.

81. Konkurrencereglerne på europæisk og nationalt plan forfølger reelt det samme mål, nemlig at beskytte konkurrencen på det relevante marked<sup>87</sup>. De anskuer imidlertid den konkurrencebegrænsende adfærd ud fra forskellige synsvinkler<sup>88</sup>, og deres anvendelsesområde er ikke sammenfaldende<sup>89</sup>. Domstolens principielle dom i sagen Walt Wilhelm m.fl., som disse konklusioner er baseret på, er – i hvert fald i den henseende – stadig lige relevant efter 40 år<sup>90</sup>. Det kan ikke bestrides, at der siden da er gjort store fremskridt med den økonomiske integration i EU, og at den gradvise afvikling af handelshindringer mellem medlemsstaterne har gjort det lettere at skabe et egentligt indre marked. Mange produkter afsættes dog stadig kun på nationale eller regionale markeder. Konkurrencevilkårene for disse produkter kan være meget forskellige fra land til land – og i visse tilfælde også fra region til region – således at der overhovedet ikke er tale om europæiske og slet ikke verdensomspændende markeder. Det kan derfor ikke udelukkes, at der ud over de problemer i

83 — Jeg vil i det følgende kun se på sammenhængen mellem artikel 81 EF (artikel 101 TEUF) og de tilsvarende nationale bestemmelser. Det er ikke nødvendigt at komme nærmere ind på artikel 82 EF (artikel 102 TEUF) i den foreliggende sag.

84 — Hvis Kommissionen f.eks. har afvist en klage, der er indgivet af en tredjepart, på grund af manglende EU-interesse, står det de nationale konkurrencemyndigheder frit for at tage sagen op og behandle den i henhold til artikel 81 EF eller 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) og i givet fald i henhold til de nationale kartelregler, forudsat at de overholder artikel 3 i forordning nr. 1/2003.

85 — Dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 3, sidste punktum, dom af 9.9.2003, sag C-137/00, Milk Marque og National Farmers' Union, Sml. I, s. 7975, præmis 61, og af 13.7.2006, forenede sager, C-295/04 - C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 38.

86 — Artikel 3 i forordning nr. 1/2003 var formuleret således i Kommissionens oprindelige forslag: »Når en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, som omhandlet i [...] artikel 81 [EF], eller misbrug af en dominerende stilling, som omhandlet i artikel 82 [EF], kan påvirke handelen mellem medlemsstater, finder [EU's] og ikke medlemsstaternes konkurrenceret anvendelse« (forslag KOM(2000) 582 endelig, EFT 2000 C 365 E, s. 284).

87 — Jf. i denne retning niende betragtning, første punktum, til forordning nr. 1/2003, hvori der tales om at »beskytte konkurrencen på markedet«.

88 — Dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 3; jf. endvidere dom af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, præmis 15, af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785, præmis 11, og af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, præmis 19, dommen i sagen Milk Marque og National Farmers' Union, nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 61, og dommen i sagen Manfredi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 38.

89 — Dom af 1.10.2009, sag C-505/07, Compañía Española de Comercialización de Aceite, Sml. I, s. 8963, præmis 52.

90 — Dommen i sagen Manfredi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 38, hvori Domstolen på ny bekræftede sin afgørelse i sagen Walt Wilhelm m.fl., blev afsagt, efter at forordning nr. 1/2003 var trådt i kraft, men vedrørte faktiske omstændigheder, der lå forud for den pågældende reform. Generaladvokat Geelhoed har givet udtryk for en anden opfattelse af dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl.'s fortsatte gyldighed i sit forslag til afgørelse af 19.1.2006 i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, dom af 29.6.2006, sag C-308/04 P, Sml. I, s. 5977, fodnote 23. Der er dog kun tale om en ret perifer bemærkning, der er anført i en fodnote og ikke er nærmere begrundet.

forhold til den grænseoverskridende konkurrence, der er omfattet af artikel 81 EF og artikel 82 EF (artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF), i visse tilfælde forekommer andre lokale konkurrenceproblemer, som skyldes særlige nationale eller regionale forhold, og som konkurrencemyndighederne kun kan håndtere ved at anvende den nationale konkurrenceret.

82. Det er også, efter at forordning nr. 1/2003 er trådt i kraft, foreneligt med den europæiske kartellovgivnings formål og opbygning, at flere konkurrencemyndigheder behandler den samme sag og undersøger den ud fra forskellige synsvinkler<sup>91</sup>. Den nye decentrale ordning skal sikre, at de nationale instanser inddrages endnu mere i gennemførelsen af kartellovgivningen, end det tidligere har været tilfældet. Der er i den henseende en grundlæggende forskel mellem den europæiske ordning for gennemførelse af kartellovgivningen, der blev moderniseret ved forordning nr. 1/2003, og reformen af den europæiske fusionskontrol<sup>92</sup>, der trådte i kraft på samme tidspunkt.

83. Målet om at håndhæve konkurrencereglerne inden for det europæiske indre marked så ensartet og effektivt som muligt<sup>93</sup> sikres ikke ved, at der fastsættes enekompetencer for de enkelte konkurrencemyndigheder i forordning nr. 1/2003, men snarere ved, at Europa-Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder arbejder sammen i et netværk (ECN), hvor de koordinerer deres arbejde indbyrdes<sup>94</sup>. Det bestemmes herved i artikel 3 og 16 i forordning nr. 1/2003, at EU-retten har forrang.

84. At medlemsstaternes konkurrencemyndigheder stadig har mulighed for at handle, selv om Kommissionen allerede har truffet en beslutning, fremgår ikke mindst af artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003. Denne bestemmelse fratager således ikke de nationale instanser kompetencen til at handle, efter at Kommissionen har gjort det. Den forbyder dem kun at handle i modstrid med en beslutning, som Kommissionen har truffet<sup>95</sup>.

85. Efter sin ordlyd vedrører artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 kun de nationale konkurrencemyndigheders anvendelse af EU's regler om karteller (dvs. anvendelsen af artikel 81 EF og 82 EF, nu artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF). De samme regler må dog gælde så meget desto mere i et tilfælde, hvor de nationale konkurrencemyndigheder har til hensigt at anvende deres nationale kartellovgivning. Når de nationale konkurrencemyndigheder stadig har ret til at anvende EU-reglerne, efter at Kommissionen har truffet en beslutning, må de netop også have ret til at anvende de nationale regler, forudsat at de overholder de EU-retlige forskrifter, der rangerer højere, som omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 1/2003.

86. Det ville ikke være hensigtsmæssigt at fortolke anvendelsesområdet for artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 så snævert, som den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen antyder<sup>96</sup>.

91 — Det antages i netværksmeddelelsens punkt 12 og 14, at op til tre nationale konkurrencemyndigheder kan behandle den samme sag på samme tid.

92 — I forbindelse med den europæiske kontrol med fusioner er den nationale ret altid blevet fortrængt, når EU-retten finder anvendelse, og derudover må EU-retten kun anvendes af Kommissionen (princippet om dobbelt eksklusivitet); jf. herved artikel 21, stk. 2 og 3, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT L 24, s. 1).

93 — 8., 17. og 22. betragtning til forordning nr. 1/2003; jf. også dom af 7.12.2010, sag C-439/08, VEBIC, Sml. I, s. 12471, præmis 19, og af 14.6.2011, sag C-360/09, Pfeiderer, Sml. I, s. 5161, præmis 19.

94 — 15. betragtning til forordning nr. 1/2003 samt ottende betragtning, første punktum, og 17. betragtning. Jf. endvidere dom af 11.6.2009, sag C-429/07, X, Sml. I, s. 4833, præmis 20 og 21, og Tele 2 Polska-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 81, præmis 26, hvori det også påpeges, at der med henblik på at sikre en sammenhængende anvendelse af konkurrencereglerne i medlemsstaterne ved forordning nr. 1/2003 er blevet indført en mekanisme for samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder inden for rammerne af det almindelige princip om loyalt samarbejde.

95 — Artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 kodificerer faktisk blot en allerede eksisterende retspraksis; jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 47, og af 29.4.2004, sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039, præmis 19.

96 — Fortolkningen af en bestemmelse må ikke resultere i, at denne bestemmelses klare og præcise ordlyd berøves enhver effektiv virkning (dom af 26.10.2006, sag C-199/05, Det Europæiske Fællesskab, Sml. I, s. 10485, præmis 42, og af 22.3.2007, sag C-437/04, Kommission mod Belgien, Sml. I, s. 2513, præmis 56 in fine).

87. Sagsøgerne i hovedsagen har anført, at artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 gør det muligt for de nationale konkurrencemyndigheder at forfølge karteldeltagere, vedrørende hvilke Kommissionen ikke allerede har vedtaget foranstaltninger i sin beslutning. Hertil skal dog siges, at artikel 16, stk. 2, kun i overordnet forstand regulerer forholdet mellem de nationale konkurrencemyndigheders afgørelser »om aftaler, vedtagelser eller praksis« og de beslutninger, Europa-Kommissionen allerede har vedtaget, uanset hvad Kommissionens beslutninger drejer sig om, og hvem de er rettet til. Den forbyder bl.a. de nationale konkurrencemyndigheder at træffe afgørelser, der er i strid med en tidligere beslutning fra Kommissionens side. Den indfører således et *forbud mod afvigelse* og sikrer dermed EU-rettens forrang.

88. Artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 kan heller ikke begrænses til det yderst sjældne tilfælde, hvor Europa-Kommissionen i henhold til artikel 10 i forordning nr. 1/2003 på forhånd har fastslået, at artikel 81 EF eller 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) ikke finder anvendelse<sup>97</sup>. I modsætning til, hvad den forelæggende ret og nogle af parterne mener, omfatter artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 efter sin meget generelle ordlyd og systematiske placering i kapitlet med titlen »Samarbejde« alle beslutninger, som Kommissionen kan tænkes at have vedtaget på grundlag af forordning nr. 1/2003, og begrænser sig på ingen måde til en bestemt type beslutning.

89. 18. betragtning til forordning nr. 1/2003 skal heller ikke forstås således, at det var EU-lovgivers hensigt at fratage de nationale konkurrencemyndigheder kompetencen til at anvende den nationale kartellovgivning, så snart Kommissionen har vedtaget en beslutning. Målet er ifølge 18. betragtning, »at den enkelte sag kun behandles af én myndighed«. Det er imidlertid ikke en generel regel, der kendetegner hele den europæiske ordning for gennemførelse af kartellovgivningen, der er fastsat i forordning nr. 1/2003. Målet er tværtimod forbundet med en helt konkret bestemmelse i forordning nr. 1/2003, nemlig artikel 13. Ifølge denne bestemmelse har enhver konkurrencemyndighed inden for netværket *mulighed* for at indstille sin procedure eller afvise en klage, som den har modtaget, når en anden myndighed i netværket behandler den samme sag. De berørte myndigheder har dog ikke *pligt* til at handle på denne måde. Artikel 13 i forordning nr. 1/2003 og 18. betragtning hertil er snarere udtryk for det vide skøn, som de myndigheder, der indgår i netværket, har med henblik på at sikre den mest hensigtsmæssige sagsfordeling inden for netværket.

90. Det kompetenceretlige proportionalitetsprincip (artikel 5, stk. 4, TEU, tidligere artikel 5, stk. 3, EF) er endelig også til hinder for en fortolkning af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, hvorefter de nationale konkurrencemyndigheder permanent og definitivt mister deres kompetence til at anvende nationale kartelregler, så snart Europa-Kommissionen har indledt en procedure. Dette proportionalitetsprincip, som EU-lovgiver henviste udtrykkeligt til i præamblen til forordning nr. 1/2003<sup>98</sup>, har grundlæggende, for ikke at sige forfatningsretlig, betydning i forhold til traktaterne. Ifølge dette princip må EU-foranstaltningens indhold og form ikke gå videre end nødvendigt for at nå målene i traktaterne. Formålet med forordning nr. 1/2003 er at indføre en decentral ordning, der kan medvirke til, at konkurrencereglerne i EU håndhæves effektivt<sup>99</sup>, og at sikre, at EU-retten anvendes ensartet<sup>100</sup>. Det er i den forbindelse ikke nødvendigt, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder permanent og definitivt afskæres fra at anvende deres nationale kartellovgivning. Det er tilstrækkeligt, at de fratages denne kompetence i det periode, som den procedure, Kommissionen har indledt, strækker sig over, og at de efter afslutningen af denne procedure forpligtes til at følge Kommissionens beslutning<sup>101</sup>.

97 — Som det forklares i 14. betragtning til forordning nr. 1/2003, bør der kun træffes beslutninger efter denne forordnings artikel 10 »i særlige tilfælde, hvor almene [EU-interesser] kræver det«.

98 — 34. betragtning til forordning nr. 1/2003.

99 — Jf. ottende og fireogtredivte betragtning til forordning nr. 1/2003 samt første, femte og sjette betragtning hertil.

100 — 17. og 22. betragtning til forordning nr. 1/2003.

101 — Jf. som tidligere nævnt artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

91. Ud fra disse generelle betragtninger om det normative indhold af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 kan det allerede konkluderes, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke permanent og definitivt mister deres beføjelse til at anvende national konkurrenceret, når Kommissionen indleder en procedure med henblik på at vedtage en beslutning i henhold til kapitel III i forordning nr. 1/2003. Når Kommissionen har afsluttet sin procedure, kan de nationale konkurrencemyndigheder tværtimod træffe deres egen afgørelse i den udstrækning, det er foreneligt med forbuddet mod dobbelt retsforfølgning (princippet *ne bis in idem*).

b) Yderligere betragtninger om perioden før en ny medlemsstats tiltrædelse af EU

92. Det skal i den foreliggende sag også tages i betragtning, at den tjekkiske konkurrencemyndigheds omtvistede afgørelse – ifølge den forelæggende rets oplysninger – kun vedrører det omhandlede kartels konkurrencebegrænsende virkninger før den 1. maj 2004, dvs. kun perioden før Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af EU.

93. Som jeg tidligere har nævnt<sup>102</sup>, fandt 81 EF ikke anvendelse i Den Tjekkiske Republik i denne periode og kan heller ikke udvides til at omfatte en vedvarende overtrædelses eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i Den Tjekkiske Republik med tilbagevirkende kraft for denne periode.

94. Samspelet mellem artikel 11, stk. 6, og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 indebærer således heller ingen hindring for, at der for den pågældende periode anvendes nationale konkurrenceretlige bestemmelser som dem, der er indeholdt i artikel 3 i den tjekkiske konkurrencebeskyttelseslov. Med hensyn til den nævnte periode forud for den 1. maj 2004 er der ingen grund til at frygte, at der opstår en kompetencekonflikt mellem Kommissionen og den tjekkiske konkurrencemyndighed eller uoverensstemmelser mellem artikel 81 EF og den nationale konkurrencelovgivning. Den nationale lovgivning kan som udgangspunkt ikke være i strid med en EU-retlig regel, som ikke finder anvendelse i den pågældende periode.

95. Selv om man valgte at følge målsætningerne for den nye ordning i forordning nr. 1/2003 for perioden før den 1. maj 2004, ville det dog være et tydeligt tegn på, at den tjekkiske konkurrencemyndighed kunne anvende den nationale konkurrenceret. Det ville således være i klar modstrid med det overordnede mål om at skabe lige vilkår inden for det indre marked<sup>103</sup> og »beskytte konkurrencen på markedet«<sup>104</sup>, hvis man ikke kunne forfølge ulovlig kartelvirksomhed i en bestemt del af det indre marked og for en bestemt periode (forudsat at de øvrige krav, der stilles i en retsstat, er opfyldt, og forældelsesfristen ikke er udløbet). I det foreliggende tilfælde var det ikke muligt at sanktionere det omtvistede kartels eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i Den Tjekkiske Republik i perioden forud for dennes tiltrædelse af EU, hvis de nationale kartelregler ikke blev taget i anvendelse.

c) Foreløbig konklusion

96. Det må sammenfattende konkluderes, at artikel 11, stk. 6, første punktum, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, første led, i forordning nr. 1/2003, ikke udgør en permanent og definitiv hindring for anvendelsen af national konkurrenceret. Der tages dog forbehold for de begrænsninger, der måtte følge af forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*). I det følgende behandles dette sidstnævnte retlige problem i den foreliggende sag.

102 — Jf. min gennemgang af det første præjudicielle spørgsmål (punkt 37-68 i dette forslag til afgørelse).

103 — Ottende betragtning til forordning nr. 1/2003.

104 — Niende betragtning, første punktum, til forordning nr. 1/2003 (jf. i samme retning også 25. betragtning).

## 2. Forbuddet mod dobbelt retsforfølgning (princippet *ne bis in idem*)

97. Tilbage er at undersøge, om forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*) i en sag som denne er til hinder for, at den nationale konkurrencemyndighed anvender national konkurrenceret.

98. Den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen har anført, at det omtvistede kartels konkurrencebegrænsende virkninger i Den Tjekkiske Republik før dennes tiltrædelse af EU allerede blev sanktioneret, da Kommissionen vedtog sin beslutning af 24. januar 2007. De går derfor ud fra, at den særskilte bøde, som den tjekkiske konkurrencemyndighed pålagde, strider mod princippet *ne bis in idem*.

99. Princippet *ne bis in idem* er blevet anerkendt som et almindeligt retsprincip på EU-plan<sup>105</sup> og betragtes nu ifølge artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder som en af de grundlæggende rettigheder i EU.

100. Efter at princippet *ne bis in idem* er blevet anerkendt på EU-plan, finder det ikke kun anvendelse på rent nationale anliggender, men også på grænseoverskridende forhold<sup>106</sup>, hvilket fremmer den frie bevægelighed for unionsborgerne og målet om at sikre den frie handel på det europæiske indre marked mest muligt.

### a) Anvendelsen af forbuddet mod dobbelt strafforfølgning

101. Det er egentlig ubestridt, at princippet *ne bis in idem* skal overholdes i kartelretlige bødeprocedurer, da de nærmest er af strafferetlig karakter<sup>107 108</sup>. Kommissionen er imidlertid usikker på, om princippet *ne bis in idem* finder anvendelse i den foreliggende sag, i hvert fald for så vidt angår artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder.

### i) Den materielle anvendelse

102. Kommissionen har indvendt, at chartret om grundlæggende rettigheder kun finder anvendelse i forbindelse med EU-rettens gennemførelse. I den foreliggende sag støttede den tjekkiske konkurrencemyndighed sig udelukkende på national konkurrenceret i den anfægtede afgørelse og var derfor ikke bundet af chartret.

103. Denne indvending kan ikke tiltrædes. Det er rigtigt, at chartret om grundlæggende rettigheder ifølge artikel 51, stk. 1, gælder for »medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten«<sup>109</sup>. Når det i den foreliggende sag i materiel henseende er den nationale konkurrenceret, der anvendes, er det dog ikke ensbetydende med, at der mangler EU-retlige bestemmelser om, hvordan sagen skal behandles.

105 — Fast retspraksis; jf. dom af 5.5.1966, forenede sager 18/65 og 35/65, Gutmann mod Euratom-Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 175, org.ref.: Rec. s. 149, på s. 178, af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, »LVM-dommen«, Sml. I, s. 8375, præmis 59, og af 29.6.2006, sag C-289/04 P, Showa Denko mod Kommissionen, »Showa Denko-dommen«, Sml. I, s. 5859, præmis 50.

106 — Jf. forklaring vedrørende artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder (EUT 2007 C 303, s. 17, på s. 31). De grænseoverskridende elementer i det EU-retlige forbud mod dobbelt strafforfølgning fremgår især af artikel 54 i Schengen-konventionen (jf. herved blandt mange andre dom af 11.12.2008, sag C-297/07, Bourquain, Sml. I, s. 9425).

107 — Vedrørende den strafferetlige karakter, jf. henvisningerne i fodnote 54.

108 — Fast retspraksis; jf. LVM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, præmis 59, dom af 7.1.2004, forenede sager 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, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, »Aalborg Portland-dommen«, Sml. I, s. 123, præmis 338-340, og Showa Denko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, præmis 50.

109 — Jf. med hensyn til fortolkningen af artikel 51, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, bl.a. generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 5.4.2011 i den verserende Scattalon-sag (sag C-108/10, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 116-120).

104. Som tidligere nævnt<sup>110</sup>, fandt de processuelle regler i forordning nr. 1/2003 – i modsætning til de materielretlige regler heri – anvendelse i Den Tjekkiske Republik fra den dag, hvor landet blev medlem af EU. Det indbefatter reglerne og principperne for afgrænsning af kompetencer inden for det netværk af europæiske konkurrencemyndigheder, der blev oprettet ved forordning nr. 1/2003<sup>111</sup>. Disse regler og principper skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med den primære EU-ret, herunder de grundlæggende rettigheder inden for EU.

105. Siden den 1. maj 2004 har den tjekkiske konkurrencemyndighed derfor kun kunnet gennemføre en kartelretlig bødeprocedure efter national konkurrenceret, hvis og i det omfang dette er muligt ifølge forordning nr. 1/2003, som fortolket og anvendt i lyset af de grundlæggende rettigheder inden for EU.

106. En af de grundlæggende rettigheder, der skal tages hensyn til, når det fastlægges, hvilket råderum den tjekkiske konkurrencemyndighed fortsat har, er princippet *ne bis in idem*, som kodificeret i artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder. Princippet *ne bis in idem* har nemlig både materielretlige og procesretlige virkninger. Ud over at beskytte den tiltalte tjener princippet *ne bis in idem* også til at undgå kompetencestridigheder (såkaldt positive kompetencekonflikter) mellem de forskellige instanser, der har mulighed for at behandle straffesager og sager om simple overtrædelser<sup>112</sup>.

## ii) Den tidsmæssige anvendelse

107. Jeg vil for fuldstændighedens skyld tilføje to korte bemærkninger om den tidsmæssige anvendelse af princippet *ne bis in idem*.

108. Det skal for det første påpeges, at chartret om grundlæggende rettigheder i 2006 og 2007 endnu ikke havde bindende retsvirkninger på linje med den primære ret<sup>113</sup>. Chartret var dog allerede dengang en retskilde, som – især i artikel 50 – indeholdt oplysninger om de grundlæggende rettigheder, der garanteres ved EU's retsorden<sup>114</sup>. Det gælder ikke mindst for anvendelsesområdet for forordning nr. 1/2003, eftersom der henvises udtrykkeligt til chartret i dens præambel<sup>115</sup>. De grundlæggende rettigheder i chartret skal derfor overholdes inden for rammerne af forordning nr. 1/2003 regnet fra den 1. maj 2004, dvs. fra den dag, hvor denne forordning trådte i kraft både i de gamle og i de nye medlemsstater.

109. Det skal for det andet understreges, at den tjekkiske konkurrencemyndigheds omtvistede bødeafgørelse vedrører en periode, der ligger forud for Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union. Den tidsmæssige anvendelse af det EU-retlige *ne bis in idem*-princip afhænger dog ikke af, hvornår den påtalte handling fandt sted, men hvornår den pågældende straffe- eller bødeprocedure blev indledt<sup>116</sup>. I 2006, hvor den tjekkiske konkurrencemyndighed indledte sin bødeprocedure i denne sag, var Den Tjekkiske Republik allerede medlem af EU og dermed forpligtet til at overholde princippet *ne bis in idem*.

110. Det kan derfor fastslås, at der heller ikke i tidsmæssig henseende er noget til hinder for at anvende det EU-retlige *ne bis in idem*-princip.

110 — Jf. punkt 42 og 44 i dette forslag til afgørelse.

111 — 15. betragtning til forordning nr. 1/2003.

112 — Jf. herved bl.a. Kommissionens grønbog af 23.12.2005 om konflikter om stedlig kompetence og princippet *ne bis in idem* i straffesager (KOM(2005) 696 endelig) og navnlig de indledende bemærkninger i afsnit 1 («Baggrund»).

113 — Chartret om grundlæggende rettigheder fik først samme juridiske værdi som traktaterne den 1.12.2009, hvor Lissabontraktaten trådte i kraft (artikel 6, stk. 1, første afsnit, TEU).

114 — Jf. blandt mange andre dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37, og af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 38, samt mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, punkt 108, og af 29.4.2010 i sagen Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommission m.fl., dom af 14.9.2010, sag C-550/07 P, Sml. I, s. 8301, fodnote 36.

115 — 37. betragtning til forordning nr. 1/2003.

116 — Jf. i denne retning dom af 9.3.2006, sag C-436/04, Van Esbroeck, Sml. I, s. 2333, præmis 21-24.

b) Omfanget af den garanti, der følger af forbuddet mod dobbelt strafforfølgning: Hvad menes der med *idem*?

111. Materielt indebærer princippet *ne bis in idem*, som kodificeret ved artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder, at ingen i en straffesag på ny skal kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han/hun allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.

112. På det konkurrenceretlige område forbyder princippet *ne bis in idem*, at en virksomhed domfældes eller atter forfølges for en konkurrencebegrænsende adfærd, for hvilken den allerede er blevet pålagt en sanktion, eller med hensyn til hvilken den er blevet erklæret ansvarsfri ved en tidligere beslutning, der ikke længere kan anfægtes<sup>117</sup>.

113. I den foreliggende sag er parterne, som det ofte er tilfældet i kartelprocedurer, uenige om, efter hvilke kriterier det skal afgøres, om de berørte virksomheder blev forfulgt eller straffet på ny *for den samme konkurrencebegrænsende adfærd*, da den tjekniske konkurrencemyndighed pålagde dem en bøde. Det skal således klarlægges, hvad der menes med begrebet *idem*.

114. I forbindelse med konkurrencesager er EU's retsinstanser hidtil gået ud fra, at anvendelsen af princippet *ne bis in idem* afhænger af, at tre betingelser er opfyldt, nemlig at de faktiske omstændigheder er identiske, at lovovertræderen er den samme person, og at den retsbeskyttede interesse er den samme<sup>118</sup>. Efter princippet *ne bis in idem* er det forbudt at straffe den samme person mere end en gang for samme ulovlige adfærd for at beskytte det samme retsgode<sup>119</sup>.

115. Ser man på de tre nævnte betingelser, er der enighed om, at de to første er opfyldt, dvs. at de faktiske omstændigheder er identiske, og at lovovertræderen er den samme person. Der er dog ikke enighed om den tredje betingelse, dvs. kriteriet om, at det skal være det samme retsgode eller den samme retlige interesse, der beskyttes. Domstolen har i en række kartelsager afvist, der forelå et forbud mod dobbelt strafforfølgning i forholdet mellem EU og tredjelande, under henvisning til det sidstnævnte kriterium<sup>120</sup>.

116. Domstolen har dog undladt at anvende den tredje betingelse på andre retsområder end konkurrenceretten. I en disciplinærsag mod en tjenestemand valgte Domstolen således kun at se på, hvad der faktisk var sket (om der forelå andre faktiske omstændigheder)<sup>121</sup>. I forbindelse med bestemmelserne om området med frihed, sikkerhed og retfærdighed (Schengenkonventionens artikel 54<sup>122</sup> og den europæiske arrestordre<sup>123</sup>) fastslog Domstolen endda udtrykkeligt, at kriteriet om identitet for så vidt angår den retlige interesse, der søges beskyttet, ikke kunne lægges til grund<sup>124</sup>. Ifølge Domstolens faste praksis er det eneste relevante kriterium kriteriet om, at de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbundne, er identiske<sup>125</sup>.

117 — LVM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, præmis 59.

118 — Aalborg Portland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 108, præmis 338.

119 — Aalborg Portland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 108, præmis 338.

120 — Showa Denko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, navnlig præmis 52-56, samt dom af 29.6.2006, sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, præmis 28-32, og af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 24-30.

121 — Dommen i sagen Gutmann mod Kommissionen for Euratom, nævnt ovenfor i fodnote 105, s. 178.

122 — Konventionen om gennemførelse af Schengenafalen (»Schengenkonventionen«), undertegnet i Schengen den 19.6.1990 (EFT 2000 L 239, s. 19).

123 — Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT L 190, s. 1).

124 — Van Esbroeck-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 116, præmis 32.

125 — Van Esbroeck-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 116, præmis 27, 32 og 36, dom af 28.9.2006, sag C-467/04, Gasparini m.fl., Sml. I, s. 9199, præmis 54, af 28.9.2006, sag C-150/05, Van Straaten, Sml. I, s. 9327, præmis 41, 47 og 48, af 18.7.2007, sag C-367/05, Kraaijenbrink, Sml. I, s. 6619, præmis 26 og 28, og af 16.11.2010, sag C-261/09, Mantello, Sml. I, s. 11477, præmis 39.

117. Når princippet *ne bis in idem* fortolkes og anvendes forskelligt på de enkelte retsområder, kan der ikke sikres ensartethed i EU's retsorden. Princippet *ne bis in idem* er et bærende princip i EU-retten, hvor det betragtes som en grundlæggende rettighed, og har derfor stor betydning. Det bør derfor ikke være væsentligt forskelligt alt efter, hvilket retsområde der er tale om<sup>126</sup>. Der bør anvendes de samme kriterier inden for alle områder af EU-retten ved fastlæggelsen af, hvilke garantier der er forbundet med princippet *ne bis in idem*, som kodificeret ved artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder. Det har EFTA-Tilsynsmyndigheden med rette gjort opmærksom på.

118. Der er ingen saglig begrundelse for at underkaste princippet *ne bis in idem* andre betingelser i konkurrencesager end i andre sager. Hvor dette princip inden for rammerne af Schengenkonventionens artikel 54 har til formål at sikre unionsborgernes frie bevægelighed på EU's område, som er et »område med frihed, sikkerhed og retfærdighed«<sup>127</sup>, bidrager det i konkurrenceretten til at forbedre og lette virksomhedernes erhvervsaktiviteter i det indre marked og endelig til at skabe lige konkurrencevilkår i hele EØS (såkaldt »level playing field«).

119. Det skal ved fastlæggelsen af de relevante kriterier for begrebet *idem* tages i betragtning, at forbuddet mod dobbelt strafforfølgning i EU-retten læner sig tæt op ad en grundlæggende rettighed i EMRK<sup>128</sup>, nærmere bestemt artikel 4, stk. 1, i protokol nr. 7 til EMRK, selv om denne protokol stadig ikke er blevet ratificeret af samtlige EU-medlemsstater<sup>129</sup>. Den tætte forbindelse til EMRK fremgår ikke kun af forklaringen vedrører artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder, som EU's retsinstanser og medlemsstaterne skal tage behørigt hensyn til<sup>130</sup>, men også af Domstolens tidligere praksis vedrørende det almindelige EU-retlige princip *ne bis in idem*<sup>131</sup>.

120. Det betyder, at homogenitetsprincippet<sup>132</sup> finder anvendelse. Ifølge dette princip skal rettigheder i chartret, som svarer til dem, der er sikret ved EMRK, have samme betydning og omfang som i EMRK. Artikel 4, stk. 1, i protokol nr. 7 til EMRK, som fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Menneskerettighedsdomstolen), beskriver med andre ord den minimumsstandard, der skal sikres i EU-retten i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af princippet *ne bis in idem*.

121. Efter at Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende begrebet *idem* i mange år havde været usammenhængende, kendte den i en principiel dom fra 2009 for ret, at artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK er til hinder for, at en person forfølges eller straffes for en ny lovovertrædelse, hvis denne overtrædelse kan føres tilbage til de samme faktiske omstændigheder eller til meget lignende faktiske omstændigheder<sup>133</sup>. Det betyder, at Menneskerettighedsdomstolen kun tager hensyn til, om de faktiske omstændigheder er identiske, og har valgt ikke at se på overtrædelsens retlige kvalificering<sup>134</sup>. I den forbindelse har den i øvrigt ladet sig inspirere af EU-Domstolens praksis vedrørende området med frihed, sikkerhed og retfærdighed<sup>135</sup>. Menneskerettighedsdomstolen formulerer sig desuden på næsten

126 — Jf. i denne retning også generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 15.6.2006 i Gasparini-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 125, punkt 156.

127 — Van Esbroeck-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 116, præmis 33-35; jf. endvidere Gasparini-dommen, præmis 27, og Van Straaten-dommen, præmis 45-47, 57 og 58, begge nævnt ovenfor i fodnote 125, samt dom af 18.7.2007, sag C-288/05, Kretzinger, Sml. I, s. 6441, præmis 33.

128 — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (»EMRK«, undertegnet i Rom den 4.11.1950).

129 — Fire EU-medlemsstater (Belgien, Tyskland, Nederlandene og Det Forenede Kongerige) har endnu ikke ratificeret protokol nr. 7 til EMRK.

130 — Artikel 6, stk. 1, tredje afsnit, TEU og artikel 52, stk. 7, i chartret om grundlæggende rettigheder.

131 — LVM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, præmis 59, og Showa Denko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, præmis 50.

132 — Artikel 6, stk. 1, tredje afsnit, TEU og artikel 52, stk. 3, første punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder.

133 — Dom afsagt af Menneskerettighedsdomstolen (Store Afdeling) den 10.2.2009, sag 14939/03, Zolotukhin mod Rusland, endnu ikke trykt i *Report of Judgments and Decisions*, præmis 82: »[...] Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second »offence« in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same«.

134 — Dommen i sagen Zolotukhin mod Rusland, nævnt ovenfor i fodnote 133, præmis 81.

135 — Menneskerettighedsdomstolen har bl.a. henvist til Van Esbroeck-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 116, og Kraaijenbrink-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 125, der er citeret i uddrag i dommen i sagen Zolotukhin mod Rusland, nævnt ovenfor i fodnote 133, præmis 37 og 38.



samme måde som Domstolen, når den beskriver, hvad der skal forstås ved identiske faktiske omstændigheder. Der er ingen grund til at antage, at Menneskerettighedsdomstolen navnlig på det konkurrenceretlige område skulle være tilbøjelig til at tillægge princippet *ne bis in idem* mindre omfattende garantier<sup>136</sup>. Det forholder sig stik modsat. Menneskerettighedsdomstolen har ganske vist henvist til Aalborg Portland-dommen, der vedrører kriteriet om, at det retsgode, der beskyttes, skal være det samme, men ikke baseret sin fortolkning af princippet *ne bis in idem* på denne dom<sup>137</sup>.

122. På denne baggrund bør der ved fortolkningen og anvendelsen af begrebet *idem* inden for rammerne af det EU-retlige forbud mod dobbelt strafforfølgning fremover kun lægges vægt på, om de faktiske omstændigheder er identiske (hvilket også kræver, at lovovertræderen er den samme person<sup>138</sup>).

123. Hvis man bevarer kriteriet om, at det skal være det samme retsgode, der beskyttes, vil det i sidste instans medføre, at anvendelsesområdet for det EU-retlige forbud mod dobbelt strafforfølgning indsnævres, og at de garantier, der er forbundet med dette princip, ligger under den minimumsstandard, der er fastsat i artikel 4, stk. 1, i protokol nr. 7 til EMRK. Det vil ikke være foreneligt med homogenitetsprincippet. Som jeg vil vise i det følgende<sup>139</sup>, kan de problemer i forhold til tredjelande, som Domstolen indtil nu har løst ved hjælp af kriteriet om, at det beskyttede retsgode skal være det samme, også håndteres på anden vis, nemlig i forbindelse med undersøgelsen af, om de faktiske omstændigheder er identiske.

124. Det må derfor fastholdes, at der ved fastlæggelsen af *idem* i henhold til princippet *ne bis in idem* alene skal lægges vægt på, om de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbundne, er identiske. Der skal med andre ord være tale om de samme eller i det væsentlige lignende faktiske omstændigheder.

#### c) Anvendelsen i den foreliggende sag: manglende *idem*

125. Hvis den ovenfor anførte fortolkning af begrebet *idem* overføres på den foreliggende sag, betyder det, at det skal undersøges, om Kommissionens beslutning<sup>140</sup> og den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse<sup>141</sup> vedrører de samme faktiske handlinger, dvs. de samme eller i det væsentlige lignende faktiske omstændigheder.

i) Det område og den periode, hvor kartellet har eller kan have betydning, er væsentlige elementer i de faktiske omstændigheder

126. Det er nærliggende at antage, at de faktiske handlinger altid er identiske, når konkurrencemyndighederne har vedtaget to beslutninger om det samme kartel. Den forelæggende ret og nogle af parterne synes at foretrække denne meget vidtgående fortolkning af begrebet *idem*.

136 — I dom af 23.11.2006 afsagt af Menneskerettighedsdomstolen (Store Afdeling) i sag 73053/01, Jussila mod Finland, *Report of Judgments and Decisions* 2006-XIV, præmis 43, der vedrører EMRK's artikel 6, henregner Menneskerettighedsdomstolen ikke konkurrenceretten til den klassiske strafferet. Menneskerettighedsdomstolen går ud fra, at de strafferetlige garantier, der gives i artikel 6, stk. 1, i EMRK, ikke nødvendigvis skal anvendes fuldt ud uden for strafferettens kerneområde. Der findes dog ikke tilsvarende bemærkninger, som tyder på, at konkurrenceretten også har en særstilling med hensyn til princippet *ne bis in idem*, i dommen i sagen Zolotukhin mod Rusland (nævnt ovenfor i fodnote 133).

137 — Den passage i Aalborg Portland-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 108, præmis 338), hvor der tales om beskyttelsen af det samme retsgode, er citeret i dommen i sagen Zolotukhin mod Rusland (nævnt ovenfor i fodnote 133, præmis 36).

138 — Menneskerettighedsdomstolen har også anerkendt kravet om, at lovovertræderen skal være den samme person, i sin dom i sagen Zolotukhin mod Rusland (nævnt ovenfor i fodnote 133, præmis 84). Den lægger i denne dom vægt på »samtlige konkrete faktiske omstændigheder, der vedrører den samme lovovertræder og er uløseligt forbundet med hinanden med hensyn til tid og sted« (»a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space«); min fremhævelse.

139 — Jf. herved punkt 125-134 i dette forslag til afgørelse, navnlig punkt 131-133.

140 — Jf. herved punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

141 — Jf. herved punkt 23 og 24 i dette forslag til afgørelse.

127. Det betyder imidlertid, at der ikke tages hensyn til de særlige forhold, som generelt kendetegner overtrædelser af konkurrenceretten og navnlig ulovlig kartelvirksomhed.

128. Karteller er netop forbudt og forfølges, fordi de er til skade for konkurrencen eller i hvert fald kan påvirke konkurrencen negativt. Som det er formuleret i artikel 81, stk. 1, EF (artikel 101, stk. 1, TEUF): De virksomheder, der deltager i et kartel, pålægges sanktioner af konkurrencemyndighederne, fordi deres adfærd har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

129. Om 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<sup>142</sup>. Det forhold, der pådømmes i henhold til artikel 81 EF (artikel 101 TEUF), er nemlig ikke karteldannelsen som sådan, men kartellets iværksættelse<sup>143</sup>. Det er kartellets iværksættelse, der forstyrrer konkurrencestrukturen, hvilket i sidste ende også kan være til skade for forbrugerne i det pågældende område og på det pågældende tidspunkt.

130. De faktiske handlinger, som princippet *ne bis in idem* gælder for, vil derfor i forbindelse med ulovlig kartelvirksomhed altid vedrøre den periode og det område, hvor kartellet påvirkede konkurrencen (den »opnåede« konkurrencebegrænsning) eller kunne påvirke konkurrencen (den »tilsigtede« konkurrencebegrænsning) i negativ retning. Det har intet med den beskyttede retlige interesse eller med de faktiske omstændigheders retlige kvalificering at gøre. Kartellets faktiske og potentielle virkninger er snarere et uundværligt element i de faktiske omstændigheder, der er årsag til, at konkurrencemyndigheden indleder forfølgning mod de virksomheder, der indgår i kartellet, hvorefter der ikke må indledes forfølgning igen (*ne bis in idem*)<sup>144</sup>.

131. Det EU-retlige forbud mod dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*) er til hinder for, at flere konkurrencemyndigheder eller retsinstanter inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde pålægger sanktioner for det samme kartels konkurrencebegrænsende virkninger vedrørende det samme område og den samme periode<sup>145</sup>. Princippet *ne bis in idem* er derimod ikke til hinder for, at flere konkurrencemyndigheder eller retsinstanter inden for EØS sanktionerer det samme kartels – tilsigtede eller opnåede – konkurrencebegrænsninger inden for forskellige områder eller for forskellige perioder.

132. Det EU-retlige *ne bis in idem*-princip er heller ikke til hinder for, at et internationalt kartel både forfølges af instanser inden for EØS og af instanser i tredjelande på deres respektive områder<sup>146</sup>. Det fremgår også af ordlyden af artikel 50 i chartret om grundlæggende rettigheder, hvori der er tale om en tidligere endelig domfældelse eller en tidligere endelig frifindelse »i en af Unionens medlemsstater«.

133. Princippet *ne bis in idem* skal forhindre, at virksomheder forfølges flere gange og i givet fald straffes flere gange for de – tilsigtede eller opnåede – konkurrencebegrænsende virkninger af deres hemmelige samarbejde. Det må ikke resultere i, at de konkurrencebegrænsende virkninger af en sådan adfærd for et bestemt område og i en bestemt periode ikke sanktioneres.

142 — Med »område« menes ikke det relevante geografiske marked, der fokuseres på i en analyse af konkurrencen, men det område, hvor den pågældende adfærd har til formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

143 — Dom af 14.12.1972, sag 7/72, Boehringer mod Kommissionen, Sml. s. 1281, præmis 6; jf. i samme retning dom af 27.9.1988, forenede sager 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 5193, præmis 16.

144 — Sådan kan dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, »Archer Daniels Midland-dommen«, Sml. I, s. 4429, præmis 68 og 69, sammenholdt med præmis 64, også forstås. I denne dom bemærkede Domstolen, at der »ikke [foreligger] identitet mellem forholdene« (præmis 69), når der pålægges sanktioner, som vedrører udøvelsen eller virkningerne af et kartel på forskellige »markeder« (præmis 69) eller forskellige »territorier« (præmis 66). Der var i dette tilfælde tale om dels en tredjestats område, dels det daværende Europæiske Fællesskabs område.

145 — Jf. i denne retning Showa Denko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 105, præmis 54.

146 — Jf. igen Archer Daniels Midland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 144, præmis 68 og 69.

134. På dette grundlag kan forbuddet mod dobbelt strafforfølgning kun anvendes i den foreliggende sag, hvis og i det omfang Kommissionens beslutning og den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse vedrører de samme områder og de samme perioder. At der var tale om et enkelt internationalt (»verdensomspændende«) kartel, som var virksomt i en længere sammenhængende periode, er ikke tilstrækkeligt til at antage, at der er tale om *idem*.

ii) Kommissionens beslutning og den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse vedrører ikke de samme virkninger af kartellet

135. Det skal i princippet undersøges, om to konkurrencemyndigheders afgørelser vedrører de samme eller i det væsentlige lignende faktiske omstændigheder og dermed vedrører de samme faktiske handlinger, i forbindelse med bedømmelsen af de faktiske omstændigheder, som i en præjudiciel sag ikke henhører under Domstolens, men under den forelæggende rets kompetence<sup>147</sup>.

136. I den foreliggende sag skal der dog tages hensyn til, at en af de omhandlede afgørelser er en retsakt, som Europa-Kommissionen har vedtaget i henhold til artikel 249, stk. 4, EF (nu artikel 288, stk. 4, TEUF), dvs. en afgørelse, der er truffet af en EU-institution. Fortolkningen af en sådan afgørelse henhører under Domstolens oprindelige kompetence i præjudicielle sager [artikel 267, stk. 1, litra b), TEUF]. Domstolen kan således give den forelæggende ret oplysninger om rækkevidden af Kommissionens bødebeslutning af 24. januar 2007. Da det er Domstolens opgave at give den nationale ret alle formålstjenlige oplysninger for at gøre det lettere for denne at træffe afgørelse i hovedsagen<sup>148</sup>, bør Domstolen benytte sig af denne mulighed.

137. Det præciseres desværre ikke udtrykkeligt i den dispositive del af beslutningen af 24. januar 2007 eller i betragtningerne hertil, om bøderne også tildeles på grund af eventuelle – tilsigtede eller opnåede – påvirkninger af konkurrencen i Den Tjekkiske Republik i perioden forud for dennes tiltrædelse af EU, dvs. før den 1. maj 2004<sup>149</sup>. Den nærmere udstrækning af det område, som Kommissionens beslutning og de bøder, der pålægges heri, vedrører, skal derfor fastlægges ved fortolkning.

138. Den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen har anført, at det tjekkiske område er omfattet af Kommissionens beslutning hvad angår såvel perioden før som perioden efter den 1. maj 2004. Til støtte herfor har de bl.a. gjort gældende, at Kommissionen betegner kartellet som verdensomspændende og ikke udtrykkeligt har udelukket Den Tjekkiske Republik fra beslutningens anvendelsesområde.

139. Kommissionens beslutning kan dog også forstås på en anden måde. Det understreges af den omstændighed, at det ikke oplyses udtrykkeligt i begrundelsen, om kartellets eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger for Den Tjekkiske Republik i perioden før dennes tiltrædelse af EU rent faktisk er omfattet af beslutningen. Kommissionen henviser dog flere steder specifikt til kartellets virkninger inden for Det Europæiske Fællesskab og EØS<sup>150</sup> og henviser visse steder udtrykkeligt til de »daværende medlemmer« af Fællesskabet og de »daværende kontraherende parter« i EØS-aftalen<sup>151</sup>.

147 — Fast retspraksis; jf. bl.a. dom af 15.11.1979, sag 36/79, Denavit Futtermittel, Sml. s. 3439, præmis 12, og af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 54, samt domme af 8.9.2010, sag C-409/06, Winner Wetten, Sml. I, s. 8015, præmis 41, og forenede sager C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07, Stoß m.fl., Sml. I, s. 8069, præmis 62.

148 — Fast retspraksis; jf. dom af 1.7.2008, sag C-49/07, MOTOE, Sml. I, s. 4863, præmis 30, af 11.9.2008, sag C-279/06, CEPESA, Sml. I, s. 6681, præmis 31, og af 2.12.2009, sag C-358/08, Aventis Pasteur, Sml. I, s. 11305, præmis 50.

149 — Kommissionen taler bl.a. i 478. betragtning til beslutningen om, at overtrædelsen »som minimum omfattede hele EØS-området« (»the infringement covered at least the whole territory of the EEA«).

150 — Jf. bl.a. 2., 218., 248. og 300. betragtning til Kommissionens beslutning; jf. ligeledes artikel 1 i Kommissionens beslutning, hvori det fastslås, at deltagelsen i aftaler og samordnet praksis i EØS anses for en overtrædelse.

151 — 218. betragtning til Kommissionens beslutning; jf. i samme retning 321. og 322. betragtning.

140. Når der i Kommissionens beslutning tales om et verdensomspændende kartel, kan det ses som en forklaring af kartellets virkemåde. Det siger ikke nødvendigvis noget om, hvilke konkurrencebegrænsende virkninger af kartellet Kommissionen i sidste instans tilsigtede med de bøder, den pålagde. Kommissionen lagde desuden kun karteldeltagernes globale omsætning til grund<sup>152</sup> for at kunne sammenligne de berørte virksomheders forholdsmæssige størrelse og tage deres faktiske evne til at forvolde væsentlig skade på markedet for GIS-anlæg i betragtning<sup>153</sup>.

141. Det fremgår også af bødeudmålingen, at Kommissionen ikke omfattede de medlemsstater, der tiltrådte den 1. maj 2004, i sin beslutning. Bøderne er således udmålt på grundlag af den omsætning, karteldeltagerne har haft inden for EØS i 2003, dvs. året før EU's udvidelse mod øst<sup>154</sup>.

142. Den fortolkning af Kommissionens beslutning, hvorefter den omfatter kartellets konkurrencebegrænsende virkninger inden for EØS, understøttes i øvrigt af et andet vigtigt forhold, nemlig at anvendelsesområdet for EU-institutionernes retsakter ikke kan række ud over anvendelsesområdet for deres retsgrundlag<sup>155</sup>. Artikel 81 EF fandt som tidligere nævnt ikke anvendelse i Den Tjekkiske Republik i perioden før dennes tiltrædelse af EU, og Kommissionen kunne ikke udøve suveræne rettigheder på tjekkisk område før den 1. maj 2004<sup>156</sup>. Kommissionen ville have overskredet sine beføjelser, hvis den alligevel havde truffet en beslutning, hvori virksomheder blev pålagt bøder med hensyn til Den Tjekkiske Republik for perioden før den 1. maj 2004.

143. Det fremgår af fast retspraksis, at en EU-retsakt ifølge et almindeligt fortolkningsprincip i videst muligt omfang skal fortolkes således, at dens gyldighed ikke drages i tvivl<sup>157</sup>. Når en bestemmelse i den afledte EU-ret kan fortolkes på flere måder, bør den fortolkning, der bringer bestemmelsen i overensstemmelse med traktaterne, derfor lægges til grund frem for den, som medfører, at bestemmelsen må anses for uforenelig med disse<sup>158</sup>.

144. I henhold til dette princip skal Kommissionens beslutning af 24. januar 2007 derfor fortolkes således, at de heri omhandlede bøder ikke er tildelt for overtrædelser af konkurrenceretten, som har fundet sted i Den Tjekkiske Republik forud for dennes tiltrædelse af EU.

145. Det må således fastslås, at Kommissionens beslutning ikke omfatter det omtvistede kartels – tilsigtede eller opnåede – konkurrencebegrænsende virkninger inden for Den Tjekkiske Republiks område i perioden før den 1. maj 2004, hvorimod der – ifølge den forelæggende rets oplysninger – i den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse kun blev pålagt bøder for dette område og for denne periode. Det følger heraf, at både beslutningen og afgørelsen vedrører overtrædelser, der er begået af det samme internationale kartel, men at de i øvrigt er baseret på forskellige faktiske omstændigheder<sup>159</sup>.

146. Det kan sammenfattende konkluderes, at Kommissionens beslutning og den tjekkiske konkurrencemyndigheds afgørelse ikke vedrører de samme faktiske handlinger, og at den tjekkiske konkurrencemyndighed derfor ikke har tilsidesat forbuddet om dobbelt strafforfølgning (princippet *ne bis in idem*) med sin afgørelse.

152 — Jf. bl.a. 478., 481. og 482. betragtning til Kommissionens beslutning.

153 — Archer Daniels Midland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 144, præmis 73 og 74.

154 — 478. betragtning til Kommissionens beslutning.

155 — Jf. i denne retning dom af 9.3.2006, sag C-65/04, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 2239, præmis 27.

156 — Jf. min gennemgang af det første præjudicielle spørgsmål (punkt 37-68 i dette forslag til afgørelse); jf. i samme retning Rettens dom af 28.4.2010, forenede sager T-456/05 og T-457/05, Gütermann mod Kommissionen, Sml. II, s. 1443, præmis 40.

157 — Dommen i sagen Sturgeon m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 80, præmis 47; jf. i samme retning dom af 4.10.2001, sag C-403/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6883, præmis 37.

158 — Dom af 13.12.1983, sag 218/82, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 4063, præmis 15, af 29.6.1995, sag C-135/93, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1651, præmis 37, og af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 28.

159 — Hvis det alligevel viser sig, at den tjekkiske konkurrencemyndighed også har pålagt sanktioner for perioden efter den 1.5.2004, vil der *kun* være tale om idem *i denne henseende* – altså kun for kartellets konkurrencebegrænsende virkninger i Den Tjekkiske Republik efter dennes tiltrædelse af EU.

### 3. Foreløbig konklusion

147. Det må heraf konkluderes, at det EU-retlige princip *ne bis in idem* ikke er til hinder for sanktioner mod virksomheder i et kartel, som den pågældende medlemsstats nationale konkurrencemyndighed pålægger som følge af kartellets konkurrencebegrænsende virkninger i denne medlemsstat forud for dennes tiltrædelse af Den Europæiske Union, hvis og i det omfang Europa-Kommissionen ikke tidligere har tildelt de samme karteldeltagere bøder på grund af de samme virkninger.

### VI – Forslag til afgørelse

148. I betragtning af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

- »1) I en medlemsstat, der tiltrådte Den Europæiske Union den 1. maj 2004, finder artikel 81 EF og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 ikke anvendelse på perioder, som ligger forud for denne tiltrædelsesdato, selv om formålet er at forfølge et internationalt kartel, der har medført en enkelt og vedvarende overtrædelse og har kunnet påvirke den pågældende medlemsstat både før og efter tiltrædelsesdatoen.
- 2) Hvis Europa-Kommissionen indleder en procedure i henhold til kapitel III i forordning nr. 1/2003 mod et sådant kartel, betyder det ikke, at den pågældende medlemsstats nationale konkurrencemyndighed i henhold til artikel 11, stk. 6, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 mister sin kompetence til at sanktionere kartellets konkurrencebegrænsende virkninger i denne medlemsstat med hensyn til perioder, der ligger forud for dennes tiltrædelse af Den Europæiske Union, efter national konkurrenceret.
- 3) Det EU-retlige princip *ne bis in idem* er ikke til hinder for sanktioner mod virksomheder i et kartel, som den pågældende medlemsstats nationale konkurrencemyndighed pålægger som følge af kartellets konkurrencebegrænsende virkninger i denne medlemsstat forud for dennes tiltrædelse af Den Europæiske Union, hvis og i det omfang Europa-Kommissionen ikke tidligere har tildelt de samme karteldeltagere bøder på grund af de samme virkninger.«