



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. BOBEK

fremSAT den 2. september 2021¹

Sag C-117/20

**bpost SA
mod**

Autorité belge de la concurrence

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour d'appel de Bruxelles (appeldomstolen i Bruxelles, Belgien))

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – princippet ne bis in idem – bøde, der pålægges af en national tilsynsmyndighed for postvæsenet – bøde, der pålægges af en national konkurrencemyndighed«

I. Indledning

1. Artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) indkapsler den ædle tanke om ét fælles retligt rum. I dette rum skal ingen i en straffesag på ny stilles for en domstol eller dømmes for samme lovovertrædelse. Den beskyttelse, som tidligere blev ydet på medlemsstatsplan, er blevet hævet til EU-plan.

2. Gennemførelsen af denne tanke i EU-retten har af flere grunde været forholdsvis vanskelig. Tre af dem er værd at pointere. For det første indebærer den praktiske gennemførelse af denne tanke i et sammensat retligt rum som Den Europæiske Union – det være sig horisontalt (forbindelserne mellem medlemsstaterne) eller vertikalt (forbindelserne mellem medlemsstaterne og Den Europæiske Union) – en øget kompleksitet. Der er simpelthen for mange variabler. For det andet indføres der nye segmenter, lag og delområder af regler. Der etableres nye organer eller myndigheder, som er ansvarlige for tilsynet hermed. Dette medfører sommetider overlappende mandater og forvirring med hensyn til, hvor kompetencen til at efterforske og straffe ligger. For det tredje er der »Engel-multiplikationen«. De forholdsvis udvidende kriterier, som oprindeligt er skabt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) for at udvide dens jurisdiktion i medfør af artikel 6, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«), anvendes nu også i andre sammenhænge. Dette omfatter vurderingen af, hvad der udgør en »lovovertrædelse« som omhandlet i chartrets artikel 50. Som følge heraf anses mange regler og procedurer, som på det begrebsmæssige plan tidligere blev betragtet som administrative, nu for at være strafferetlige.

¹ – Originalsprog: engelsk.

3. Kombinationen af disse tre faktorer har i betydelig grad udvidet rækken af procedurer og sanktioner, som princippet *ne bis in idem* finder anvendelse på. I årenes løb har det således vist sig at være vanskeligt at finde en rimelig balance mellem beskyttelsen af grundlæggende rettigheder og de legitime interesser, når bestemte former for adfærd straffes. Domstolens praksis, som er udviklet i samspil med Menneskerettighedsdomstolen, er præget af fragmentering og delvis selvmodsigelse. Den kan næppe kendetegnes som (*ne bis in idem*), men nu snarere ved en *quater* eller *quinquies in idem*, mens usikkerhed fortsat også plager *bis*.

4. Den foreliggende sag er endnu et eksempel på disse usikkerheder. Selskabet *bpost*, som er den etablerede leverandør af posttjenester i Belgien, blev successivt pålagt bøder af to belgiske myndigheder. For det første fastslog den nationale sektorspecifikke tilsynsmyndighed, at den rabatordning, som *bpost* anvendte i 2010, var udtryk for en forskelsbehandling af visse af *bposts* kunder. Denne afgørelse blev efter en præjudiciel forelæggelse for Domstolen annulleret af den nationale domstol². Den omhandlede situation udgjorde ikke forskelsbehandling i henhold til lovgivningen vedrørende postsektoren. For det andet pålagde den nationale konkurrencemyndighed *bpost* en bøde for misbrug af en dominerende stilling som følge af anvendelsen af nævnte rabatordning i perioden januar 2010 til juli 2011.

5. *bpost* har anfægtet lovligheden af denne anden sag under henvisning til princippet *ne bis in idem*. Efter to gange domstolsprøvelse verserer tvisten i hovedsagen atter for Cour d'appel de Bruxelles (appeldomstolen i Bruxelles, Belgien). Denne domstol ønsker nærmere bestemt oplyst, om lovligheden af sagen ved den nationale konkurrencemyndighed skal vurderes i lyset af definitionen af *idem*, som den er udviklet i retspraksis på konkurrenceområdet og bekræftet i Toshiba-dommen³, eller om den skal undersøges ud fra klausulen om rettighedsbegrænsning og det kriterium, som er fastlagt i Menci-dommen, Garlsson-dommen og Di Puma-dommen, som er et sæt domme, der blev afsagt den samme dag (herefter »Menci-praksissen«)⁴.

6. Jeg har ligesom den forelæggende ret vanskeligt ved at se, hvordan Toshiba-dommen og Menci-dommen kan forenes og anvendes i en og samme sag. Det er min opfattelse, at den foreliggende sag sammen med den parallelle sag, sagen Nordzucker m.fl.⁵, giver Domstolen en unik mulighed for at give nationale domstole sammenhængende vejledning om, hvordan beskyttelsen i henhold til chartrets artikel 50 skal være i modsætning til, hvad der på nuværende tidspunkt er en fragmenteret og delvis selvmodsigende mosaik af parallelle ordninger.

II. Retsforskrifter

A. EMRK

7. Artikel 4 i tillægsprotokol nr. 7 til EMRK har følgende ordlyd:

»1. Under én og samme stats jurisdiktion skal ingen i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i overensstemmelse med denne stats lovgivning og strafferetspleje.

² – Dom af 11.2.2015, *bpost* (C-340/13, EU:C:2015:77).

³ – Dom af 14.2.2012, *Toshiba Corporation m.fl.* (C-17/10, EU:C:2012:72).

⁴ – Dom af 20.3.2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), *Garlsson Real Estate m.fl.* (C-537/16, EU:C:2018:193), og *Di Puma og Zecca* (C-596/16 og C-597/16, EU:C:2018:192).

⁵ – Mit forslag til afgørelse i sagen *Nordzucker m.fl.* (sag C-151/20) (herefter »Nordzucker-sagen«), der er fremsat samme dag som dette forslag til afgørelse.

2. Bestemmelserne i foregående stykke forhindrer ikke genoptagelse af sagen i overensstemmelse med vedkommende stats lovgivning og strafferetspleje, såfremt der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller såfremt der i den tidligere rettergang er begået en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald.

3. Der kan ikke ske fravigelse fra denne artikel i medfør af artikel 15 i konventionen.«

B. EU-retten

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

9. Artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (herefter »gennemførelseskonventionen«)⁶ foreskriver:

»En person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme strafbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.«

10. Artikel 102 TEUF fastsætter:

»En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

[...]

c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

[...]«

⁶ – EFT 2000, L 239, s. 19.

11. Artikel 12 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/67/EF af 15. december 1997 om fælles regler for udvikling af Fællesskabets indre marked for posttjenester og forbedring af disse tjenesters kvalitet⁷ fastsætter:

»Medlemsstaterne sikrer, at taksterne for alle tjenester, der er omfattet af befordringspligten, fastsættes under overholdelse af følgende principper:

[...]

- [T]aksterne skal være gennemsigtige og ikke-diskriminerende[.]
- [H]vis befordringspligtige virksomheder anvender særlige takster, f.eks. for tjenester for erhvervslivet, afsendere af masseforsendelser eller for virksomheder, der indsamler post fra forskellige brugere, skal de anvende principperne om gennemsigtighed og ikke-diskriminering, både med hensyn til takster og de dertil knyttede betingelser. Taksterne skal sammen med de dertil knyttede betingelser gælde ens over for forskellige tredjeparter og i forholdet mellem tredjeparter og de befordringspligtige virksomheders ligestillede tjenesteelementer. Sådanne takster skal også gælde for brugere, navnlig individuelle brugere og små og mellemstore virksomheder, der sender post på lignende betingelser.«

C. Belgisk ret

12. Artikel 3 i loi sur la protection de la concurrence économique (lov om beskyttelse af den økonomiske konkurrence), der blev koordineret den 15. september 2006, indeholder bestemmelser, der svarer til bestemmelserne i artikel 102 TEUF.

13. Artikel 12 i direktiv 97/67, som ændret ved direktiv 2002/39/EF af 10. juni 2002 (EFT 2002, L 176, s. 21), blev gennemført i belgisk ret ved artikel 144b i loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (lov af 21.3.1991 om reform af visse offentlige økonomiske virksomheder).

III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

14. bpost er den etablerede virksomhed for posttjenester i Belgien. Den udbyder bl.a. indsamling, sortering, transport og omdeling af postforsendelser til modtagerne. Disse tjenester udbydes til den brede offentlighed og til to særlige kategorier af kunder: afsendere af masseforsendelser (herefter »afsendere«) og konsolidatorer.

15. Afsendere er endelige brugere af tjenester i form af postomdeling. De bestemmer, hvilken meddelelse der skal forsendes, og er ophavsmænd til forsendelserne. Konsolidatorerne leverer tjenester til afsenderne i form af indlevering af massetryksager forud for tjenesten i form af postomdeling. Disse tjenester omfatter forberedelse af forsendelserne, før de videregives til bpost (sortering, trykning, placering i konvolutter, etikettering, adressering og frankering), samt indlevering af forsendelser (indsamling hos afsenderne, samling og placering af forsendelserne i postsække, transport og indlevering til de steder, som postvirksomheden har angivet).

⁷ – EFT 1998, L 15, s. 14.

16. Tidligere anvendte bpost forskellige typer takster, herunder særlige takster, der bestod af rabatter til visse kunder, der gjaldt for både afsendere og konsolidatorer, som genererede en bestemt omsætning. De hyppigste aftalebaserede rabatter var mængderabatter, som tildeltes ud fra mængden af postforsendelser genereret i en referenceperiode, og »operationelle rabatter«, som havde til formål at belønne visse indleveringer af massetryksager, og som udgjorde modydelsen for de udgifter, som bpost undgik.

A. Sagen ved den nationale tilsynsmyndighed for postvæsenet

17. bpost oplyste Institut belge des services postaux et des télécommunications (den nationale tilsynsmyndighed for posttjenester i Belgien, herefter »IBPT«) om en ændring af virksomhedens rabatordning for året 2010 med hensyn til de aftalebaserede takster for omdeling af adresserede reklameforsendelser og administrative forsendelser.

18. Denne nye rabatordning omfattede en mængderabat, der blev beregnet på grundlag af mængden af indleverede forsendelser, og som blev tildelt såvel afsenderne som konsolidatorerne. Den rabat, som de sidstnævnte blev tildelt, blev imidlertid ikke længere beregnet på grundlag af den samlede mængde forsendelser fra samtlige de afsendere, som konsolidatorerne leverede tjenester til, men på grundlag af mængden af forsendelser, som hver af deres kunder hver især genererede (herefter »mængderabatten pr. afsender«).

19. Ved afgørelse af 20. juli 2011 pålagde IBPT bpost en bøde på 2,3 mio. EUR for en diskriminerende takstordning baseret på en uberettiget forskelsbehandling af afsendere og konsolidatorer.

20. Der blev anlagt et annulationssøgsmål til prøvelse af denne afgørelse ved Cour d'appel de Bruxelles (appeldomstolen i Bruxelles, Belgien, herefter »appeldomstolen«), som i denne forbindelse forelagde Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af direktiv 97/67.

21. I dom af 11. februar 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77), fastslog Domstolen, at »afsenderne og konsolidatorerne ikke befinder sig i en sammenlignelig situation hvad angår det mål, som forfølges med ordningen med mængderabat pr. afsender, nemlig at stimulere efterspørgslen på området for posttjenester, eftersom kun afsenderne ved hjælp af denne ordning kan tilskyndes til at øge den mængde af deres forsendelser, som indleveres til bpost, og dermed denne virksomheds omsætning«⁸. Domstolen fastslog derfor, at den forskellige behandling af disse to kategorier af kunder, som følger af anvendelsen af ordningen med en mængderabat pr. afsender, ikke udgjorde en diskriminering, der er forbudt i henhold til artikel 12 i direktiv 97/67.

22. Ved dom af 10. marts 2016 annullerede appeldomstolen IBPT's afgørelse.

⁸ – Dom af 11.2.2015 (C-340/13, EU:C:2015:77, præmis 48).

B. Sagen ved den nationale konkurrencemyndighed

23. I mellemtiden fastslog Conseil de la concurrence (nu Autorité belge de la concurrence, herefter »den belgiske konkurrencemyndighed«) ved afgørelse af 10. december 2012, at de forskellige mængderabatter udgjorde misbrug af en dominerende stilling. De bragte konsolidatorerne i en ugunstig konkurrencesituation i forhold til bpost ved at tilskynde de store kunder til at indgå aftaler direkte med bpost.

24. Den belgiske konkurrencemyndighed konstaterede i denne forbindelse, at bpost i perioden januar 2010 til juli 2011 havde overtrådt artikel 3 i loven om beskyttelse af den økonomiske konkurrence og artikel 102 TEUF. Den idømte derfor bpost en bøde på 37 399 786 EUR (herefter »den omtvistede afgørelse«). Den tog ved beregningen af denne bøde hensyn til den af IBPT tidligere pålagte bøde, som på tidspunktet for denne afgørelse endnu ikke var blevet annulleret.

25. Ved stævning indgivet til appeldomstolen den 9. januar 2013 anlagde bpost et søgsmål med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

26. Ved dom af 10. november 2016 fastslog appeldomstolen, at bpost med føje havde gjort princippet *ne bis in idem* gældende. Med dommen af 10. marts 2016, som annullerede IBPT's afgørelse, var der blevet truffet endelig afgørelse med hensyn til forhold, der var stort set de samme som de forhold, der lå til grund for den sag, der var blevet indbragt for den belgiske konkurrencemyndighed (»afsendermodellen« i forbindelse med bposts aftalebaserede takster for 2010). Da sagen ved den belgiske konkurrencemyndighed dermed måtte afvises, annullerede appeldomstolen den omtvistede afgørelse.

27. Ved dom af 22. november 2018 ophævede Cour de cassation (kassationsdomstol, Belgien) appeldomstolens dom og hjemviste sagen til den samme appeldomstol i en anden sammensætning. Cour de cassation (kassationsdomstol) fastslog, at chartrets artikel 50 ikke er til hinder for kumulation af retsforfølgelser i denne bestemmelses forstand, der er baserede på de samme faktiske omstændigheder, selv når en af dem har ført til en endelig afgørelse om frifindelse, når sådanne sager i medfør af chartrets artikel 52, stk. 1, under overholdelse af proportionalitetsprincippet og med henblik på at nå et mål af almen interesse, har yderligere komplementære mål, som vedrører forskellige aspekter af den samme ulovlige adfærd.

28. Den hjemviste sag verserer i øjeblikket for appeldomstolen. bpost har i hovedsagen gjort gældende, at den omtvistede afgørelse er i strid med princippet *ne bis in idem*, da de sager, som IBPT og den belgiske konkurrencemyndighed gennemførte, var af strafferetlig karakter og vedrørte de samme faktiske omstændigheder. Endvidere har bpost gjort gældende, at de strenge betingelser, der skal være opfyldt, for at retsforfølgelse og sanktioner kan kumuleres, ikke er opfyldt. De to retsforfølgelser har ikke en tilstrækkelig tæt tidsmæssig og materiel forbindelse.

29. Ifølge den belgiske konkurrencemyndighed er den omtvistede afgørelse ikke i strid med princippet *ne bis in idem*. Domstolens retspraksis om *ne bis in idem* på konkurrenceområdet omfatter en undersøgelse af kriteriet om den »retsbeskyttede interesse«. Begge omhandlede sager forfølger komplementære mål, som vedrører forskellige aspekter af den samme ulovlige adfærd. De beskytter forskellige retlige interesser.

30. Europa-Kommissionen, der har interveneret som *amicus curiae* i hovedsagen, har gjort gældende, at Den Europæiske Unions almene interesse ville være i fare, hvis kriteriet om den retsbeskyttede interesse blev opgivet. Efter dens opfattelse vedrører Menci-retspraksissen ikke

konkurrenceretten. Denne retspraksis vedrører kumulation af retsforfølgelse og sanktioner for den samme lovovertrædelse, der er genstand for dobbelt kvalificering og dobbelt straf i national ret. I modsætning til denne situation har bpost været genstand for to særskilte retsforfølgelser for to særskilte lovovertrædelser, der er baseret på forskellige lovbestemmelser, som forfølger særskilte og komplementære mål af almen interesse: dels tilsidesættelse af sektorspecifikke regler (forbuddet mod diskriminerende praksis og gennemsigtighedskravet, der navnlig fremgår af artikel 144b i lov af 21.3.1991 om reform af visse offentlige økonomiske virksomheder), dels tilsidesættelse af forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF og artikel 3 i lov af 15. september 2006 om beskyttelse af den økonomiske konkurrence. Ifølge Kommissionen skal princippet *ne bis in idem* i dette tilfælde undersøges på grundlag af de kriterier, som Domstolen har opstillet i sager vedrørende konkurrenceretten. Hvis ikke der blev taget hensyn til den retsbeskyttede interesse, vil der være risiko for at konkurrencerettens anvendelsesområde indskrænkes betydeligt, da konkurrenceretten anvendes horisontalt.

31. Det er den forelæggende rets opfattelse, at anvendelsen af princippet *ne bis in idem* i hovedsagen kræver, at der tages hensyn til den retlige interesse, foruden hvilken anvendelsen af konkurrenceretten løber risikoen for at miste sin effektive virkning. Når dette er sagt, har den forelæggende ret endvidere noteret sig Menci-retspraksissen og relevant retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen, som ligeledes skal tages i betragtning.

32. På denne baggrund har appeldomstolen besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal princippet *ne bis in idem*, således som det sikres ved chartrets artikel 50, fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at den kompetente administrative myndighed i en medlemsstat pålægger en bøde for overtrædelse af EU-konkurrenceretten i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor den samme juridiske person allerede har betalt en administrativ bøde fuldt ud, som den er blevet pålagt af den nationale tilsynsmyndighed for postvæsenet for en angivelig overtrædelse af postlovgivningen på grundlag af de samme eller tilsvarende forhold, for så vidt som betingelsen om, at den retsbeskyttede interesse skal være den samme ikke er opfyldt, da den foreliggende sag vedrører to forskellige overtrædelser af to særskilte lovgivninger, der henhører under to særskilte retsområder?
- 2) Skal princippet *ne bis in idem*, således som det sikres ved chartrets artikel 50, fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at den kompetente administrative myndighed i en medlemsstat pålægger en bøde for overtrædelse af EU-konkurrenceretten i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor den samme juridiske person allerede har betalt en administrativ bøde fuldt ud, som den er blevet pålagt af den nationale tilsynsmyndighed for postvæsenet for en angivelig overtrædelse af postlovgivningen på grundlag af de samme eller tilsvarende forhold, med den begrundelse, at en begrænsning af princippet *ne bis in idem* vil være berettiget, fordi konkurrencelovgivningen forfølger et komplementært mål af almen interesse, nemlig beskyttelse og opretholdelse af et system uden konkurrencefordrejning i det indre marked, og ikke går videre end det, der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at nå det mål, der legitimt forfølges med denne lovgivning, og/eller med henblik på at beskytte disse andre aktørers frihed til at oprette og drive egen virksomhed på grundlag af chartrets artikel 16?»

33. bpost, den belgiske, den tjekkiske, den græske, den italienske, den lettiske og den rumænske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. bpost, den belgiske, den græske, den lettiske og den polske regering samt Kommissionen afgav ligeledes mundtlige indlæg i retsmødet, der fandt sted den 22. marts 2021. Dette retsmøde var fælles for denne sag samt sag C-151/20, Nordzucker-sagen.

IV. Bedømmelse

34. Med begge spørgsmål opfordrer den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen til at afklare de kriterier, hvorunder princippet *ne bis in idem* i chartrets artikel 50 finder anvendelse. Disse spørgsmål er rejst inden for rammerne af to sager. Den første, som nu er afsluttet, vedrørte den sektorspecifikke regulering af posttjenester og en bøde, som IBPT pålagde bpost for manglende overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling (herefter »den sektorspecifikke sag«), og som senere blev annulleret. Den anden sag vedrører konkurrenceretten. I denne sag pålagde den belgiske konkurrencemyndighed bpost en bøde for misbrug af en dominerende stilling (herefter »konkurrencesagen«).

35. Begge sager førte tilsyneladende til anvendelse af sanktioner, som er af strafferetlig karakter. Den forelæggende ret ønsker derfor oplyst, om vurderingen af elementet *idem* skal afhænge af den retlige interesse, som beskyttes i medfør af de to omhandlede retsgrundlag, eller om vurderingen bør foretages under hensyntagen til klausulen om rettighedsbegrænsning i chartrets artikel 52, stk. 1.

36. Den forelæggende ret er med andre ord i tvivl om det nøjagtige *idem*-kriterium, som den formodes at anvende på kombinationen af en sektorspecifik sag og en konkurrencesag. Skal den anvende kriteriet for to konkurrencesager, som Domstolen fastslog i dommen i sagen *Wilhelm m.fl.*⁹, og som den gentagne gange siden har bekræftet, navnlig i *Toshiba-dommen*¹⁰ og senest i *Slovak Telecom-dommen*¹¹? Eller skal den i stedet anvende det kriterium, som Domstolen ligeledes for nylig fastlagde for kombinationen af en straffesag og en administrativ sag i *Menci-dommen*?

37. Spørgsmålet om, hvorvidt det er retspraksis ifølge »*Toshiba-dommen* eller *Menci-dommen*«, er afgørende for den foreliggende sag. I forbindelse med chartrets artikel 50 udgør det imidlertid blot den legendariske top af isbjerget. Man må erkende, at der er mere, som lurer under overfladen, og at der er meget mere, som skal klarlægges for fuldt ud at forstå isbjergets reelle størrelse og at træffe en informeret beslutning om den korrekte vej frem.

38. Jeg vil derfor begynde med præcist at fastlægge udviklingen af princippet *ne bis in idem* på forskellige EU-retlige områder, der ofte foregår gennem et udtrykkeligt samspil med Menneskerettighedsdomstolen, på grundlag af hvilken den korrekte anvendelse og betydningen af spørgsmålet »*Toshiba* eller *Menci*« bedst kan forstås (under A). Da udviklingen af princippet *ne bis in idem* har været ganske vanskelig, hvilket har resulteret i en række fragmenterede ordninger, vil jeg desuden fremhæve nogle af de problemstillinger, som en sådan fragmentering har forårsaget. Jeg vil endvidere forklare, hvorfor en udvidelse af det kriterium, som er defineret i *Menci-dommen*, til alle sager henhørende under chartrets artikel 50 muligvis ikke er den bedste

⁹ – Dom af 13.2.1969, *Wilhelm m.fl.* (14/68, EU:C:1969:4).

¹⁰ – Dom af 14.2.2012, *Toshiba* (C-17/10, EU:C:2012:72).

¹¹ – Dom af 25.2.2021, *Slovak Telekom* (C-857/19, EU:C:2021:139).

fremgangsmåde (under B). Jeg vil endelig redegøre for en løsning af de nævnte problemstillinger ved at foreslå en tilgang (der er så ensartet som muligt) til princippet *ne bis in idem* i chartrets artikel 50 (under C).

A. Udviklingen af retspraksis om ne bis in idem

39. En terminologisk bemærkning er indledningsvis på sin plads. De gældende tilgange til princippet *ne bis in idem* placeres oftest for nemheds skyld i to kategorier, der almindeligvis betegnes *idem factum* eller *idem crimen*. Disse begreber beskriver kort sagt, hvad der er udgangspunktet for den konkrete tilgang til princippet.

40. Tilgangen baseret på *idem factum* indebærer, at betingelsen om *idem* er opfyldt, når to sager vedrører de samme handlinger, uden at der lægges vægt på, om den anden sag vedrører en anden lovovertrædelse, som de samme handlinger kan have udgjort. Den faktiske identitet er tilstrækkelig til, at betingelsen om *idem* er opfyldt.

41. Tilgangen baseret på *idem crimen* omfatter en vurdering af, om den anden sag ikke kun vedrører de samme handlinger, men også den samme lovovertrædelse. Når der er tale om en anden lovovertrædelse, vil den anden sag i princippet være tilladt. Der er imidlertid tendens til en vis variation i definitionerne af, hvad nøjagtigt der udgør identitet for så vidt angår lovovertrædelsen. Sidstnævnte er ofte udformet med henblik på begreberne den retsbeskyttede interesse, de samfundsmæssige goder, som handlingen griber ind i, eller i mere abstrakte termer som karakteren af den samfundsmæssige forseelse.

42. På EU-plan har princippet *ne bis in idem* udviklet sig i, hvad der bedst kan beskrives som på hinanden følgende bølger af retspraksis. Forenklet set begyndte denne udvikling på området for EU-konkurrenceretten med en tilgang baseret på den retsbeskyttede interesse (under 1). Dernæst fulgte retspraksis vedrørende gennemførelseskonventionen baseret på *idem factum*-tilgangen (under 2). Udviklingen inden for rammerne af gennemførelseskonventionen inspirerede tilsyneladende en ændring af Menneskerettighedsdomstolens praksis, hvor *idem crimen* først flyttede til *idem factum*. Kriteriet blev imidlertid efterfølgende præciseret ved indførelsen af en tæt tidsmæssig og materiel forbindelse, hvilket muliggjorde en anden sag vedrørende det samme forhold under visse omstændigheder (under 3). Domstolen noterede sig derefter udviklingen ved Menneskerettighedsdomstolen. Imidlertid besluttede den sig dernæst for at flytte fokus for sin analyse fra omfanget af beskyttelsen i chartrets artikel 50 til klausulen om rettighedsbegrænsning i chartrets artikel 52, stk. 1 (under 4).

1. Den retsbeskyttede interesse i EU-konkurrenceretten

43. Retsspraksis om *ne bis in idem* i konkurrenceretlige spørgsmål tager sit udgangspunkt i dommen i sagen Wilhelm m.fl.¹². Sagen vedrørte parallelle nationale og overnationale undersøgelser af konkurrencebegrænsende adfærd. Det blev i denne sag gjort gældende, at den tyske nationale konkurrencemyndighed ikke havde kompetence til at fortsætte sin undersøgelse af visse lovovertrædelser, der samtidigt blev undersøgt af Kommissionen. De rejste spørgsmål vedrørte bl.a., om det var muligt at anvende nationale og fællesskabsretlige konkurrenceregler på den samme faktiske situation, der på dette tidspunkt var omfattet af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i et tilfælde, hvor Kommissionen allerede havde truffet foranstaltninger i henhold til

¹² – Dom af 13.2.1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4).

forordning nr. 17¹³, eller om den nationale konkurrencemyndigheds foranstaltning under anvendelse af national konkurrencelovgivning ikke var tilladt som følge af faren for en dobbelt sanktion og en uforenelig vurdering.

44. Domstolen bemærkede, at artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17 gav de nationale myndigheder beføjelse til at anvende EØF-traktatens daværende artikel 85, stk. 1, og artikel 86. Når dette er sagt, vedrørte denne bestemmelse ikke de nationale konkurrencemyndigheders kompetence, når disse anvender national ret¹⁴. Domstolen tilføjede, at »[f]ællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende karteller vurderer disse sidste ud fra forskellige synsvinkler«¹⁵ samtidig med, at den gjorde det klart, at en national sag ikke kan skade fællesskabssagen.

45. Lige siden den nævnte dom er princippet *ne bis in idem* ikke blevet anset for en hindring for samtidige sager indledt af Kommissionen og de respektive nationale konkurrencemyndigheder. Udsagnet om, at fællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende konkurrence vurderer konkurrencebeskyttelse ud fra forskellige synsvinkler, blev senere suppleret af Domstolens bemærkning om, at den retsbeskyttede interesse i EU-konkurrenceretten og i national konkurrenceret ikke er den samme. I henhold til hvad der i dag er fast retspraksis, udløses beskyttelsen af *ne bis in idem* i konkurrenceretten derfor kun, hvis der foreligger trefoldig identitet nemlig for så vidt angår de faktiske omstændigheder, lovovertræderen og den retsbeskyttede interesse.

46. Ved anvendelsen af sidstnævnte kriterium inden for rammerne af indledte procedurer og pålagte sanktioner i Den Europæiske Union har Domstolen fastslået, at det er »forbudt at straffe den samme person mere end en gang for samme ulovlige adfærd for at beskytte det samme retsgode«¹⁶. Domstolen anvendte endvidere kriteriet om den retsbeskyttede interesse på sager, hvor virksomheder var genstand for retsforfølgelse og straf i et tredjeland¹⁷, idet den forklarede baggrunden herfor med den særlige karakter, som formålene, de materielle bestemmelser og de retlige konsekvenser har, når det gælder sanktioneringen af overtrædelser af konkurrenceretten¹⁸.

47. Det er ret betegnende, at Domstolens Store Afdeling i Toshiba-dommen¹⁹ har bekræftet anvendelsen af den tredobbelte betingelse vedrørende *idem*, selv om generaladvokat Kokott havde opfordret Domstolen til at gå væk fra den²⁰. Generaladvokaten foreslog nemlig at tilpasse vurderingen af *idem* med tilgangen samme-lovovertræder-samme-faktiske-omstændigheder, som Domstolen valgte i forbindelse med gennemførelseskonventionens artikel 54 og den europæiske arrestordre og i lyset af Menneskerettighedsdomstolens (på daværende

¹³ – EØF Rådet: Forordning nr. 17: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 (EFT, den danske specialudgave 1959-1962 (I), s. 81).

¹⁴ – Artikel 9, stk. 3, fastsatte kun, at »[s]å længe Kommissionen ikke har indledt nogen procedure i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6, forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente til [...] at bringe bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (1), og artikel 86, i anvendelse [...]«.

¹⁵ – Dom af 13.2.1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, præmis 3).

¹⁶ – Dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 338), og af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 97).

¹⁷ – Dom af 29.6.2006, Showa Denko mod Kommissionen (C-289/04 P, EU:C:2006:431, præmis 52-56) og SGL Carbon mod Kommissionen (C-308/04 P, EU:C:2006:433, præmis 28-32), og af 10.5.2007, SGL Carbon mod Kommissionen (C-328/05 P, EU:C:2007:277, præmis 24-30).

¹⁸ – Jf. f.eks. dom af 29.6.2006, Showa Denko mod Kommissionen (C-289/04 P, EU:C:2006:431, præmis 53). Imidlertid i modsætning til dom af 14.12.1972, Boehringer Mannheim mod Kommissionen (7/72, EU:C:1972:125, navnlig præmis 4).

¹⁹ – Dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis). Jf. endvidere Rettens dom af 26.10.2017, Marine Harvest mod Kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753, præmis 308).

²⁰ – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 114-122).

tidspunkt nylige) konstatering i Zolotukhin-dommen²¹. Hun fremhævede, at der ikke er nogen »saglig begrundelse for at underkaste princippet *ne bis in idem* andre betingelser i konkurrencesager end i andre sager«²². Hun påpegede også, at undersøgelsen af et konkret tilfælde af konkurrencebegrænsende adfærd nødvendigvis vedrører en specifik tidsmæssig og territorial sammenhæng, som er de elementer, der adskiller den konkrete ulovlige adfærd fra alle andre²³.

48. Den omstændighed, at Domstolen ikke tilsluttede sig generaladvokatens forslag, var i sidste ende af begrænset praktisk betydning for sagens afgørelse. Både Domstolen og generaladvokaten var enige om, at de to omhandlede afgørelser – en, der var truffet af Kommissionen og en, der var truffet den tjekkiske nationale konkurrencemyndighed – vedrørte *forskellige områder og perioder*, hvilket overflødiggjorde bedømmelsen af kriteriet om retlig interesse.

49. Den næste opfordring til at genoverveje spørgsmålet kom i dommen i sagen Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie²⁴. Denne sag rejste spørgsmålet om, hvorvidt princippet *ne bis in idem* var blevet anvendt korrekt i en sag vedrørende misbrug af en dominerende stilling. Imidlertid omfattede sagen kun én procedure, og derfor fandt Domstolen, at princippet *ne bis in idem* ikke fandt anvendelse. Ikke desto mindre benyttede generaladvokat Wahl denne sag som en mulighed for i det væsentligste at foreslå, at kriteriet om den retsbeskyttede interesse burde afskaffes²⁵.

50. Kort derefter blev kriteriet om identitet for så vidt angår den retsbeskyttede interesse endnu en gang bekræftet af Domstolen i Slovak Telekom-dommen²⁶, der var en sag, som omfattede to procedurer vedrørende tilsyneladende forskellige faktiske omstændigheder (i dette tilfælde forskellige produktmarkeder).

51. Følgende tre punkter er i lyset af denne udvikling særligt bemærkelsesværdige. For det første er det nu fast retspraksis, at anvendelsen af princippet *ne bis in idem* inden for EU-konkurrenceretten er baseret på de tre kriterier om, at lovovertræderen, de faktiske omstændigheder og den retsbeskyttede interesse skal være identiske. For det andet og ganske interessant er kriteriet om retlig interesse imidlertid kun fastlagt abstrakt. Det er aldrig blevet anvendt i praksis. De konkurrenceretlige sager inden for Unionen, som Domstolen hidtil har taget stilling til, har efter Domstolens opfattelse omhandlet forskellige handlinger. Domstolen har derfor rent faktisk aldrig i detaljer forklaret, hvordan den retsbeskyttede interesse skal vurderes.

52. For det tredje har tre generaladvokater på nuværende tidspunkt kritiseret dette kriterium. Efter generaladvokat Kokott²⁷ udtrykte generaladvokat Wahl på lignende vis, at han havde »vanskeligt ved at finde gode grunde til, at det tredobbelte kriterium fortsat skal finde anvendelse inden for konkurrencerettens område«²⁸. Endelig konstaterede generaladvokat Tanchev, at »[r]elevansen af den betingelse, at den retsbeskyttede interesse skal være den samme, er [...]

²¹ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.2009, Sergey Zolotukhin mod Rusland (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903).

²² – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 118).

²³ – Ibidem, punkt 129-134.

²⁴ – Dom af 3.4.2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

²⁵ – Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, punkt 45).

²⁶ – Dom af 25.2.2021 (C-857/19, EU:C:2021:139, præmis 43).

²⁷ – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 114-122) drøftet ovenfor i punkt 47.

²⁸ – Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, punkt 45) drøftet ovenfor i punkt 49.

omtvistet, for så vidt som denne betingelse for det første ikke anvendes på andre EU-retlige områder end konkurrenceretten [...] og for det andet er i strid med den voksende konvergens mellem EU-konkurrencereglerne og de nationale konkurrenceregler og den decentralisering med hensyn til anvendelsen af EU-konkurrenceregler, der er indført ved Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [29]«³⁰. Samme tanker er fremhævet i retslitteraturen, hvor der rejses spørgsmål om årsagen til, at Domstolen gentagne gange har bekræftet kriteriet, selv om den har valgt idem factum-tilgangen på andre EU-retlige områder³¹.

2. *Idem factum på et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed*

53. Gennemførelseskonventionens artikel 54 var historisk set den første EU-retlige bestemmelse, hvor princippet *ne bis in idem* blev indføjet i dens ordlyd. Det, der adskiller gennemførelseskonventionens artikel 54 fra de daværende udtryk for *ne bis in idem* i international ret som f.eks. artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK³² eller artikel 14, stk. 7, i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder³³, er dens udtrykkelige grænseoverskridende rækkevidde. Det, som tidligere kræves inden for en stat eller en kontraherende part, fik virkning i et større retligt rum. Et lignende udtryk for princippet *ne bis in idem* blev derefter fastlagt i instrumenter vedrørende retligt samarbejde i straffesager som f.eks. rammeafgørelse 2002/584/RIA om den europæiske arrestordre³⁴, som en af de obligatoriske grunde til afslag³⁵.

54. Inden for rammerne af gennemførelseskonventionen blev overvejelser vedrørende den retsbeskyttede interesse og den retlige subsumtion fundet irrelevante. Det eneste relevante kriterium blev kriteriet om, at »de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbundne, er identiske«³⁶.

55. *van Esbroeck-dommen*³⁷ er et ganske godt eksempel herpå. Denne sag vedrørte en belgisk statsborger, som var idømt fem års fængsel i Norge for ulovligt at have *importeret* stoffer til Norge. Efter at have afsonet en del af sin straf blev han prøveløsladt og eskorteret til Belgien. Adskillige måneder senere blev han retsforfulgt i Belgien og idømt et års fængsel for ulovligt at have *eksporteret* samme stoffer fra Belgien. For at nå frem til deres konklusion om lovligheden af

²⁹ – Forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1).

³⁰ – Generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse *Marine Harvest* (C-10/18 P, EU:C:2019:795, punkt 95, fodnote 34).

³¹ – Jf. f.eks. D. Sarmiento, »Ne Bis in Idem in the Case-Law of the European Court of Justice«, i B. Van Bockel (red.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, på s. 130, R. Nazzini, »Parallel Proceedings in EU Competition Law. Ne Bis In Idem as a Limiting Principle«, i B. Van Bockel (red.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, på s. 143-145. Jf. endvidere M. Luchtman, »The ECJ's Recent Case Law on Ne Bis in Idem: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order«, *Common Market Law Review*, bind 55, 2018, s. 1724.

³² – Af 22.11.1984, ETS nr.117.

³³ – Af 16.12.1966: »Ingen må på ny tiltales eller straffes for en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet endelig domfældt eller frifundet i overensstemmelse med *det enkelte lands* lovgivning og strafferetspleje.« (Min fremhævelse.)

³⁴ – Artikel 3, nr. 2, i Rådets rammeafgørelse af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT 2002, L 190, s. 1).

³⁵ – For yderligere eksempler, jf. artikel 11, stk. 1, litra c), i Rådets rammeafgørelse 2008/947/RIA af 27.11.2008 om anvendelse af princippet om gensidig anerkendelse på domme og afgørelser om prøvetid med tilsyn med henblik på tilsyn med tilsynsforanstaltninger og alternative sanktioner (EUT 2008, L 337, s. 102) og artikel 9, stk. 1, litra c), i Rådets rammeafgørelse 2008/909/RIA af 27.11.2008 om anvendelse af princippet om gensidig anerkendelse på domme i straffesager om idømmelse af frihedsstraffe eller frihedsberøvende foranstaltninger med henblik på fuldbyrdelse i Den Europæiske Union (EUT 2008, L 327, s. 27).

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

³⁷ – Dom af 9.3.2006 (C-436/04, EU:C:2006:165).

den anden sag anvendte de belgiske domstole artikel 36, stk. 2, litra a), i enkeltkonventionen om narkotiske midler³⁸, hvorefter enhver af de overtrædelser, som er anført i denne artikel, og som omfatter import og eksporteret narkotiske stoffer, skal betragtes som en særlig overtrædelse, hvis de begås i forskellige lande.

56. Det spørgsmål, som var rejst ved Domstolen, var, om den anden sag tilsidesatte gennemførelseskonventionens artikel 54. Domstolen bemærkede, at ordlyden af gennemførelseskonventionens artikel 54 kun henviser til selve eksistensen af de pågældende faktiske omstændigheder og ikke til deres retlige subsumtion³⁹. Domstolen sammenholdt derefter denne ordlyd med ordlyden af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK og med ordlyden af artikel 14, stk. 7, i De Forenede Nationers konvention om borgerlige og politiske rettigheder, som begge henviser til »lovovertrædelse«. Dette indebærer, at den retlige subsumtion af de faktiske omstændigheder er et relevant »kriterium med henblik på anvendelsen af princippet *ne bis in idem* [...] fastsat i [de to sidstnævnte] instrumenter«⁴⁰.

57. Idet Domstolen noterede sig den gensidige tillid i de nationale strafferetsplejeordninger i Den Europæiske Union, den frie bevægelighed og den manglende harmonisering af straffelovgivning, fastslog den, at »en eventuelt divergerende retlig subsumtion af de samme faktiske omstændigheder i to forskellige kontraherende stater ikke er til hinder for anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54«⁴¹. »Af de samme grunde kan kriteriet om identitet for så vidt angår den retlige interesse, der søges beskyttet, heller ikke lægges til grund, idet denne kan variere fra én kontraherende stat til en anden«⁴².

58. Domstolen anerkendte, at situationen vedrørende eksport og import af de samme stoffer, som retsforfølges i forskellige kontraherende stater, kan anses for at bestå af en helhed af handlinger, som efter deres natur er uløseligt forbundne, men overlod denne vurdering til den nationale ret⁴³.

59. Kort sagt har retspraksis om gennemførelseskonventionens artikel 54 og de tilsvarende bestemmelser i rammeafgørelse 2002/584 altid hvilet på den forudsætning, at den retsbeskyttede interesse og den retlige subsumtion af de givne handlinger ikke har betydning for overvejelserne vedrørende anvendelsen af princippet *ne bis in idem*.

60. Afvisningen af *idem crimen*-tilgangen var først baseret på ordlydsfortolkningen. Gennemførelseskonventionens artikel 54 synes at adskille sig derved, at den sikrer et højere beskyttelsesniveau end artikel 4 i protokol nr. 7 til EMKR. Ud over ordlyden blev behovet for at støtte *idem crimen*-tilgangen endvidere begrundet i henvisningen til den logik, der underbygger et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, som sigter mod at fjerne eventuelle hindringer i forhold til Den Europæiske Unions baggrund, som dækker mange retsordener, hvor der ikke er nogen harmonisering af straffelove, og hvor de retlige interesser og den retlige subsumtion af den samme adfærd kan være forskellige.

³⁸ – De Forenede Nationers enkeltkonvention, 1961, UNTS, bind 520, s. 151 (som ændret ved protokollen af 1972, UNTS, bind 976, s. 3).

³⁹ – Dom af 9.3.2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, præmis 27).

⁴⁰ – Ibidem, præmis 28.

⁴¹ – Ibidem, præmis 31.

⁴² – Ibidem, præmis 32.

⁴³ – Jf. endvidere dom af 28.9.2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, præmis 41), af 18.7.2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, præmis 26), eller af 16.11.2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, præmis 39).

61. Selv om henvisningen til retlig subsumption giver sig selv, synes dette i langt mindre grad at være tilfældet hvad angår henvisningen til (forskellige) retlige interesser. Domstolen har tilsyneladende anvendt disse begreber på lige fod. Dens ræsonnement indebærer, at den retlige interesse, som beskyttes ved at straffe en given lovovertrædelse som defineret i national ret, er noget, som i sagens natur er specifik for hver enkelt medlemsstat. Begrebet retlig interesse synes ikke forstået ud fra en samfundsmæssig interesse, som en specifik lovovertrædelse eller en specifik kategori af lovovertrædelser har til formål at beskytte, uanset hvilken medlemsstat det drejer sig om, som f.eks. interessen i at beskytte menneskeliv, sundhed, frihed, ejendom osv. Hvad der rent faktisk skal forstås ved den retsbeskyttede interesse, er derfor endnu ikke udforsket.

62. Hvor om alting er, er det generelt opfattelsen, at Domstolens retspraksis om gennemførelseskonventionens artikel 54 påvirkede Menneskerettighedsdomstolen⁴⁴. Faktisk førte den til, at Menneskerettighedsdomstolen i Zolotukhin-sagen traf afgørelse om at harmonisere sin retspraksis, som tidligere svingede mellem idem crimen-tilgangen og idem factum-tilgangen, og at anvende den tilgang, hvorefter forekomsten af »omstændigheder, der er identiske eller i det væsentlige de samme«⁴⁵, er det afgørende for vurderingen af, om den anden sag er tilladt.

3. Menneskerettighedsdomstolen: fra idem crimen via idem factum til et andet sted (men tæt forbundet materielt og tidsmæssigt)

63. Menneskerettighedsdomstolens retspraksis om ne bis in idem har udviklet sig i faser. I Zolotukhin-dommen gav Menneskerettighedsdomstolen først et overblik over, hvordan dens retspraksis havde tilgået betingelsen idem, og besluttede at foretage en harmoniseret fortolkning af begrebet den samme lovovertrædelse, som findes i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK, for at fjerne »retsusikkerheden«⁴⁶ [a)]. Flere år senere gjorde Menneskerettighedsdomstolen imidlertid igen status over udviklingen i retspraksis i A og B-dommen⁴⁷. Den besluttede at nuancere Zolotukhin-dommen, hvilket bragte kriteriet om den tætte materielle og tidsmæssige forbindelse frem i lyset [b)].

a) Fra idem crimen til idem factum i Zolotukhin-dommen

64. Tilgangen til idem i retspraksis før Zolotukhin-dommen var hovedsageligt baseret på idem crimen⁴⁸. Den var støttet på den forudsætning, at den samme adfærd kan udgøre forskellige lovovertrædelser, der efter lovgivningen kan retsforfølges i særskilte sager. Eksempler på

⁴⁴ – Som nævnt f.eks. af generaladvokat Cruz Villalón i hans forslag til afgørelse Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2012:340, punkt 77).

⁴⁵ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.2009, Sergey Zolotukhin mod Rusland (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, § 82).

⁴⁶ – Ibidem, § 78.

⁴⁷ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.11.2016, A og B mod Norge (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011).

⁴⁸ – Jf. imidlertid Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.10.1995, Gradinger mod Østrig (CE:ECHR:1995:1023JUD001596390). Menneskerettighedsdomstolen fastslog i denne afgørelse, at selv om betegnelsen og karakteren af samt formålet med de to omhandlede lovovertrædelser var forskellige, var der sket en overtrædelse af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK, da begge afgørelser vedrørte den samme adfærd.

retspraksis forud for Zolotukhin-dommen er Oliveira-dommen⁴⁹ eller Franz Fischer-dommen⁵⁰. I sidstnævnte sag benyttede Menneskerettighedsdomstolen i vurderingen af identiteten for så vidt angår lovovertrædelsen kriteriet om dens væsentlige elementer⁵¹.

65. Tilgangen baseret på idem crimen blev opgivet i Zolotukhin-dommen. Denne sag vedrørte en sagsøger, der truede politiet mundtligt i forbindelse med sin afhøring. I den administrative sag mod ham, som Menneskerettighedsdomstolen sammenlignede med en straffesag, blev han dømt for »mindre forstyrrende handlinger«. Adskillige dage senere blev der indledt en straffesag vedrørende bl.a. anklagen om »forstyrrende handlinger«. Denne anklage henviste til den samme adfærd, som sagsøgeren tidligere var blevet dømt for. Sagsøgeren blev frifundet med hensyn til denne anklage, men blev fundet skyldig i andre forhold.

66. Inden Menneskerettighedsdomstolen konkluderede, at den anden sag udgjorde en tilsidesættelse af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK, fastslog den, at dens tidligere »approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual«, og »that 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«⁵². Menneskerettighedsdomstolen konkluderede, at undersøgelsen således skulle »focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings«⁵³.

b) A og B-dommen: idem factum kombineret med en tæt materiel og tidsmæssig forbindelse

67. Den valgte tilgang i Zolotukhin blev (for det meste) anvendt i den efterfølgende retspraksis⁵⁴. Denne tilgang blev imidlertid ikke mødt med international anerkendelse. Menneskerettighedsdomstolen besluttede at genoverveje den igen i A og B-dommen. Selv om Menneskerettighedsdomstolen i princippet fastholdt idem factum-tilgangen, fandt den ikke desto mindre, at det er muligt at dobbeltbehandle sager, når den omhandlede sag »have been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole«⁵⁵. Det er under sådanne omstændigheder Menneskerettighedsdomstolens opfattelse, at der faktisk ikke er indledt en reel anden sag.

⁴⁹ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 30.7.1998, Oliveira mod Schweiz (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, §§ 25-29). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.9.1999, Ponsetti og Chesnel mod Frankrig (CE:ECHR:1999:0914DEC003685597, § 5), af 2.7.2002, Göktaş mod Frankrig (CE:ECHR:2002:0702JUD003340296, § 50), og af 24.6.2003, Gauthier mod Frankrig (CE:ECHR:2003:0624DEC0006117800, § 14).

⁵⁰ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 29.5.2001, Franz Fischer mod Østrig (CE:ECHR:2001:0529JUD00379509, § 29).

⁵¹ – Jf. endvidere f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 30.5.2002, W.F. mod Østrig (CE:ECHR:2002:0530JUD003827597, § 28), af 6.6.2002, Sailer mod Østrig (CE:ECHR:2002:0606JUD003823797, § 28), af 2.9.2004, Bachmaier mod Østrig (CE:ECHR:2004:0902DEC00774130), af 14.9.2004, Rosenquist mod Sverige (CE:ECHR:2004:0914DEC006061900), af 7.12.2006, Hauser-Sporn mod Østrig (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 45), af 1.2.2007, Storbråten mod Norge (CE:ECHR:2007:0201DEC001227704), af 26.7.2007, Schutte mod Østrig (CE:ECHR:2007:0726JUD001801503, § 42), af 11.12.2007, Haarvig mod Norge (CE:ECHR:2007:1211DEC001118705), og af 4.3.2008, Garretta mod Frankrig (CE:ECHR:2008:0304DEC000252904, § 86).

⁵² – Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.2009, Sergey Zolotukhin mod Rusland (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 §§ 81 og 82).

⁵³ – Ibidem, § 84.

⁵⁴ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 4.3.2014, Grande Stevens mod Italien (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, §§ 221 og 227), af 27.1.2015, Rinas mod Finland (CE:ECHR:2015:0127JUD001703913, §§ 45 og 46), af 10.2.2015, Österlund mod Finland (CE:ECHR:2015:0210JUD005319713, § 41), af 30.4.2015, Kapetanios m.fl. mod Grækenland (CE:ECHR:2015:0430JUD000345312, §§ 64 og 74), og af 9.6.2016, Sismanidis og Sitaridis mod Grækenland (CE:ECHR:2016:0609JUD006660209, § 44). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.10.2011, Tomasović mod Kroatien (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, §§ 28-32).

⁵⁵ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.11.2016, A og B mod Norge (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 130).

68. A og B-sagen vedrørte tillægsafgifter, som sagsøgerne var blevet pålagt i en administrativ sag, for ikke at have opgivet indkomst på deres selvangivelser. Sagsøgerne blev endvidere dømt for de samme handlinger i straffesager, der (til dels) var indledt parallelt. Menneskerettighedsdomstolen konkluderede, at denne situation ikke udgjorde en tilsidesættelse af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK og udtalte, at »whilst different sanctions were imposed by two different authorities in different proceedings, there was nevertheless a sufficiently close connection between them, both in substance and in time, to consider them as forming part of an integral scheme of sanctions under Norwegian law for failure to provide information about certain income on a tax return, with the resulting deficiency in the tax assessment«⁵⁶.

69. Menneskerettighedsdomstolen besluttede med andre ord at skubbe kriteriet om en tilstrækkelig materiel og tidsmæssig forbindelse i forgrunden, som allerede (dog ikke systematisk) havde indgået i dens tidligere retspraksis, herunder i sager før Zolotukhin-dommen⁵⁷.

70. Menneskerettighedsdomstolen forklarede, at opfyldelsen af kravet om en *tilstrækkelig* forbindelse afhænger af følgende elementer: i) de komplementære formål, som begge sager forfølger, ii) hvorvidt de omhandlede sagers dualitet er en forudsigelig konsekvens, både retligt og i praksis, af den anfægtede adfærd, iii) hvorvidt der sker en koordinering mellem de relevante sager, der er nødt til at blive gennemført på en sådan måde, at både dobbeltindsamling og dobbeltvurdering af beviserne undgås, og iv) forholdsmæssigheden af det samlede niveau for de pålagte sanktioner⁵⁸.

71. Den *tidsmæssige* forbindelse blev stort set ikke defineret med undtagelse af den generelle vejledning om, at »the weaker the connection in time the greater the burden on the State to explain and justify any such delay«⁵⁹.

72. Som forklaring på den ændrede tilgang henviste Menneskerettighedsdomstolen til Zolotukhin-dommens manglende evne til at yde »guidance for situations where the proceedings have not in reality been duplicated but have rather been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole«⁶⁰, hvilket efter Menneskerettighedsdomstolens opfattelse synes at være situationen i den foreliggende sag. Menneskerettighedsdomstolen noterede sig endvidere »the lack of consensus among the domestic systems of the Contracting States and the variable willingness of States to be bound by [protokol nr. 7 til EMRK]«⁶¹.

73. Kriteriet om en tilstrækkelig tæt materiel og tidsmæssig forbindelse tillader efter Menneskerettighedsdomstolens opfattelse en »fair balance to be struck between duly safeguarding the interests of the individual protected by the ne bis in idem principle, on the one hand, and accommodating the particular interest of the community in being able to take a calibrated regulatory approach in the area concerned, on the other«⁶².

⁵⁶ – Ibidem, § 147. Jf. endvidere § 153.

⁵⁷ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.12.2005, Nilsson mod Sverige (CE:ECHR:2005:1213DEC007366101), af 20.5.2014, Glantz mod Finland (CE:ECHR:2014:0520JUD003739411, § 61), af 20.5.2014, Nykänen mod Finland (CE:ECHR:2014:0520JUD001182811, §§ 50 og 51), af 27.11.2014, Lucky Dev mod Sverige (CE:ECHR:2014:1127JUD000735610, § 62), og af 17.2.2015, Boman mod Finland (CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, §§ 42 og 43). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 30.5.2000, R.T. mod Schweiz (CE:ECHR:2000:0530DEC003198296).

⁵⁸ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.11.2016, A og B mod Norge (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 132).

⁵⁹ – Ibidem, § 134.

⁶⁰ – Ibidem, § 111.

⁶¹ – Ibidem, § 106.

⁶² – Ibidem, § 124.

74. I A og B-dommen blev det fastslået, at begge led af de nye kriterier var opfyldt. Efterfølgende retspraksis har bragt yderligere klarhed. Imidlertid vil det været dristigt at anføre, at der nu foreligger klarhed med hensyn til, hvad der udgør en tilstrækkelig tæt forbindelse, navnlig hvad angår dens tidsmæssige dimension⁶³.

4. De tosporede håndhævelsesordninger for Domstolen: fra idem factum til idem factum kombineret med klausulen om rettighedsbegrænsning

75. Domstolen har reageret på den ændrede tilgang, som Menneskerettighedsdomstolen har valgt, i en række domme, som udgør Menci-retspraksissen⁶⁴. Disse domme, der har været centrum for megen akademisk drøftelse⁶⁵, vedrørte en anden (strafferetlig eller administrativ) sag, der var indledt på grund af afgiftsunddragelse, markedsspekulation og skadevoldende insiderhandel, selv om tidligere (strafferetlige eller administrative) sager allerede var indledt for de samme handlinger.

76. Menci-dommen, som måske kan betragtes som den førende sag i denne gruppe, vedrørte en sagsøger, som var genstand for en administrativ sag for manglende betaling af moms. Den administrative sag mandede ud i en bøde på ca. 85 000 EUR, hvilket udgjorde 30% af den skyldige afgift. Efter afgørelsen af denne sag var blevet endelig, blev der indledt en straffesag vedrørende de samme faktiske omstændigheder mod sagsøgeren. Det rejste spørgsmål var således, om denne anden sag var tilladt, henset til chartrets artikel 50.

77. Domstolen stod over for beslutningen om, hvorvidt den skulle følge den tilgang, som Menneskerettighedsdomstolen anlagde i A og B-dommen, eller om den skulle fastholde sin tidligere tilgang, som den anlagde i en lignende kontekst i Åkerberg Fransson-dommen. I den sidstnævnte sag blev det fastslået, at princippet *ne bis in idem* ikke var til hinder for, at en medlemsstat for den samme manglende overholdelse af momsforpligtelser først pålægger et skattetillæg og dernæst en strafferetlig sanktion, for så vidt som den første sanktion ikke har en strafferetlig karakter (baseret på Engel-kriteriet)⁶⁶.

78. I sit forslag til afgørelse anførte generaladvokat Campos Sánchez-Bordona, at det ville mindske den gældende beskyttelse i henhold til princippet *ne bis in idem* at anvende Menneskerettighedsdomstolens nye kriterium⁶⁷. Domstolen havde imidlertid et andet synspunkt.

⁶³ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.5.2017, Jóhannesson mod Island (CE:ECHR:2017:0518JUD002200711), af 6.6.2019, Nodet mod Frankrig (CE:ECHR:2019:0606JUD004734214), og af 8.7.2019, Mihalache mod Rumænien (CE:ECHR:2019:0708JUD005401210, §§ 84 og 85). I Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.6.2017, Šimkus mod Litauen (CE:ECHR:2017:0613JUD004178811, §§ 46 og 47), synes Menneskerettighedsdomstolen at udelukke opfyldelsen af begge forbindelser, selv om relevansen af A og B-kriteriet synes at være temmelig underforstået. I Menneskerettighedsdomstolens dom af 8.10.2019, Korneyeva mod Rusland (CE:ECHR:2019:1008JUD007205117, § 58), henvises der til kriteriet, men det anvendes ikke, da det ikke er blevet gjort gældende, at begge de omhandlede sager udgjorde »an integrated legal response« som omhandlet i A og B-dommen. Derimod blev begge betingelser anset for opfyldt i Menneskerettighedsdomstolens dom af 8.10.2020, Bajčić mod Kroatien (CE:ECHR:2020:1008JUD00673341, §§ 45 og 46).

⁶⁴ – Jf. fodnote 4 ovenfor.

⁶⁵ – Jf. f.eks. Z. Burić, »Ne Bis in Idem in European Criminal Law – Moving in Circles?«, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2019, s. 507-520, M. Luchtman, »The ECJ's Recent Case Law on Ne Bis in Idem: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order«, *Common Market Law Reports*, bind 55, 2018, s. 1725–50, s. 1717, B. Peeters, »The Ne Bis in Idem Rule: Do the EUCJ and the ECtHR Follow the Same Track?«, *EC Tax Review*, bind 4, 2018, s. 182-185, s. 182, C. Serneels, »«Unionisation» of the European Court of Human Rights' ne bis in idem jurisprudence: the Case of Mihalache v Romania«, *New Journal of European Criminal Law*, bind 11(2), 2020, s. 232-234, G. Lo Schiavo, »The Principle of Ne Bis In Idem and the Application of Criminal Sanctions: of Scope and Restrictions«, *European Constitutional Law Review*, bind 14(3), 2018, s. 644-663, M. Vetzso, »The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma«, *REALaw*, bind 11(55), 2018, s. 70-74.

⁶⁶ – Dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 37).

⁶⁷ – Generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Menci (C-524/15, EU:C:2017:667).

Domstolen synes i det væsentlige at følge Menneskerettighedsdomstolen. Til dette formål valgte den imidlertid en ganske unik analytisk ramme. Domstolen flyttede analysen fra chartrets artikel 50 til klausulen om rettighedsbegrænsning i chartrets artikel 52, stk. 1.

79. Domstolen tillod en anden sag på betingelse af, at den lovgivning, som giver mulighed for kumulation af procedurer »forfølger et mål af almen interesse, som kan berettige en sådan kumulation [...] idet denne retsforfølgelse og disse sanktioner bør have komplementære mål, indeholder regler, som sikrer en koordinering, der begrænser den yderligere byrde, som en kumulation af procedurer medfører for de berørte personer, til det strengt nødvendige, og fastsætter regler, der gør det muligt at sikre, at strengheden af alle pålagte sanktioner er begrænset til, hvad der er strengt nødvendigt i forhold til den pågældende overtrædelses grovhed«⁶⁸.

80. Ved analysen i medfør af chartrets artikel 52, stk. 1, undersøgte Domstolen først, at den omhandlede begrænsning var fastsat ved lov og bevarede det *væsentligste indhold af den rettighed*, som er fastsat i chartrets artikel 50. Med hensyn til sidstnævnte bemærkede Domstolen, at den omhandlede lovgivning tillod en »kumulation af retsforfølgelse og sanktioner, når visse betingelser, som er udtømmende opregnet, er opfyldt, hvorved det sikres, at den rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 50, ikke som sådan tilsidesættes«⁶⁹.

81. Domstolen bekræftede dernæst, at der var tale om et *mål af almen interesse* (opkrævning af hele den skyldige moms i Menci-dommen⁷⁰, beskyttelse af de finansielle markeders integritet og den offentlige tillid til finansielle instrumenter i Di Puma-dommen⁷¹ og i Garlsson-dommen⁷²), samt at der var tale om komplementære mål, der forfølges med den omhandlede lovgivning. I Menci-dommen fastlagde Domstolen disse komplementære mål som dels afskrækkelse fra og straf for »enhver overtrædelse, uanset om denne er forsætlig eller ej, af reglerne om anmeldelse og opkrævning af moms ved at pålægge administrative sanktioner«, dels afskrækkelse fra og straf for »alvorlige overtrædelser af disse regler, som er særligt skadelige for samfundet, og som berettiger vedtagelsen af strengere strafferetlige sanktioner«⁷³.

82. Domstolen kontrollerede som det tredje den omhandlede begrænsnings *forholdsmæssighed*. Den undersøgte, hvorvidt den »overskrid[er] grænserne for, hvad der er egnet til og nødvendigt for gennemførelsen af de formål, der lovligt tilsigtes med denne lovgivning, hvilket forudsætter, at der, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst bebyrdende foranstaltning, og at de byrder, som pålægges, ikke må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede formål«⁷⁴.

83. Domstolen bemærkede i denne henseende, at den omhandlede lovgivning var egnet til at nå det anførte mål, og at den hvad angår spørgsmålet om »streng nødvendighed« fastsatte klare og præcise regler, der sætter borgerne i stand til at forudse, hvilke handlinger og undladelser der kan gøres til genstand for kumulation af procedurerne. Den bemærkede endvidere, at den omhandlede lovgivning sikrer koordinering, der begrænser den yderligere byrde, som en kumulation af

⁶⁸ – Dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 63).

⁶⁹ – Ibidem, præmis 43.

⁷⁰ – Ibidem, præmis 44.

⁷¹ – Dom af 20.3.2018, Di Puma og Zecca (C-596/16 og C-597/16, EU:C:2018:192, præmis 42).

⁷² – Dom af 20.3.2018, Garlsson Real Estate m.fl. (C-537/16, EU:C:2018:193, præmis 46).

⁷³ – Dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 45).

⁷⁴ – Ibidem, præmis 46.

procedurer medfører for de berørte personer, til det strengt nødvendige, og sikrer, at strengheden af alle pålagte sanktioner er begrænset til, hvad der er strengt nødvendigt i forhold til den pågældende overtrædelses grovhed⁷⁵.

84. Omstændighederne i Menci-sagen opfyldte således det nyetablerede kriterium. Dette var ikke tilfældet i Garlsson-dommen, hvor Domstolen fastslog, at det ville gå ud over det strengt nødvendige at pålægge virksomheder, som allerede var dømt for en lovovertrædelse og straffet med en effektiv, rimelig og præventiv sanktion for de samme faktiske omstændigheder, en administrativ sanktion. Domstolen drog den samme konklusion i Di Puma-dommen, der vedrørte en endelig frifindelse i straffesagen og en efterfølgende administrativ sag vedrørende de samme faktiske omstændigheder.

B. De problemer, som den nuværende fragmenterede ne bis in idem-retspraksis rejser

85. Som det fremgår af det foregående afsnits oversigt, kan Domstolens praksis, som er udviklet i tæt samspil med Menneskerettighedsdomstolen, bedst beskrives som en mosaik af parallelle ordninger. I dette afsnit vil jeg behandle to afgørende spørgsmål vedrørende denne situation. Er dette for det første reelt et problem? (under 1) Bør Domstolen i givet fald for det andet ikke blot udvide det kriterium, som den for nylig udviklede i Menci-dommen, til alle sager, som er omfattet af chartrets artikel 50, herunder den foreliggende sag? (under 2)

1. Er der et problem?

86. Det kan muligvis anføres, at der ikke er noget problem med sammenhængen. Dette ville imidlertid nødvendiggøre en ganske krævende øvelse, hvor der foretages ubetydelige sondringer med henvisning til, at de ovenfor beskrevne tilgange med god grund er forskellige. Kriterierne er forskellige, da de er baseret på forskellige lovgivninger og indgår i forskellige lovgivningsmæssige sammenhænge.

87. Gennemførelseskonventionens artikel 54 og de tilsvarende bestemmelser i instrumenter om retligt samarbejde i straffesager henviser for det første til *identiske handlinger*, mens chartrets artikel 50 (og artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK for den sags skyld) henviser til *identiske lovovertrædelser*. Der er således en klar forskel i ordlyden af de to bestemmelser. Gennemførelseskonventionen indeholder hvad angår dens lovgivningsmæssige sammenhæng endvidere et specifikt grænseoverskridende udtryk for princippet *ne bis in idem*, som alene er relevant for (reelle) strafferetlige anliggender, som opstår i Schengensystemet. Man kan således forklare grunden til, at relevansen af retlig interesse og retlig subsumption blev afvist med henvisning til behovet for, inden for Unionen, som dækker mange retsordener, at fjerne hindringer for den frie bevægelighed, som Domstolen fastlagde i van Esbroeck-dommen⁷⁶.

88. Anvendelsen af *ne bis in idem* i henhold til artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK er for det andet begrænset til en kontraherende part i konventionen. Der vil derfor sandsynligvis ikke opstå grænseoverskridende problemstillinger i henhold til denne bestemmelse. Den omstændighed, at anvendelsen af *ne bis in idem* er begrænset til en enkelt stat, hvor der netop kan lægges større vægt på integrerede procedurer og vigtigheden af koordinering, kan måske retfærdiggøre en

⁷⁵ – Ibidem, præmis 53 og 55.

⁷⁶ – Dette forslag til afgørelses punkt 55-58 ovenfor.

strengere tilgang til de anvendelseskriterier, som blev anvendt i A og B-dommen. Jeg henleder opmærksomheden på, at når der i Menci-retspraksissen blev reageret på det i A og B-dommen fastlagte kriterium, skete dette netop i den samme enkelt stat-sammenhæng.

89. Bør man, henset til disse forskelle, blot anerkende disse parallelle ordningers eksistens i retspraksis vedrørende *ne bis in idem*? Ville det i stedet for at genetablere en eller anden form for ensartethed i medfør af chartrets artikel 50 ikke være mere logisk at forklare, hvorfor de er forskellige?

90. Den opfattelse deler jeg ikke.

91. For det første har en sådan øvelse logiske begrænsninger. Der kan sondres mellem chartrets artikel 50 og retspraksis vedrørende gennemførelsesforordningen og rammeafgørelse 2002/584 på grundlag af deres ordlyd og delvis også deres sammenhæng og formål. Imidlertid bliver denne sondring meget mindre synlig, når artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK sammenlignes med chartrets artikel 50. Selv om de begge henviser til identitet for så vidt angår »lovovertrædelse«, er kriterierne, som er udviklet i henhold til hver af bestemmelserne, forskellige.

92. Endvidere møder denne øvelse med at sondre tydeligvis en mur hvad angår de nuværende retninger af retspraksis med Wilhelm/Toshiba-retspraksissen på den ene side og Menci-retspraksissen på den anden side, som eksisterer side om side. De situationer, som henhører under disse to retninger i retspraksis, er nu begge omfattet af chartrets artikel 50, hvilket gør det ganske vanskeligt på overbevisende måde at forklare, hvorfor de hver især anvender et forskelligt kriterium. Hvad angår sammenhængen kan man bestemt altid forsøge at fremføre argumentet om konkurrenceretens særlige karakter, hvilket ser bort fra alle andre kategorier og klassificeringer. I denne henseende og i lighed med alle mine lærde kolleger, der tidligere har taget stilling til dette spørgsmål⁷⁷, er jeg imidlertid ganske enkelt ikke overbevist. Jeg kan heller ikke tilslutte mig det synspunkt, som sådan og abstrakt, at det konkurrenceretlige område er anderledes end andre retsområder⁷⁸.

93. For det andet er der den uforudsigelighed, som er forbundet med kriterierne. Som de forskellige holdninger, som de nationale domstole i hovedsagen har indtaget, viser, er der ingen regel, som afgør, hvilket af kriterierne der finder anvendelse, når to anvendelsesområder af princippet *ne bis in idem* overlapper hinanden i én sag. Skal kombinationen administrativ konkurrencesag og ikke-konkurrencesag opfylde kriterierne fra Wilhelm/Toshiba-retspraksissen, som omfatter vurderingen af retlig interesse? Skal man i stedet anvende Menci-retspraksissen og tilgangen vedrørende klausulen om rettighedsbegrænsning? Har Menci-retspraksissen *erstattet* de kriterier, som er fastlagt i Wilhelm/Toshiba-retspraksissen?

94. Der synes ikke at være noget i Menci-kriterierne, som udelukker sidstnævnte mulighed. Menci-dommen er baseret på en fortolkning af chartrets artikel 50, som finder anvendelse horisontalt på alle områder af EU-retten. Alligevel bekræftes det i Slovak Telecom-dommen⁷⁹, som er afsagt efter Menci-dommen, at kriteriet vedrørende retlig interesse, som er fastlagt i Wilhelm/Toshiba-retspraksissen, stadig finder anvendelse, dog uden at der gives en forklaring på, hvorfor dette stadig er tilfældet.

⁷⁷ – Jf. punkt 52 ovenfor.

⁷⁸ – Jf. nærmere mit parallelle forslag til afgørelse i Nordzucker-sagen.

⁷⁹ – Dom af 25.2.2021 (C-857/19, EU:C:2021:139).

95. For det tredje og hvad der måske er vigtigst, er det forholdsvis vanskeligt begrebsmæssigt at opretholde den opfattelse, at en og samme primærretlige bestemmelse, chartrets artikel 50, som skal sikres i alle situationer, der er omfattet af EU-retten, kan have et forskelligt indhold afhængig af det EU-retlige område, som det finder anvendelse på. Dette forekommer imidlertid i høj grad at være tilfældet, hvis de definatoriske elementer af forbuddet i denne bestemmelse, nemlig idem og bis, fortolkes forskelligt på forskellige EU-retlige områder. Dette rejser spørgsmålet om, hvilken rolle chartrets artikel 50 spiller i en situation, som den i hovedsagen omhandlede, hvor det ikke er en ren konkurrenceretlig situation, men hvor den heller ikke stemmer overens med Menci-scenariet, fordi der ikke foreligger en (reel) straffesag?

96. Dette er efter min opfattelse en uholdbar situation.

97. Jeg indrømmer dog, at den foreliggende sag muligvis kan afgøres uden at forsøge at ensarte det kriterium, som skal anvendes i henhold til chartrets artikel 50. Kriteriet fra Menci-retspraksissen kunne muligvis udvides til også at omfatte situationen i hovedsagen, mens anvendelsen af kriteriet fra Wilhelm/Toshiba-retspraksissen kunne kasseres.

98. Den foreliggende sag kræver strengt taget ikke, at alle de ovennævnte vanskeligheder, herunder det ømtålelige spørgsmål om, hvorvidt kriteriet om retlig interesse på det konkurrenceretlige område skal beholdes eller opgives, løses. Tidligere var spørgsmålet om retlig interesse klart forbundet med den særlige udformning af håndhævelsen af konkurrencelovgivningen i Den Europæiske Union, som på nuværende tidspunkt er fastlagt i forordning nr. 1/2003 og forud herfor i forordning nr. 17. Det kan således anføres, for så vidt som en konkurrencesag er kombineret med en ikke-konkurrencesag i hovedsagen, at anvendelsen af kriteriet om retlig interesse ikke er påkrævet, da situationen ikke er omfattet af det særlige spørgsmål om håndhævelse af konkurrenceretten i Den Europæiske Union.

99. Efter at have indsnævret logikken fra Wilhelm/Toshiba-retspraksissen på denne måde bliver det udestående spørgsmål imidlertid, hvilket kriterium der finder anvendelse på situationen i hovedsagen. Svaret herpå er naturligvis Menci-kriteriet. Det er et kriterium, som for nylig er fastslået af Domstolens Store Afdeling, og som i det mindste ud fra sin ordlyd synes at være holistisk. Det synes at omfatte alle situationer, hvor chartrets artikel 50 finder anvendelse. Det kunne således blive udtrykkeligt godkendt som det korrekte (og ensartede) kriterium for ne bis in idem i henhold til chartrets artikel 50.

100. Af de grunde, som jeg beskriver i det følgende afsnit, vil det imidlertid være klogt af Domstolen at undgå dette. Efter min opfattelse er Menci-dommen en problematisk afgørelse.

2. Skal Menci-dommen herske over dem alle?

101. Menci-dommen er et paradoks. Men henblik på at yde øget beskyttelse i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens retspraksis er dens overraskende konsekvens, at den undlader at sikre en effektiv individuel beskyttelse.

102. Hvad angår sammenhængen skal det indledningsvis anerkendes, at en del af problemet fra begyndelsen skyldes Menneskerettighedsdomstolens definition og anvendelse af det, der almindeligvis benævnes Engel-kriterierne⁸⁰, ud fra hvilke Menneskerettighedsdomstolen

⁸⁰ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 23.11.1976, Engel m.fl. mod Nederlandene (CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, § 82).

udviklede en temmelig ekspansiv opfattelse af, hvad der udgør en »strafferetlig« sag⁸¹. Den brede fortolkning af begrebet »strafferetlig« sag er blevet anvendt til at bringe nationale procedurer ind under Menneskerettighedsdomstolens kompetence, som ellers ikke ville være omfattet af anvendelsesområdet for EMRK's artikel 6 på grund af deres klassificering i national ret som administrative sager.

103. Konklusionen om, at den samme omfattende tilgang, som er udviklet i en given sammenhæng med henblik på at fastslå kompetence i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1, automatisk finder anvendelse på et andet »strafferetligt« begreb i henhold til EMRK, er imidlertid ikke uundgåelig. Menneskerettighedsdomstolen bekræftede imidlertid, at »Article 4 of Protocol No. 7 must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words »criminal charge« and »penalty« in Articles 6 and 7 [ECHR]«⁸². Den bekræftede endvidere denne tilgang i A og B-dommen⁸³.

104. Domstolen fulgte denne vejledning⁸⁴. På baggrund af chartrets artikel 52, stk. 3, kunne den næppe have gjort andet. Imidlertid har dette oprindelige valg betydelige følger for det idem-kriterium, som skal følge efter. I takt med at listen af forskellige administrative procedurer og straffe, der anses for strafbare, vokser, vokser også den række af procedurer og sanktioner, som kræver vurderingen af idem. Medmindre man dernæst følger konklusionen om, at alt og intet er omfattet af den beskyttelse, som princippet *ne bis in idem* yder, da skal der foretages en udvælgelse et eller andet sted: enten på tidspunktet for fastsættelsen af, hvad der er »strafferetligt«, eller ved fastsættelsen af idem.

105. På nuværende tidspunkt forekommer det usandsynligt, at Engel-kriterierne vil blive taget op til fornyet overvejelse. Imidlertid indebærer dette, at medmindre enhver anden administrativ sag af strafferetlig karakter skal afvises, uanset de forskellige formål, den måtte forfølge, skal fastlæggelsen af idem blive mere krævende. Hvis både fastlæggelsen af *strafferetlig* og fastlæggelsen af *idem* bliver for bred, vil de fleste parallelle administrative ordninger i medlemsstaterne have betydelige problemer hvad angår deres håndhævelse for ikke at tale om det forhold, at der kan finde parallelle administrative sager sted i medlemsstaterne eller på EU-plan.

106. I forbindelse med håndteringen af en så vanskelig udsigt havde Menci-kriteriet tilsyneladende til hensigt at udgøre et alternativ. En overførsel af analysen fra chartrets artikel 50 til chartrets artikel 52, stk. 1, kan ved første øjekast faktisk være en elegant måde at undgå dilemmaet med fastlæggelsen af idem med henblik på chartrets artikel 50. Dette skyldes, at en temmelig bred (og således beskyttende) fortolkning af idem svarer til muligheden for at begrænse rettigheden i chartrets artikel 50. På denne måde opnår deraf følgende regel en balance. Jeg er imidlertid bange for, at den ved nærmere eftersyn skaber flere problemer, end den løser.

⁸¹ – Jf. f.eks. V. Franssen, »La notion »pénale«: mot magique ou critère trompeur? Réflexions sur les distinctions entre le droit pénal et le droit quasi pénal« i D. Brach-Thiel (red), *Existe-t-il encore un seul non bis in idem aujourd'hui?*, L'Harmattan, Paris, 2017, s. 57-91.

⁸² – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.10.2011, Tomasović mod Kroatien (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, § 19 og den deri nævnte retspraksis).

⁸³ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.11.2016, A og B mod Norge (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, §§ 105-107).

⁸⁴ – Domstolen tog Engel-kriterierne til sig i dom af 5.6.2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, præmis 37), og også senere i dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105).

107. For det første er selve formålet med chartrets artikel 50, i det mindste efter min opfattelse, at beskytte den enkelte mod den anden sag. Chartrets artikel 50 er et forbud. Hvis den udløses på gyldig vis, forhindrer den andre sager *i endda at blive indledt*⁸⁵. Et sådant forbud skal fastlægges på forhånd og ved lov.

108. I henhold til Menci-kriteriet⁸⁶ er det for visse af betingelsernes vedkommende imidlertid først, når den anden sag er afsluttet, at det vil være muligt at kontrollere, om de er blevet opfyldt, og således om den anden sag er lovlig eller ikke. Muligheden for at forhindre den »anden« sag i at fortsætte foreligger, når der ikke foreligger et mål af almen interesse eller komplementære mål, der forfølges. Under forudsætning af, at disse krav er opfyldt, afhænger de følgende begrænsningers forholdsmæssighed imidlertid af de betingelser, hvorunder den anden sag vil finde sted, herunder sanktionens fastsættelse.

109. Anvendelsen af princippet *ne bis in idem* ophører med andre ord med at være baseret på et kriterium, der på forhånd er fastsat ved lov. I stedet bliver det et *efterfølgende korrigerende* kriterium, som finder eller ikke finder anvendelse afhængigt af omstændighederne og det nøjagtige omfang af de pålagte sanktioner. Dette er ikke en beskyttelse mod dobbelt strafforfølgning. Det er blot en efterfølgende beskyttelse mod den uforholdsmæssige karakter af kombinerede og aggregerede sanktioner.

110. Set i dette lys er jeg for det andet ganske forundret over, hvordan princippet *ne bis in idem* udformet på en sådan måde er i stand til fortsat at beskytte det væsentligste indhold af rettighederne i chartrets artikel 50. Den forklaring, som konkret gives i Menci-dommen⁸⁷, afklarer ikke dette spørgsmål yderligere. I denne dom anførte Domstolen med selvfølge, at den omhandlede lovgivning er »i overensstemmelse med det væsentlige indhold af chartrets artikel 50, da denne lovgivning [...] alene tillader [...] kumulation af retsforfølgelse og sanktioner, når visse betingelser, som *er udtømmende opregnet*, er opfyldt«⁸⁸. Det forekommer mig, at denne erklæring relaterer sig mere til betingelsen om den omhandlede begrænsnings lovlighed (»fastsat ved lov«). Hvad angår de omhandlede rettigheders væsentligste indhold har jeg vanskeligt ved at se, hvordan det væsentligste indhold af *ne bis in idem* beskyttes ved en klar og udtrykkelig erklæring i national ret om, at der vil være en anden sag⁸⁹.

111. For det tredje må kriterier, som ikke er beregnet på en forudgående beskyttelse, men i stedet på en efterfølgende korrektion, nødvendigvis blive baseret på *faktiske omstændigheder*⁹⁰. Navnlig synes elementerne vedrørende forholdsmæssighed at være særligt afhængige af omstændighederne, idet koordinering af sagerne nævnes, men ikke altid kræves, og beskrivelsen af den mekanisme, som fastsætter det overordnede omfang af den sanktion, indeholder forskellige elementer, uden at der imidlertid fastlægges noget generelt kriterium.

⁸⁵ – Domstolen var for nylig rede til at tage dette punkt så vidt som til at forhindre blot en foreløbig anholdelse med henblik på at kontrollere, om en person kan blive udleveret til en anden straffesag i et tredjeland, jf. dom af 12.5.2021, Bundesrepublik Deutschland (Efterlysningsblad (rødt hjørne) fra INTERPOL) (C-505/19, EU:C:2021:376, præmis 72-82).

⁸⁶ – Der indeholder de enkelte trin beskrevet ovenfor i punkt 79-83.

⁸⁷ – Dette forhold er ikke analyseret i dom af 20.3.2018, Di Puma og Zecca (C-596/16 og C-597/16, EU:C:2018:192).

⁸⁸ – Min fremhævelse. Jf. dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 43), og Garlsson Real Estate m.fl. (C-537/16, EU:C:2018:193, præmis 45).

⁸⁹ – I lighed med generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, punkt 82).

⁹⁰ – I en række andre lovgivningsmæssige sammenhænge, herunder i forhold til artikel 325 TEUF, har Domstolen interessant nok gentagne gange fremhævet, at en EU-retlig bestemmelses anvendelsesområde skal vurderes normativt og forudgående med hensyn til visse typer af nationale procedurer. Dette anvendelsesområde kan ikke gøres afhængig af en given procedures efterfølgende resultat. Jf. for en drøftelse med yderligere henvisninger i denne forbindelse mit forslag til afgørelse Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție m.fl. (C-357/19 og C-547/19, EU:C:2021:170, punkt 109-115).

112. En sådan grad af tilfældige omstændigheder inden for en beskyttelse, som bør være den samme for alle personer, er endnu en gang påfaldende. En sag, der omfatter to personer i næsten tilsvarende situationer, og som indledes af de samme myndigheder, kan meget vel føre til forskellige vurderinger på grund af hastigheden, hvormed myndighederne behandler sagen, eller afhængig af måden, hvorpå bøden beregnes.

113. For det fjerde synes det nuværende beskyttelsesniveau, som Menci-dommen yder den enkelte, at være ganske lavt. Det væsentligste indhold af den rettighed, som skal beskyttes mod en anden straffesag for den samme lovovertrædelse, anses for bevaret, alene fordi den tiltalte kunne forudse, at vedkommende ville blive retsforfulgt for anden gang⁹¹. De komplementære mål, der forfølges, anses for at foreligge baseret på den blotte omstændighed, at retsforfølgningen i modsætning til den administrative sag er begrænset til kun at omfatte »alvorlige« tilsidesættelser, selv om den tilsyneladende hovedsageligt forfølger det samme mål⁹². Det kan muligvis antages, at en række parallelle ordninger må antages at opfylde sådanne kriterier uden at give anledning til større problemer.

114. For det femte er der det i Menci-dommen fastlagte krav om, at en gentagelse skal begrænses til det, som er strengt nødvendigt af hensyn til at opnå målet af almen interesse. Der bør nærmere bestemt være regler, der sikrer koordinering af nationale procedurer for at nedsætte den yderligere byrde, der er forbundet med deres kumulation af sådanne procedurer for de berørte personer, til det strengt nødvendige. Det kan være, at man faktisk kan se logikken med og det tiltalende ved denne udtalelse, hvis den fremsættes inden for rammerne af en straffesag og i en enkelt medlemsstat⁹³.

115. Når kombinationen af de relevante sager imidlertid omfatter en række parallelle administrative ordninger og, hvad der er vigtigere, mere end en medlemsstat eller medlemsstaternes og Den Europæiske Unions myndigheder, forlader udtalelserne om det ønskelige i ensporede ordninger måske hurtigt området for ønsketænkning og går over i science fiction.

116. Subsidiært (eller snarere mere realistisk) henledes opmærksomheden på, at det tog adskillige årtier at opbygge et integreret netværk af konkurrencelovgivning, som samler Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder. Når dette er sagt, forbliver en række spørgsmål om praktisk håndhævelse ubesvarede til trods for, at de regler, som skal anvendes, er identiske og forordning nr. 1/2003 er trådt i kraft⁹⁴. Andre parallelle beslutningsordninger, såsom den for nylig indførte one-stop-shop mekanisme i databeskyttelsesforordningen⁹⁵, synes at lide af betydelige børnesygdomme hvad angår kompetencefordelingen⁹⁶. Hvis dette er situationen i øjeblikket inden for udtrykkeligt regulerede netværk inden for Den Europæiske Union, er det ikke umiddelbart indlysende, hvordan det nødvendige koordinationsniveau med rimelighed kan forventes og opnås på forskellige retsområder, i forskellige organer og i forskellige medlemsstater.

⁹¹ – Jf. punkt 80 ovenfor.

⁹² – Jf. punkt 81 ovenfor.

⁹³ – Jf. hvad angår sådanne udtalelser, der oprindeligt er fremsat inden for rammerne af EMRK, Menneskerettighedsdomstolens dom af 30.7.1998, Oliveira mod Schweitz (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, § 27), og senest Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.11.2016, A og B mod Norge (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 130).

⁹⁴ – Jf. til illustration mit forslag til afgørelse i den parallelle Nordzucker-sag.

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

⁹⁶ – Som for nylig påvist i dom af 15.6.2021, Facebook Ireland m.fl. (C-645/19, EU:C:2021:483).

117. Alt i alt fører alle disse elementer tilsammen til det ganske utilfredsstillende helhedsindtryk, som er nævnt i indledningen af dette afsnit. For måske at genoprette en vis ligevægt besluttede Domstolen i Menci-dommen at benytte chartrets artikel 52, stk. 1, og rettighedsbegrænsningen. Imidlertid kom den derved paradoksalt nok i en situation, hvor det væsentligste indhold af chartrets artikel 50 gik tabt.

C. Den foreslåede løsning

118. Efter i det foregående afsnit at have gennemgået de problemer, som den nuværende ordning skaber, vil jeg begynde med kort at sammenfatte de parametre, som en mere passende tilgang bør have (under 1). Jeg vil dernæst vende mig mod spørgsmålet om beskyttet samfundsmæssig eller retlig interesse (under 2), inden jeg redegør for et muligt ensartet kriterium for ne bis in idem i henhold til chartrets artikel 50 (under 3). Jeg vil herefter yderligere belyse anvendelsen af et sådant kriterium i en række eksempler (under 4). Endelig vil jeg vende mig mod den foreliggende sag og anvendelsen af det kriterium, som jeg foreslår (under 5).

1. Parametrene

119. For det første skal omfanget af beskyttelsen i henhold til chartrets artikel 50 kunne fastlægges på forhånd. Det normative omfang af en EU-retlig bestemmelse, navnlig en grundlæggende rettighed, kan ikke være afhængig af usikre og således uforudsigelige omstændigheder eller en given procedures udfald. Når anvendelsen af chartrets artikel 50 fastlægges på forhånd, vil ne bis in idem muligvis være i stand til at sikre, at der ikke gennemføres en anden sag og om nødvendigt endog forhindre, at den anden sag indledes.

120. I overensstemmelse med chartrets artikel 52, stk. 3, kan beskyttelsesniveauet i chartrets artikel 50 for det andet ikke være lavere end det, som er fastsat i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK. Dette betyder efter min opfattelse ikke nødvendigvis, at kriteriet, der skal sikre, at et sådant foreneligt resultat opnås, skal være identisk. Dette er så meget desto mere tilfældet i situationer, hvor kriteriet skal afstemmes med en given ordnings konkrete kendetegn. Det er Domstolens opgave at give forudgående vejledning til de nationale retter om, hvordan de skal anvende EU-retten. Det er ikke dens opgave, i hvert fald ikke for så vidt angår præjudicielle forelæggelser, efterfølgende at afgøre, om en konvention blev overtrådt af en kontraherende part i en given sag.

121. Kriteriet skal for det tredje, idet det som sit udgangspunkt accepterer den brede vifte af, hvad der udgør en »straffesag«⁹⁷, sikre, at det ikke fører til urimelige resultater inden for Den Europæiske Unions konkrete sammensatte retlige sfære. Et generelt kriterium i henhold til chartrets artikel 50 skal kunne anvendes ikke kun i en medlemsstat, men også, hvad der er vigtigere, inden for Den Europæiske Union både horisontalt (forbindelse mellem medlemsstaterne) og vertikalt (forbindelserne mellem medlemsstaterne og Den Europæiske Union). Inden for dette komplekse domæne skal der genoprettes en rimelig balance mellem den effektive beskyttelse af individuelle rettigheder og medlemsstaternes eller Unionens legitime mål om at retsforfølge handlinger, som klart krænker forskellige beskyttede samfundsinteresser.

⁹⁷ – Jf. punkt 102-105 ovenfor.

122. Endelig skal kriteriet hvad angår alle de tilfælde, der er omfattet af EU-lovgivningen i henhold til chartrets artikel 51, stk. 1, i forhold til hvilke chartrets artikel 50 finder anvendelse, være det samme, i det mindste i henhold til artikel 50, når denne anvendes alene. I denne henseende er jeg faktisk enig i udtalelsen om, at »[p]rincippet *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«⁹⁸. Dette er naturligvis ikke til hinder for, at der kan forekomme specifikke ordninger inden for EU-retten, som giver et højere beskyttelsesniveau. Når chartret finder anvendelse, skal standardkriteriet i henhold til artikel 50 imidlertid være det samme.

2. *Kamæleonen*

123. Det er bedst at begynde med ordlyden. Chartrets artikel 50, der har overskriften »Ret til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme *lovovertrædelse*«, bestemmer, at »[i]ngen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en *lovovertrædelse*, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen«⁹⁹.

124. Denne ordlyd adskiller sig fra gennemførelseskonventionens artikel 54, som anvender begrebet »strafbare handlinger«. Sidstnævnte fastsætter, at »[e]n person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, [ikke kan] retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme *strafbare handlinger*, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning«¹⁰⁰.

125. En »lovovertrædelse« er ikke en »strafbar handling«. Ordet »lovovertrædelse« har en bredere betydning. Det henviser generelt ikke kun til de relevante faktiske omstændigheder, men også til den retlige subsumption af en vis karakteristisk adfærd eller i det mindste til de negative virkninger, som et sådant adfærd har på de interesser, som af samfundet betragtes som beskyttelsesværdige.

126. Når en enkelt adfærd påvirker forskellige beskyttede retlige eller sociale interesser, resulterer det ofte i, at der begås flere forskellige lovovertrædelser (idealkonkurrence). Den deraf følgende sanktion har tendens til, afhængigt af det nationale retssystem, at bygge på grundlag af specifikke principper, der er kendetegnet ved, at begåede lovovertrædelser bedømmes på integreret vis¹⁰¹.

127. Dette er generelt ikke muligt, når begåede lovovertrædelser vedrører forskellige retsområder, som hver især er underlagt kontrol af forskellige tilsynsmyndigheder. Den omstændighed, at det anføres, at en anden sag under disse omstændigheder altid skal afvises, udelukker faktisk muligheden for at forfølge forskellige retlige interesser samtidigt.

128. Før eller siden når man derfor logisk set til spørgsmålet om beskyttede samfundsmæssige eller retlige interesser for at sondre mellem de omhandlede situationer. Det er interessant at se, at selv om *idem factum*-tilgangen er blevet fulgt, er begrebet retsbeskyttet interesse faktisk aldrig

⁹⁸ – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 117).

⁹⁹ – Min fremhævelse.

¹⁰⁰ – Min fremhævelse.

¹⁰¹ – Jf. endvidere generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, punkt 91 og fodnote 79).

forsvundet. I lighed med en lille kamæleon har det blot skiftet farve, mens det klistrede sig til forskellig pinde og grene, som var tilgængelige inden for hvert retspraksisområde på det pågældende tidspunkt.

129. Det eneste område inden for EU-retten, hvor begrebet den retsbeskyttede interesse reelt forsvinder, er i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54 og rammeafgørelse 2002/584. I konkurrencelovgivningen er betydningen af den retsbeskyttede interesse derimod altid blevet bekræftet. Selv generaladvokater, der har foreslået at opgive retlig interesse som et særskilt kriterium, har stået med dets indhold, som faktisk har overlappet med et bredt defineret »identiske faktiske omstændigheder«¹⁰². På tilsvarende vis er drøftelsen af forskellen i de retsbeskyttede interesser i Menci-dommen blot blevet flyttet til drøftelsen af forskellige mål af almen interesse og de komplementære mål, der forfølges¹⁰³.

130. Imidlertid er det i Menneskerettighedsdomstolens praksis, at begrebet den retsbeskyttede interesse udviser reelle kamæleonlignende kendetegn. I perioden forud for Zolotukhin-dommen syntes for det første forskellen i de retlige interesser, som forfølges, at være en del af definitionen af idem, i det mindste i de fleste sager. Dette illustreres særligt godt i Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende sagsøgere, som forårsagede bilulykker, for hvilke de blev pålagt strafferetlige og administrative sanktioner, hvor sidstnævnte bestod i inddragelse af deres kørekort. Menneskerettighedsdomstolen har accepteret muligheden for denne kombination, selv om inddragelse af kørekort normalt betragtes som en strafferetlig sanktion i henhold til Engel-kriterierne¹⁰⁴. Det er for det andet korrekt, at Zolotukhin-dommen afviste betydningen af forskellen i den retlige interesse. For det tredje blev forskellen i den retsbeskyttede interesse imidlertid de facto genindført igen i A og B-dommen. Denne gang, og i lighed med hvad Domstolen gjorde senere i Menci-dommen, ændrede den sig til betragtninger vedrørende de komplementære mål, der forfølges med den i begge de omhandlede sagers anvendte lovgivning. I modsætning til Domstolens tilgang i Menci-dommen og måske overraskende nok på det begrebsmæssige plan er spørgsmålet, om »different proceedings pursue complementary purposes and thus address [...] different aspects of the social misconduct involved« pludselig genopstået som en del af bedømmelsen af bis-kriteriet og spørgsmålet om, hvorvidt der er en tilstrækkelig nær materiel forbindelse (eller ej)¹⁰⁵.

131. Jeg tror ikke, at alt dette er en tilfældighed. Når først afgørelsen om at tillade en anden sag vedrørende de samme strafbare handlinger er truffet for at tilgodese de røster, som kræver, at retshåndhævelsen gives mere plads, eller simpelt hen acceptere, at det i virkeligheden er usandsynligt, at alle sager, uanset om de gennemføres i den samme medlemsstat eller for den sags skyld på tværs af medlemsstaterne, er enkeltsporede, bliver fokus på de forfulgte mål det eneste tilgængelige redskab til at sondre mellem to eller flere sager. Da betingelserne vedrørende forholdsmæssighed klart afhænger af hver sags konkrete omstændigheder, bliver begrebet de

¹⁰² – I den allerede drøftede Toshiba-sag (jf. ovenfor i punkt 47) udelukkede min lærde kollega generaladvokat Kokott begrebsmæssigt retlig interesse fra begrebet idem. Det er alene identiske faktiske omstændigheder, der har betydning. Ikke desto mindre henførte hun herefter et kartels (skadelige) virkninger og de konkurrencebegrænsende konsekvenser, som det forårsagede, under sagens faktiske omstændigheder. Hvis skadelige (sociale) virkninger (for de retsbeskyttede interesser) imidlertid er omfattet af de faktiske omstændigheder, er betingelsen om, at den retsbeskyttede interesse er den samme, da i virkeligheden forsvundet ud af billedet?

¹⁰³ – Jf. punkt 81 ovenfor.

¹⁰⁴ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 13.12.2005, Nilsson mod Sverige (CE:ECHR: 2005:1213DEC007366101, s. 10 og 11). Sammenhold imidlertid med Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.10.1999, Escoubet mod Belgien (CE:ECHR:1999:1028JUD002678095, § 38).

¹⁰⁵ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.11.2016, A og B mod Norge (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, §§ 131 og 132).

forfulgte komplementære mål efter min opfattelse det centrale element i enhver normativ analyse. Som det imidlertid allerede er anført, er dette element blot en anden måde at beskrive den samme tanke som den, der udgør kernen af begrebet den retsbeskyttede interesse.

3. Kriteriet

132. Af alle disse grunde er mit forslag ganske simpelt. Jeg foreslår, at undersøgelsen af de retsbeskyttede interesser og dermed af de forfulgte mål gøres til en del af overvejelsen af idem. Det er udelukkende dette element, som giver mulighed for normativt at afgøre, klart og på forhånd, hvorfor den givne adfærd forfølges i parallelle eller efterfølgende sager og at afgøre, om den samme angivelige lovovertræder atter straffes af de samme grunde. Medmindre en nærmere undersøgelse viser, at de to omhandlede lovgivningsmæssige rammers retsbeskyttede interesser er de samme, skal det være tilladt at forfølge dem parallelt i stedet for, at en af dem reelt fjernes som konsekvens af anvendelsen af Engel-kriterierne og en bred definition af idem.

133. Bedømmelsen af idem skal derfor med henblik på chartrets artikel 50 støtte sig på en tredobbelt identitet: mellem lovovertræderen, de relevante faktiske omstændigheder og den retsbeskyttede interesse.

134. For det første er betingelsen vedrørende identitet for så vidt angår lovovertræderen temmelig klar og under alle omstændigheder ubestridt i den foreliggende sag.

135. For det andet vil jeg med hensyn til de relevante faktiske omstændigheder påpege, at det faktisk er en betingelse, at de er *identiske* og ikke blot »tilsvarende«. Det er naturligvis med det forbehold, at det kan forekomme, at den efterfølgende sag vedrører kun en del af de faktiske omstændigheder (tidsmæssigt eller materielt), hvilket der er taget hensyn til i den tidligere sag. Imidlertid er resultatet, at hvis de to sæt faktiske omstændigheder faktisk overlapper hinanden, skal de faktiske omstændigheder i denne overlapning være identiske.

136. Hvad er for det tredje en retsbeskyttet interesse? Det er det samfundsmæssige gode eller den sociale værdi, som de givne retlige rammer eller dele deraf har til formål at beskytte og opretholde. Det er dette gode eller denne værdi, som den omhandlede lovovertrædelse skader eller griber ind i.

137. Sondringen mellem de forskellige retsbeskyttede interesser på et ganske specifikt niveau er fast forankret i strafferetten eller forvaltningsretten. En national lov vil typisk angive de interesser eller de værdier, som hver lovovertrædelse tilsidesætter (forbrydelse mod liv, formue, legemlig integritet eller staten osv.). Denne sondring kan blive meget mere kompliceret i forskellige parallelle områder af offentlig administration, og når den anskues på tværs af nationale jurisdiktioner og lovgivningsområder.

138. Det kan ikke desto mindre fremhæves, at den retsbeskyttede interesse *ikke* er identisk med en lovovertrædelses objektive side som defineret i national ret. Den er blot et element deraf fastlagt på et højere abstraktionsniveau. Fastlæggelsen af den retlige interesse eller værdi, der skal beskyttes ved at kriminalisere visse handlinger i national ret, er et naturligt udgangspunkt. Imidlertid er det på ingen måde afgørende.

139. Definitionen af den retsbeskyttede interesse med henblik på chartrets artikel 50 må ikke kopiere nationale betegnelser og nationale retlige forhold. En medlemsstat kan i praksis ikke undgå princippet *ne bis in idem*s rækkevidde ved blot at indføre ret usædvanlige lovovertrædelser i sin nationale retsorden. I sådanne situationer skal den effektivt beskyttede

retlige interesse gentages med henblik på anvendelsen af *ne bis in idem*, henset til den påståede lovovertrædelses faktiske omstændigheder, på det passende abstraktionsniveau. På en måde minder denne bestræbelse om vurderingen af dobbelt strafbarhed i forskellige ordninger om retligt samarbejde i straffesager. I denne forbindelse skal den nøjagtige beskrivelse og de faktiske omstændigheder på tilsvarende vis »flyttes uden for« de konkrete nationale retlige rammer¹⁰⁶.

140. Man kan tage eksemplet forbrydelser mod andre menneskers liv og legemlige integritet. Hvis et voldeligt overfald af en anden person forårsager vedkommendes død, har det med henblik på at fastlægge den retsbeskyttede interesse ingen betydning, om den pågældende nationale lovgivning definerer denne handling på grundlag af de konkrete faktiske omstændigheder som mord, drab eller alene alvorlig fysisk skade med døden til følge. Det afgørende punkt er, at den samme lovovertræder (identisk lovovertræder) ved en voldelig handling mod et andet menneske (identisk handling) har krænket den samme type retsbeskyttede interesse, nemlig et andet menneskes liv og legemlige integritet (identisk retsbeskyttet interesse).

141. Dette eksempel kræver en afsluttet bemærkning. Begrebet den retlige interesse, som er beskyttet af en specifik regel, og det formål, som denne regel forfølger, vil sandsynligvis være gensidigt transitive i praksis. Der er tale om to etiketter, der henviser til det samme forhold – den givne regels genstand og formål.

4. *Eksempler*

142. Funktionen og anvendeligheden af den foreslåede fortolkning af *idem* med henblik på chartrets artikel 50 kan illustreres ved følgende tre eksempler.

143. For det første er der scenariet, som omfatter to straffesager i to forskellige medlemsstater vedrørende den samme lovovertrædelse, hvis territoriale elementer og indvirkning kan opsplittes på tværs af grænserne. Man kan kalde det *van Esbroeck*-scenariet. I et sådant scenarie (eksport af ulovlige stoffer fra en stat og deres umiddelbare import til en anden, formentlig ved den samme handling) vil man imidlertid antage, at den retsbeskyttede interesse i at straffe denne samme handling i de to stater faktisk er den samme: beskyttelsen af samfundet og den offentlige sundhed mod narkotiske stoffer. Således ville den faktiske identitet for så vidt angår de retsbeskyttede interesser, som langt fra er uden betydning i sådanne scenarier, i begge sager være til hinder for den efterfølgende retsforfølgelse for den samme handling i en anden medlemsstat.

144. For det andet er der *Menci*-scenariet. Dette vedrører kombinationen af strafferetlige og administrative sager i den samme medlemsstat, som *Engel*-kriterierne omdannede til en kombination af to straffesager. Den anden sag kan tillades, hvis den gældende lovgivning beskytter en anden retlig interesse som f.eks. den effektive opkrævning og inddrivelse af afgifter i den administrative sag og straffen for at begå en forbrydelse i forhold til offentlige finanser.

145. Det begrebsmæssige problem i sådanne scenarier, eksempelvis i forbindelse med moms, er imidlertid eksistensen af, hvad man kan henvide til som et »administrativt strafoverskud«. Dette sker i situationer, hvor (afgifts)myndigheden ikke blot anmoder om betaling af de ubetalte beløb, eventuelt suppleret med rente, men pålægger en yderligere bøde (dvs. en bøde, en tillægsafgift osv.). Det er på grund af dette overskud, at de administrative sager sædvanligvis bliver af »strafferetlig« karakter i henhold til *Engel*-kriterierne.

¹⁰⁶ – Jf. for et konkret eksempel og en detaljeret drøftelse mit forslag til afgørelse *Grundza* (C-289/15, EU:C:2016:622).

146. Den efterfølgende sag, der håndhævede et sådant »overskud«, blev anset for uproblematisk i Menci-dommen, men blev afvist i Garlsson-dommen og i Di Puma-dommen. Afgræsningen mellem de forfulgte mål og de retsbeskyttede interesser i sådanne scenarier vil ikke være en nem øvelse. For så vidt som den givne administrative regel har til formål ikke kun at inddrive den skyldige betaling (med eventuelle morarenter), men også at pålægge en repressiv bøde, overlapper de strafferetlige og administrative reglers respektive anvendelsesområder hinanden hvad angår de forfulgte mål.

147. Denne tanke synes at være udmærket illustreret i Menci-dommen. I denne sag anerkendte Domstolen lovligheden af den efterfølgende straffesag. Efter at have fastslået at kombinationen af de omhandlede administrative og strafferetlige regler forfølger målet af almen interesse, nemlig opkrævning af skyldig moms, forklarede Domstolen desuden, at »en kumulation af retsforfølgelse og sanktioner af strafferetlig karakter [kan] være berettiget, når denne retsforfølgelse og disse sanktioner [...] tager sigte på komplementære mål, som i givet fald vedrører forskellige aspekter af den samme omhandlede ulovlige adfærd«¹⁰⁷. Selv om Domstolen overlod denne øvelse til den forelæggende ret, tilføjede den endvidere, at »det forekommer legitimt, at en medlemsstat ønsker dels at modvirke og straffe [...] ved at pålægge administrative sanktioner [...], dels at modvirke og straffe alvorlige overtrædelser af disse regler, som er særligt skadelige for samfundet, og som berettiger vedtagelsen af strengere strafferetlige sanktioner«¹⁰⁸.

148. I Garlsson-dommen bemærkede Domstolen derimod, at gennemførelsen af en administrativ sag *efter* en domfældelse i straffesagen »gå[r] ud over, hvad der er strengt nødvendigt for at nå [målet]« om at beskytte EU's finansielle markeders integritet og den offentlige tillid til finansielle instrumenter¹⁰⁹. Et tilsvarende ræsonnement, der påpegede straffens hårdhed, anvendtes i Di Puma-dommen, som vedrørte en frifindelse i den tidligere straffesag og en efterfølgende administrativ sag for de samme forhold af insiderhandel¹¹⁰.

149. Hvad enten det er med hensyn til chartrets artikel 52, stk. 1, eller omfanget af beskyttelsen i chartrets artikel 50 er det, som er afgørende i begge scenarier, forskellen i de retsbeskyttede interesser eller de komplementære mål, som forfølges. Efter min opfattelse kan der faktisk kun sondres begrebsmæssigt mellem de forskellige mål og begrundelser (og således retlige interesser), som forfølges dels med inddrivelsen af det skyldige beløb, dels med straffen og afskrækkelsen. Når man med de afgiftsmæssige/administrative sager imidlertid begynder at straffe ud over inddrivelsen af beløbene med renter, eller der med straffesagerne også inddrives skyldige beløb, da forsvinder den begrebsmæssige forskel mellem de to ganske enkelt, og i hvert efter min opfattelse udløses forbuddet mod gentagelsen af sager i henhold til *ne bis in idem* effektivt.

150. I sådanne situationer, som sandsynligvis er begrænset til én og den samme medlemsstat, er det endvidere fuldt ud berettiget at anmode denne medlemsstat om at koordinere sine relevante procedurer. Logisk set er det først og fremmest sandsynligt, at en afgiftsmyndighed vil efterforske og retsforfølge tilfælde af afgiftsunddragelse. Hvis den afgiftsunddragelse, som er opsporet, er af en vis grovhed eller når en tærskel, kan karakteren af efterforskningen og retsforfølgningen meget vel ændre sig fra blot administrativ til strafferetlig. Det nøjagtige forhold mellem to sager tilkommer det hver medlemsstat at tilrettelægge, dog med det forbehold at det i sidste ende ikke kan forholde sig således, at både afgiftsmyndigheden og den ret, som behandler straffesager, straffer den samme handling med sanktioner, der er af strafferetlig karakter.

¹⁰⁷ – Dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 44).

¹⁰⁸ – *Ibidem*, præmis 45.

¹⁰⁹ – Dom af 20.3.2018, Garlsson Real Estate m.fl. (C-537/16, EU:C:2018:193, præmis 46 og 59).

¹¹⁰ – Dom af 20.3.2018, Di Puma og Zecca (C-596/16 og C-597/16, EU:C:2018:192, præmis 43 og 44).

151. Der er for det tredje scenariet med parallelle eller efterfølgende administrative sager i forskellige medlemsstater, hvor disse sagers strafferetlige karakter fastlægges på grundlag af Engel-kriterierne. Disse situationer kan opstå inden for én og den samme lovgivningsmæssige ordning i Den Europæiske Union (som f.eks. konkurrence, databeskyttelse osv.), men kan også opstå med hensyn til de samme faktiske omstændigheder, som vurderes i henhold til forskellige lovgivningsmæssige rammer af forskellige myndigheder¹¹¹. Det vil være i sådanne situationer, at navnlig spørgsmålet om de retsbeskyttede interessers identitet vil opstå. På den anden side vil sådanne situationer i praksis sandsynligvis ofte ikke have identiske faktiske omstændigheder på grund af lovovertrædelsens geografiske placering som eksempelvis forklaret i forbindelse med konkurrencelovgivningen af generaladvokat Kokott i hendes forslag til afgørelse i Toshiba-sagen¹¹² og udviklet yderligere i mit forslag til afgørelse i den parallelle Nordzucker-sag.

5. Den foreliggende sag

152. Den foreliggende sag vedrører to administrative sager, som på forhånd betragtes som strafferetlige i overensstemmelse med Engel-kriterierne, og som er gennemført i én medlemsstat. Den udgør således en variant af det tredje scenarie beskrevet ovenfor. Alternativt kan den også anses for en modifikation af Menci-scenariet: Den foreliggende sag er hjemmehørende i den samme medlemsstat, men omfatter to sager, der ikke på grund af deres nationale oprindelige fortolkning, men på grund af Engel-dommen, er strafferetlige.

153. Den sektorspecifikke sag ved IBPT var baseret på den nationale lovgivning, der gennemfører direktiv 97/67. Dette direktiv har gennem pålæggelse af krav om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed til sigte gradvist at indføre markedsvilkår i sektoren for posttjenester. Konkurrencesagen indledtes derefter. Den vedrørte håndhævelsen af forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling, der har til formål at beskytte den frie konkurrence.

154. Det er værd at nævne, at Menneskerettighedsdomstolen i princippet allerede har anerkendt lovovertrædelsen vedrørende misbrug af en dominerende stilling som værende af strafferetlig karakter med henblik på anvendelsen af det strafferetlige led af EMRK's artikel 6¹¹³. Domstolens faste praksis, hvorefter ne bis in idem finder anvendelse på området for EU- konkurrenceretten, skal heller ikke glemmes¹¹⁴.

155. Der synes ikke at være foretaget en sådan vurdering med hensyn til postbefordrende virksomheders lovgivningsmæssige overtrædelser af kravene om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed. Imidlertid synes den forelæggende rets og samtlige de intervenierende parter udgangspunkt at være, at Engel-kriterierne også er opfyldt i forhold til denne lovovertrædelse. Jeg vil derfor ligeledes gå videre på grundlag af dette udgangspunkt, men ikke desto mindre anføre, at det tilkommer den forelæggende ret at fastslå, om dette faktisk er tilfældet.

¹¹¹ – Jf. i denne forbindelse f.eks. den sag, som i øjeblikket verserer i sag C-252/21, Facebook m.fl., der blandt andre rejser spørgsmålet om den kompetence, som en national konkurrencemyndighed i en anden medlemsstat end den, hvor en virksomhed har sit hovedforretningssted, har, hvor det sidstnævnte kriterium normalt er afgørende for kompetencefordelingen for den nationale databeskyttelsesmyndighed i henhold til databeskyttelsesforordningen.

¹¹² – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 130 og 131).

¹¹³ – Menneskerettighedsdomstolens dom af 27.9.2011, Menarini Diagnostics S.R.L. mod Italien (CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, § 40).

¹¹⁴ – Jf. punkt 43-52 ovenfor.

156. Identitet for så vidt angår lovovertræderen synes at være fastslået. Hvad angår kriteriet om, at de faktiske omstændigheder er identiske, henleder jeg opmærksomheden på, at flere intervenserende parter har udtrykt tvivl herom. Endvidere er den forelæggende rets spørgsmål formuleret på en ganske tvivlsom måde, hvorefter det antages, at for at betingelsen om, at de faktiske omstændigheder er identiske, er opfyldt, er det tilstrækkeligt, at der foreligger »tilsvarende forhold«.

157. Det skal atter fremhæves, at forhold, der er berørt af begge sager, skal overlappe, for at betingelsen om de faktiske omstændigheder er opfyldt. Det er ikke tilstrækkeligt, at forholdene blot er tilsvarende. Dette spørgsmål påhviler det den forelæggende ret at efterprøve for at fastslå, om begge sager faktisk vedrører de samme faktiske omstændigheder forstået som en helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uadskilleligt forbundne¹¹⁵. Hvis de faktiske omstændigheder ikke er identiske, kan beskyttelsen i medfør af *ne bis in idem* ikke udløses.

158. Endelig er der betingelsen om identitet for så vidt angår den retsbeskyttede interesse, hvilket sammen med identitet for så vidt angår lovovertræder og faktiske omstændigheder kan udgøre *idem* i forhold til den samme lovovertrædelse. Beskytter konkurrencelovgivningen, som er anvendt i den anden sag, og navnlig den konkrete lovovertrædelse inden for denne lovgivningsmæssige ordning den samme retsbeskyttede interesse som den relevante lovovertrædelse i lovgivningen vedrørende postmarkedet, som er anvendt i den sektorspecifikke sag?

159. Den sektorspecifikke sag var baseret på artikel 144b i lov af 21. marts 1991 om reform af visse offentlige økonomiske virksomheder, der pålægger befordringspligtige postvirksomheder en række krav om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, når de vedtager og anvender deres takstordninger. IBPT anførte i denne forbindelse udtrykkeligt i sin afgørelse, at myndigheden ikke vurderede, om bposts adfærd var i overensstemmelse med EU-retlige og nationale konkurrenceregler, især fordi den ikke har kompetence hertil.

160. Som den belgiske regering forklarede i retsmødet, er det mål, som den omhandlede regulering af postsektoren forfølger, at liberalisere det indre marked for posttjenester. Forbuddet mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsforpligtelsen skal indramme adfærden hos de enheder, der tidligere har været monopolister. Dette mål er i princippet tidsmæssigt begrænset. Sektorlovgivningen er baseret på den forudsætning, at markedet for posttjenester vil blive gradvist omdannet, så det i sidste ende rummer et frit markeds betingelser.

161. Hvad angår konkurrencesagen har den forelæggende ret forklaret, at den belgiske konkurrencemyndighed ikke straffede bpost for manglende gennemsigtighed eller for diskriminerende praksis. Den anvendte nationale og EU-retlige konkurrenceregler for at straffe bposts konkurrencebegrænsende praksis. Som den forelæggende ret har anført, og som den belgiske regering tillige bekræftede i retsmødet, har denne lovgivning til formål at beskytte konkurrencen på markedet ved at forbyde de økonomiske aktører at misbruge deres dominerende stilling. Ifølge den belgiske konkurrencemyndighed ville bposts praksis kunne have dels en udelukkelsesvirkning over for konsolidatorer og bposts potentielle konkurrenter, dels en fastholdelsesvirkning over for bposts største kunder, der ville øge hindringerne for adgang til distributionssektoren.

¹¹⁵ – Dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 35).

162. Med forbehold af den forelæggende rets prøvelse fremgår det således, at begge lovovertrædelser, som er blevet retsforfulgt successivt i den sektorspecifikke sag og i konkurrencesagen, synes at være forbundet med beskyttelsen af forskellige retsbeskyttede interesser og med en lovgivning, der forfølger forskellige mål. Hvad for det første angår den retsbeskyttede interesse, følger opnåelsen af liberalisering af visse, tidligere monopolistiske, markeder en anden logik end den igangværende og horisontale beskyttelse af konkurrencen. For det andet fremgår dette endvidere med hensyn til de uønskede konsekvenser, som retsforfølgningen af hver af disse lovovertrædelser har til formål at forhindre. Hvis formålet er at liberalisere en sektor, er den eventuelle skade, som konkurrencen lider på et forudgående eller efterfølgende trin ikke nødvendigvis et problem, som de sektorspecifikke lovgivningsrammer skal håndtere. Et misbrug af en dominerende stilling, der fører til konkurrencefordrejning på et forudgående eller efterfølgende trin i forhold til den dominante virksomhed, henhører imidlertid i høj grad under konkurrencereglerne.

163. Før jeg slutter af, vil jeg gerne fremhæve, at der er blevet argumenteret en del i den foreliggende sag for behovet om at bevare kriteriet om retlig interesse, *særligt* i konkurrenceretten. Med undtagelse af bpost har alle parter, der har fremsat bemærkninger, påpeget, at det risikerer at fjerne enhver effektiv virkning af konkurrenceretten at give afkald på dette kriterium.

164. Henset til det foreslåede kriterium i dette forslag til afgørelse er dette spørgsmål irrelevant. Jeg skal imidlertid anføre, at det nøjagtige forhold og konsekvenserne af det foreslåede kriterium, som det finder anvendelse på det særlige område for konkurrenceretten, er et centralt element i mit forslag til afgørelse i den parallelle Nordzucker-sag. Derfor findes der en mere indgående drøftelse af dette forhold i forslaget til afgørelse i den sag. Jeg vil i denne forbindelse blot minde om, at hvad angår betingelserne for anvendelse af chartrets artikel 50 er konkurrenceretten ud fra et strukturelt synspunkt ikke anderledes end ethvert af de andre områder omfattet af EU-retten. I overensstemmelse med den foreslåede løsning i dette forslag til afgørelse skal overvejselsen vedrørende retlig interesse derfor indgå i vurderingen af ethvert idem i henhold til chartrets artikel 50, medmindre den er underlagt en særlig ordning som f.eks. i gennemførelseskonventionens artikel 54.

165. Af alle disse grunde foreslår jeg, at princippet *ne bis in idem* i chartrets artikel 50 ikke er til hinder for, at den kompetente administrative myndighed i en medlemsstat pålægger en bøde for overtrædelse af EU-retlige og nationale konkurrenceregler, hvor den samme person allerede er blevet endeligt frikendt i en tidligere sag, som den nationale tilsynsmyndighed for postvæsenet har gennemført vedrørende en angivelig overtrædelse af postlovgivningen, forudsat at den efterfølgende sag generelt adskiller sig enten med hensyn til lovovertræderens identitet, de relevante faktiske omstændigheder eller den retsbeskyttede interesse, hvis beskyttelse de i den pågældende sag omhandlede respektive lovgivningsmæssige instrumenter tager sigte på.

V. Forslag til afgørelse

166. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Cour d'appel de Bruxelles (appeldomstolen i Bruxelles, Belgien), således:

»Princippet ne bis in idem i artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er ikke til hinder for, at den kompetente administrative myndighed i en medlemsstat pålægger en bøde for overtrædelse af EU-retlige eller nationale regler, forudsat at den efterfølgende sag, som gennemføres ved denne myndighed, adskiller sig fra tidligere gennemførte sager enten med hensyn til lovovertræderens identitet, de relevante faktiske omstændigheder eller den retsbeskyttede interesse, hvis beskyttelse de i den pågældende sag omhandlede respektive lovgivningsmæssige instrumenter tager sigte på.«