



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 29. november 2018¹

Sag C-617/17

Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie
mod
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
procesdeltagere:
Edward Detka m.fl.

(anmodning om præjudiciel afgørelse fra Sąd Najwyższy (øverste domstol, Polen))

»Præjudiciel forelæggelse – *ne bis in idem*-princippet – anvendelsesområde – konkurrence – misbrug af en dominerende stilling – beslutning truffet af en national konkurrencemyndighed – bøde pålagt på grundlag af national konkurrenceret og EU-konkurrenceret«

1. Finder *ne bis in idem*-princippet anvendelse under omstændigheder, hvor en national konkurrencemyndighed i én enkelt beslutning har pålagt en virksomhed en bøde for konkurrencebegrænsende adfærd på grundlag af en kumulativ anvendelse af nationale og EU-retlige konkurrenceregler? Det er i det væsentlige det spørgsmål, som Domstolen skal tage stilling til i den foreliggende sag.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

2. Forordning (EF) nr. 1/2003² indeholder regler om gennemførelse af, hvad der nu er artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Forordningen indeholder bl.a. regler om parallel anvendelse af nationale konkurrenceregler og EU-retlige konkurrenceregler.

3. Det forklares i ottende betragtning, at det for at sikre, at EU's konkurrenceregler håndhæves effektivt, er nødvendigt at pålægge medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole også at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF, når de anvender nationale konkurrenceregler på aftaler og praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel [101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1).

4. Det forklares yderligere i niende betragtning, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF har til formål at beskytte konkurrencen på markedet. Forordningen, der er vedtaget med henblik på at gennemføre disse bestemmelser i traktaten, forhindrer ikke medlemsstaterne i på deres område at gennemføre national lovgivning, der beskytter andre legitime interesser, forudsat at den pågældende lovgivning er forenelig med de almindelige principper og andre bestemmelser i EU-retten. I det omfang en national lovgivning hovedsagelig forfølger et andet mål end beskyttelsen af konkurrencen på markedet, kan medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole anvende sådan lovgivning på deres område.

5. Forordningens artikel 3 vedrører forholdet mellem artikel 101 TEUF og 102 TEUF og medlemsstaternes konkurrenceret. Den bestemmer:

»1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i [artikel 101 TEUF], som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende [artikel 101 TEUF] på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på misbrug, der er forbudt i henhold til [artikel 102 TEUF], skal de også anvende [artikel 102 TEUF].

2. Anvendelsen af national konkurrenceret må ikke føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i [artikel 101, stk. 3, TEUF], eller som opfylder betingelserne i [artikel 101, stk. 3, TEUF], eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af [artikel 101, stk. 3, TEUF]. Medlemsstaterne er ikke efter denne forordning afskåret fra at vedtage en mere restriktiv national lovgivning, der forbyder eller sanktionerer ensidig adfærd fra virksomheders side, og at anvende den på deres område.

[...]«

6. Artikel 5 omhandler de nationale konkurrencemyndigheders kompetence. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder er beføjede til at anvende [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] i konkrete sager. I denne forbindelse kan de enten på eget initiativ eller på grundlag af en klage vedtage følgende beslutninger:

- påbyde, at en overtrædelse skal bringes til ophør
- træffe foreløbige forholdsregler

[...]«

B. National lovgivning

7. Artikel 8 i lov om konkurrence og forbrugerbeskyttelse af 15. december 2000 (herefter »konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesloven«)³ lyder:

»1. En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det relevante marked er forbudt.

³ – Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2000, nr. 122, pos. 1319).

2. Dette misbrug kan navnlig bestå i følgende:

[...]

(5) foranstaltninger til at forhindre, at konkurrence opstår eller udvikles.

[...]«

8. Artikel 101 i samme lov bestemmer:

»1. Prezes Urzędu [(myndighedens leder)] kan ved afgørelse pålægge en erhvervsdrivende en bøde, som ikke må overstige 10% af den erhvervsdrivendes indtægter i regnskabsåret før bødens pålæggelse, såfremt denne erhvervsdrivende, eventuelt uagtsomt:

(1) har overtrådt forbuddet i artikel 5, medmindre der foreligger en udelukkelsesgrund i henhold til artikel 6 og 7, eller forbuddet i artikel 8

(2) har overtrådt [artikel 101 TEUF eller 102 TEUF]

[...]«

II. Sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

9. Den foreliggende sag omhandler en tvist mellem Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (leder af den polske konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesmyndighed, herefter »konkurrencemyndigheden«) og Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., et polsk forsikringsselskab (herefter »den pågældende virksomhed«), vedrørende en bøde, som konkurrencemyndigheden havde pålagt den pågældende virksomhed for konkurrencebegrænsende adfærd.

10. I sin afgørelse af 25. oktober 2007 fandt konkurrencemyndigheden, at den pågældende virksomhed havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for gruppelivsforsikringer for arbejdstagere i Polen, idet virksomheden havde truffet foranstaltninger til at forhindre konkurrencen i sektoren. Den pågældende virksomhed blev således anset for at have overtrådt forbuddet i artikel 8 i konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesloven. Konkurrencemyndigheden fandt yderligere, at en sådan adfærd kunne have negativ indvirkning på udenlandske forsikringsselskabers mulighed for at komme ind på det polske marked, hvilket igen kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne negativt. Følgelig udledte konkurrencemyndigheden, at den pågældende virksomhed også, parallelt med national konkurrenceret, havde overtrådt, hvad der nu er artikel 102 TEUF.

11. I betragtning af disse konklusioner pålagde konkurrencemyndigheden den pågældende virksomhed en bøde på i alt 50 361 080 polske zloty (PLN). Bøden bestod af to særskilt beregnede beløb. Det ene beløb blev fastsat for overtrædelsen af den nationale konkurrenceret og det andet beløb primært for overtrædelsen af EU-konkurrenceretten. Mere konkret blev det i konkurrencemyndighedens afgørelse forklaret, at:

»1. Ved fastsættelsen af sanktionen skal der tages udgangspunkt i den periode, hvor [den pågældende virksomhed] har anvendt den omtvistede praksis, fra den 1. april 2001, til det blev fastslået, at [konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesloven] var overtrådt, dvs. 78 fulde måneder (6 år og 6 måneder).

2. Påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne som følge af den omtvistede praksis som beskrevet i den foreliggende afgørelse kan dog først være aktuel fra tidspunktet for Polens tiltrædelse af Den Europæiske Union, dvs. fra den 1. maj 2004.

3. Sanktionen for overtrædelsen af artikel [102 TEUF] (sammenholdt med artikel 5 i [forordning nr. 1/2003]) er baseret på [den pågældende virksomheds] anvendelse af denne praksis i perioden fra den 1. maj 2004 til det tidspunkt, hvor overtrædelsen af disse bestemmelser blev konstateret, dvs. 41 fulde måneder (3 år og 5 måneder).

4. Bøden for [den pågældende virksomheds] praksis i perioden fra den 1. april 2001 til det tidspunkt, hvor overtrædelsen af disse bestemmelser blev konstateret, følger af [konkurrence- og forbrugerbeskyttelseslovens] artikel 101, stk. 1, nr. 1 og 2.

5. [Den pågældende virksomheds] praksis i perioden fra den 1. maj 2004 til det tidspunkt, hvor overtrædelsen af disse bestemmelser blev konstateret, påvirker såvel det nationale marked som samhandelen mellem medlemsstaterne, således at den også (foruden de i punkt [4] nævnte bestemmelser) er omfattet af artikel 5 i [forordning nr. 1/2003].

6. For overtrædelsen af de nationale bestemmelser [...] fastsættes under hensyntagen til varigheden af [den pågældende virksomheds] overtrædelse en bøde på 33 022 892,77 PLN, hvilket udgør 65,55% af den i indledningen anførte samlede bøde.

7. For overtrædelsen af artikel [102 TEUF], sammenholdt med artikel 5 i [forordning nr. 1/2003], fastsættes under hensyntagen til overtrædelsens varighed og dens potentielle indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne en bøde for [den pågældende virksomhed] på 17 358 187,23 PLN, hvilket udgør 34,45% af den i indledningen anførte samlede bøde.«

12. Efter at have indbragt konkurrencemyndighedens afgørelse for to retter i lavere instans uden held har den pågældende virksomhed nu appelleret sagen til den forelæggende ret. For denne ret har den pågældende virksomhed gjort gældende, at begge beløb dækker den samme adfærd, og at virksomheden derfor er blevet pålagt to bøder for den samme adfærd. Dette udgør ifølge virksomheden en tilsidesættelse af *ne bis in idem*-princippet.

13. Da den forelæggende ret er i tvivl om den korrekte fortolkning af det pågældende princip i EU-retten, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende spørgsmål for Domstolen til præjudiciel afgørelse:

»1) Kan artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder fortolkes således, at anvendelsen af *ne bis in idem*-princippet ikke kun forudsætter, at lovovertræderen og de faktiske omstændigheder er identiske, men også at det beskyttede retsgode er identisk?

2) Skal artikel 3 i [forordning nr. 1/2003], sammenholdt med artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, fortolkes således, at EU-retlige og nationale konkurrenceregler, som af en medlemsstats konkurrencemyndighed anvendes parallelt, beskytter det samme retsgode?»

14. Der er afgivet skriftlige indlæg for Domstolen af den pågældende virksomhed, konkurrencemyndigheden, den polske regering såvel som EFTAs overvågningsorgan og Europa-Kommissionen. I medfør af artikel 76, stk. 2, i Domstolens procesreglement blev der ikke afholdt retsmøde i denne sag.

III. Bedømmelse

15. Med sine spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt en national konkurrencemyndighed under hensyn til *ne bis in idem*-princippet er afskåret fra at pålægge en virksomhed en bøde for konkurrencebegrænsende adfærd i en enkelt afgørelse på grundlag af både national konkurrenceret og de EU-retlige konkurrenceregler.

16. Som foreslået af alle parter, bortset fra den pågældende virksomhed, bør dette spørgsmål besvares benægtende⁴.

17. For at forklare, hvorfor det nødvendigvis er sådan, vil jeg gå frem i tre faser. Først vil jeg gennemgå nogle generelle bemærkninger vedrørende rationalet bag *ne bis in idem*-princippet. Dernæst vil jeg gøre rede for de grundlæggende principper i Domstolens praksis vedrørende princippet anvendelse inden for konkurrenceretten. Som det tredje og sidste vil jeg tage fat på relevansen af *ne bis in idem*-princippet i den verserende sag for den forelæggende ret.

A. Rationalet bag *ne bis in idem*-princippet

18. *Ne bis in idem*-princippet udgør utvivlsomt en af hjørnestenene i ethvert retssystem baseret på retsstatsprincippet⁵. Som en tæt naturlig følge af princippet om *res judicata* ligger princippet rationale generelt set i at sikre retssikkerhed og lighed; at sikre, at når den pågældende er blevet retsforfulgt og i givet fald straffet, har vedkommende sikkerhed for, at han ikke vil blive yderligere retsforfulgt for den samme overtrædelse. Omvendt sikrer princippet, at hvis han/hun frifindes, kan vedkommende føle sig sikker på, at der ikke vil blive indledt en straffesag mod ham/hende på ny for den samme overtrædelse⁶.

19. Domstolen har gjort det klart, at *ne bis in idem*-princippet også finder anvendelse inden for konkurrenceretens område, der er et retsområde, som afhængigt af det valgte perspektiv ligger et sted i gråzonen mellem strafferetten og forvaltningsretten⁷. Ifølge Domstolen skal *ne bis in idem*-princippet overholdes i procedurer om pålæggelse af bøder, som henhører under konkurrenceretten: En virksomhed kan således ikke domfældes eller atter forfølges for en konkurrencebegrænsende adfærd, for hvilken den allerede er blevet pålagt en sanktion, eller med hensyn til hvilken den er blevet erklæret ansvarsfri ved en tidligere beslutning, der ikke længere kan anfægtes⁸.

20. Som det gælder inden for andre retsområder, kan *ne bis in idem*-princippet imidlertid kun finde anvendelse inden for konkurrenceretens område, såfremt to betingelser er opfyldt: Dels skal der være tale om en gentagelse af retsforfølgning, dels skal den anden sag vedrøre den samme konkurrencebegrænsende adfærd.

21. Disse betingelser, dvs. at der eksisterer en anden sag (*bis*) vedrørende den samme overtrædelse (*idem*), følger direkte af ordlyden af artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), en bestemmelse, der fastsætter retten til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse. I henhold til denne bestemmelse skal »ingen [...] i en

4 – Det er blevet antydnet af nogle af parterne, som har afgivet indlæg, at Domstolen bør nægte at besvare de forelagte spørgsmål, idet der argumenteres for, at spørgsmålene ikke har relevans for afgørelsen af den verserende sag ved den forelæggende ret. Jeg er ikke enig heri. Den omstændighed, at *ne bis in idem*-princippet måske ikke finder anvendelse i sagen for den forelæggende ret, betyder ikke automatisk, at de forelagte spørgsmål er hypotetiske eller irrelevante. Tværtimod er det klart ud fra anmodningen om præjudiciel afgørelse, at Domstolens svar vedrørende fortolkningen af *ne bis in idem*-princippet vil bistå den forelæggende ret, når den skal afsige dom i den verserende sag.

5 – Domstolen anvendte princippet første gang i dom af 5.5.1966, Gutmann mod Kommissionen (18/65 og 35/65, EU:C:1966:24, s. 119).

6 – Jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Gözütok og Brüggel (C-187/01 og C-385/01, EU:C:2002:516, punkt 49).

7 – Om anvendelsen af princippet inden for andre retsområder end »ren« strafferet jf. J. Tomkins, »Article 50«, i S. Peers m.fl. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 1373-1412, på s. 1388-1390.

8 – Dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han/hun allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af [Den Europæiske Unions] medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen«. Som en afspejling af artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«) sigter chartrets artikel 50 specifikt til gentagelse af retsforfølgning vedrørende den samme materielle handling, som er blevet afgjort ved en endelig afgørelse.

22. Her bør det understreges, at *ne bis in idem*-princippet *ikke* udgør en målestok for bedømmelsen af proportionaliteten af en (strafferetlig) sanktion i en særlig procedure. Princippet rationale ligger andetsteds: Det har til formål at sikre, at en lovovertræder ikke retsforfølges eller straffes flere gange i træk for den samme overtrædelse, og at den omhandlede person som konsekvens heraf kan være sikker på, at han »har sonet sin skyld, så han ikke behøver at frygte en ny straf« for så vidt angår den konkrete adfærd⁹. Med andre ord finder princippet ikke anvendelse ved afgørelsen af, om det er hensigtsmæssigt, at en given handling kan udgøre mere end én lovovertrædelse¹⁰, eller hvorvidt akkumuleringen af sanktioner i én procedure er forholdsmæssig.

23. I det følgende afsnit vil jeg skitsere de grundlæggende principper i Domstolens praksis, som er kernen i de forelagte spørgsmål i denne sag.

B. *Idem* i konkurrenceretten

24. Domstolen har i sin praksis udviklet bestemte kriterier, som velsagtens kan siges at afgrænse anvendelsesområdet for *ne bis in idem*-princippet i forbindelse med konkurrenceretten. Disse kriterier vedrører fortolkningen af det såkaldte *idem*-element i princippet. Dvs. kriteriet for at bestemme, hvorvidt den anden sag vedrører den »samme overtrædelse«¹¹.

25. I henhold til EU-retten bestemmes ligheden af en overtrædelse generelt på grundlag af et dobbelt kriterium: De faktiske omstændigheder og lovovertræderen skal være de samme. Den retlige kvalificering eller det beskyttede retsgode er derimod ikke afgørende i forhold til anvendelsen af *ne bis in idem*-princippet. Denne tilgang, som nøje afspejler nyere retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen¹², er blevet anvendt af Domstolen i sager vedrørende politisamarbejde og retligt samarbejde i straffesager¹³.

26. Det er imidlertid ikke tilfældet inden for konkurrenceretten. Modsat den tilgang, som er beskrevet i punktet ovenfor, har Domstolen gentagne gange fastslået, at i forbindelse med konkurrenceretten – og særligt i forbindelse med parallel retsforfølgning eller sanktioner fra Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder – har også det beskyttede retsgode betydning. Med andre ord kan *ne bis in idem*-princippet kun finde anvendelse, hvor tre kumulative betingelser er opfyldt for så vidt angår *idem*-elementet. Dvs. at i de to sager, der sammenlignes, skal de faktiske omstændigheder være identiske, lovovertræderen skal være den samme person, og det beskyttede retsgode skal være det samme¹⁴.

9 – Jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Gözütok og Brügge (C-187/01 og C-385/01, EU:C:2002:516, punkt 49).

10 – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 29.5.2001, Fischer mod Østrig (CE:ECHR:2001:0529JUD003795097, § 25).

11 – Jf. i særdeleshed Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.2009, Sergey Zolotukhin mod Rusland [GC] (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, § 81-84), og af 17.2.2015, Boman mod Finland (CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33).

12 – Ibidem.

13 – Jf. f.eks. dom af 9.3.2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, præmis 32), 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 41, 47 og 48), af 18.7.2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, præmis 26 og 28), og af 16.11.2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, præmis 39).

14 – 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 94).

27. Det princip kan spores tilbage til Domstolens dom i sagen Wilhelm m.fl.¹⁵. I den sag blev Domstolen forelagt spørgsmålet om, hvorvidt en national konkurrencemyndighed kunne retsforfølge et kartel, som allerede var blevet underlagt en kommissionsbeslutning. Domstolen accepterede, at der eksisterede en sådan mulighed for de nationale konkurrencemyndigheder, eftersom den nationale konkurrenceret og EU-konkurrenceretten vurderer konkurrencebegrænsende adfærd ud fra forskellige synsvinkler. Således betragter EU-konkurrenceretten dem ud fra de hindringer, de kan hidføre for handelen mellem medlemsstaterne, hvor de nationale lovgivninger går frem inden for rammerne af de overvejelser, hvorpå de hver især bygger og betragter kartellerne i en sådan sammenhæng. Altså afviste Domstolen reelt anvendelsen af *ne bis in idem*-princippet i en sådan sammenhæng¹⁶.

28. På grundlag af Domstolens maksime i dommen i sagen Wilhelm m.fl. har Domstolen vurderet anvendelsen af *ne bis in idem*-princippet, og navnlig eksistensen af *idem*, under en række forskellige omstændigheder på det konkurrenceretlige område.

1. Domstolens tilgang

29. Det er hensigtsmæssigt at begynde med den type situation, som faktuelst minder mest om de omstændigheder, der ligger til grund for den foreliggende sag, dvs. et tilfælde, hvor Kommissionen og en national konkurrencemyndighed har truffet foranstaltninger mod samme lovovertræder på grundlag af den samme konkurrencebegrænsende adfærd (kartelaftale).

30. I Aalborg Portland-dommen¹⁷ opstillede Domstolen det princip, at der kun kan støttes ret på *ne bis in idem*-princippet, hvor de faktiske omstændigheder er identiske, lovovertræderen er den samme person, og det beskyttede retsgode er det samme. Ifølge Domstolen sikrer princippet således, at den samme person ikke kan straffes mere end én gang for samme ulovlige adfærd for at beskytte det samme retsgode¹⁸. Domstolen præciserede yderligere, at en virksomhed ikke kan støtte ret på *ne bis in idem*-princippet, hvor Kommissionen har pålagt en virksomhed en sanktion for en anden adfærd end den, der er tillagt samme virksomhed, og som er genstand for en tidligere beslutning truffet af en national konkurrencemyndighed. Dette gælder også i situationer, hvor de to afgørelser vedrører uløseligt forbundne kontrakter og aftaler.

31. I Toshiba-dommen¹⁹ gentog Domstolen princippet fastlagt i Aalborg Portland-dommen om krav om identiske faktiske omstændigheder, samme lovovertræder og samme beskyttede retsgode. Dette gjorde Domstolen, selv om generaladvokat Kokott opfordrede til at kassere kravet om det samme beskyttede retsgode og i stedet anvende det dobbelte kriterium om identitet mellem faktiske omstændigheder og lovovertræder, som finder anvendelse inden for andre områder af EU-retten²⁰.

32. Domstolen tog ikke i sin dom udtrykkeligt stilling til spørgsmålet om, hvorvidt de retsgoder, der var beskyttet af de nationale konkurrenceregler og EU's konkurrenceregler, var de samme i den pågældende sag. Spørgsmålet kunne endog gribes an fra en anden vinkel: De faktiske omstændigheder, der lå til grund for de to procedurer, var ikke de samme, så *ne bis in idem*-princippet ville under alle omstændigheder ikke finde anvendelse. Domstolens udtalelse var i denne henseende baseret på den omstændighed, at den nationale konkurrencemyndighed havde pålagt virksomheder, der deltog i et

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

16 – Ibidem, præmis 3 og 9. Domstolen formulerede imidlertid også et forbehold. Ifølge Domstolen kræver et almindeligt billighedshensyn, at der ved udmålingen af en eventuel sanktion tages hensyn til enhver forudgående beslutning af lignende art. Jf. præmis 11 i den pågældende dom såvel som dom af 14.12.1972, Boehringer Mannheim mod Kommissionen (7/72, EU:C:1972:125, præmis 3).

17 – 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).

18 – Ibidem, præmis 338-340.

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

20 – Ibidem, præmis 94. Jf. også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 97-134).

kartel, en bøde på grundlag af de konkurrencebegrænsende virkninger, som kartellet havde i den omhandlede medlemsstat forinden tiltrædelsen af Den Europæiske Union. Kommissionen havde på sin side allerede truffet en beslutning, som pålagde de samme kartelmedlemmer en bøde, en beslutning, som ikke var rettet imod at sanktionere virkningerne før tiltrædelsen²¹.

33. Domstolen fandt yderligere, at *idem* manglede i Limburgse Vinyl-dommen²², hvor spørgsmålet var, om *ne bis in idem*-princippet kunne være til hinder for, at Kommissionen traf en anden beslutning vedrørende den samme konkurrencebegrænsende adfærd under omstændigheder, hvor Kommissionens første beslutning var blevet annulleret af Retten. Domstolen fandt, at anvendelse af princippet forudsætter, at der er truffet afgørelse om overtrædelsens rigtighed, eller at lovligheden af den med hensyn hertil foretagne vurdering er blevet kontrolleret. Da det ikke var tilfældet i Limburgse Vinyl-dommen, fandt Domstolen, at princippet ikke er til hinder for, at der atter foretages forfølgning vedrørende samme konkurrencefordrejende adfærd, når en første beslutning er blevet annulleret af formelle grunde, uden at der er blevet truffet afgørelse om realiteten med hensyn til den kritiserede konkurrencebegrænsende adfærd. Domstolen fandt, at dette var tilfældet, fordi afgørelsen om annulation af den første beslutning ikke kunne betragtes som en »frifindelse«. I et sådant tilfælde trådte de sanktioner, der blev pålagt ved den nye beslutning, blot i stedet for dem, der var blevet pålagt ved den beslutning, som var blevet annulleret af formelle grunde²³.

34. Endelig har Domstolen også taget stilling til anvendelsen af *ne bis in idem*-princippet under omstændigheder, hvor den samme konkurrencebegrænsende adfærd er genstand for retsforfølgning eller sanktioner både i og uden for Den Europæiske Union.

35. I Showa Denko-dommen²⁴ afviste Domstolen f.eks. argumentet om, at *ne bis in idem*-princippet kunne påberåbes i en situation, hvor Kommissionen udøver sine beføjelser i henhold til EU-retten, efter at virksomheder er blevet pålagt sanktioner af myndighederne i et tredjeland for deltagelse i et internationalt kartel på grundlag af overtrædelse af konkurrenceregler i tredjelandet, når myndighederne har grebet ind inden for rammerne af deres egen kompetence²⁵.

36. I den sidstnævnte retspraksis vedrørende parallel retsforfølgning eller sanktioner pålagt af Kommissionen og konkurrencemyndigheder i tredjelande har Domstolen fremhævet den omtvistede adfærds internationale karakter samt forskellene mellem de respektive retssystemer, herunder mål og formål med de relevante materielle konkurrencebestemmelser, samt det specifikke retsgode, som er beskyttet af de EU-retlige konkurrenceregler. Domstolen har også særligt understreget, at denne situation, hvor Kommissionen og myndighederne i et tredjeland griber ind inden for deres respektive jurisdiktioner, skal vurderes særskilt fra den situation, hvor den konkurrencebegrænsende adfærd udelukkende er begrænset til det geografiske anvendelsesområde for EU's (og dens medlemsstaters) retssystem²⁶.

37. Domstolens praksis og navnlig påberåbelsen af det tredobbelte kriterium i forbindelse med parallel retsforfølgning eller sanktionering inden for den Europæiske Unionen (eller Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde) rejser nogle (fundamentale) spørgsmål, som jeg kort vil drøfte i det følgende afsnit.

21 – Dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 97-103).

22 – Dom af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582).

23 – Ibidem, præmis 59-62.

24 – Dom af 29.6.2006, Showa Denko mod Kommissionen (C-289/04 P, EU:C:2006:431).

25 – Ibidem, præmis 52-56.

26 – Dom af 29.6.2006, Showa Denko mod Kommissionen (C-289/04 P, EU:C:2006:431, præmis 51 og 53), og af 29.6.2006, SGL Carbon mod Kommissionen (C-308/04 P, EU:C:2006:433, præmis 29 og 31). For så vidt angår en diskussion af, hvorfor *ne bis in idem*-princippet ikke under nogen omstændigheder kan finde anvendelse i tilfælde, hvor dobbelt retsforfølgning finder sted i forskellige jurisdiktioner, medmindre der er en international aftale, som fastsætter, at princippet finder anvendelse, jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen (C-397/03 P, EU:C:2005:363, punkt 94-99).

2. Betragtninger vedrørende det tredobbelte kriterium som anvendes af Domstolen

38. Rationalet bag den retspraksis, som udspringer af Aalborg Portland-dommen, kan spores tilbage til Domstolens førnævnte dom i sagen Wilhelm m.fl. Det bør imidlertid ikke glemmes, at den sag blev afgjort i begyndelsen af den europæiske integration. På det tidspunkt var det afgjort berettiget at gå ud fra, at national konkurrenceret og (hvad der dengang var) fællesskabsretlig konkurrenceret forfulgte forskellige formål og var udformet for at beskytte forskellige retsgoder. Desuden var hverken chartret eller protokol nr. 7 til EMRK trådt i kraft på daværende tidspunkt²⁷.

39. I forhold til Den Europæiske Union i dag er det imidlertid efter min opfattelse problematisk at lægge vægt på de beskyttede retsgoder ved vurderingen af, hvorvidt der er *idem*, primært af to årsager.

40. For det første nærmer national ret og EU-ret sig i tiltagende grad hinanden: Domstolens udtalelse i dommen i sagen Wilhelm m.fl., ifølge hvilken national konkurrenceret og EU-konkurrenceret betragter konkurrencebegrænsende adfærd ud fra to forskellige synsvinkler, er derfor ikke længere helt korrekt. I et vist omfang kan der stilles spørgsmålstejn ved den praktiske relevans af kriteriet i forbindelse med parallel retsforfølgning eller sanktionering foretaget af Kommissionen og nationale konkurrencemyndigheder.

41. Imidlertid kan der være tilfælde, hvor der ikke er et fuldstændigt overlap: Dette erkendes i forordning nr. 1/2003, den afledte retsakt, som har til formål at koordinere anvendelsen af EU-konkurrenceretten og at sikre, at nationale konkurrencemyndigheder, hvor det er hensigtsmæssigt, anvender artikel 101 TEUF og 102 TEUF i undersøgelser, hvor handelen mellem medlemsstaterne er påvirket. Det er således anført i niende betragtning til forordningen, at i det omfang national lovgivning hovedsagelig forfølger et andet mål end beskyttelsen af konkurrencen på markedet (formålet med artikel 101 TEUF og 102 TEUF), kan medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole anvende sådan lovgivning på deres område. Ikke desto mindre vil jeg argumentere for, at dette i dag vil forekomme forholdsvist sjældent.

42. For det andet, og mere fundamentalt, kan der fornemmes et vist modsætningsforhold mellem det tredobbelte kriterium, der anvendes inden for konkurrencerettens område, og chartrets artikel 50. Med andre ord: Er det tredobbelte kriterium foreneligt med chartrets artikel 50?

43. Dette er efter min opfattelse et legitimt spørgsmål.

44. Det forekommer mig, at Domstolen ikke er uvidende om dette modsætningsforhold. Selv om Domstolen henviste til det tredobbelte kriterium i Toshiba-dommen, undlod Domstolen ikke desto mindre at anvende *ne bis in idem*-princippet i den pågældende sag på et andet grundlag ved at henvise til, at de faktiske omstændigheder, som lå til grund for de to omhandlede på hinanden følgende beslutninger (truffet af Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder), ikke var de samme. Denne forskel har formentlig gjort det muligt for Domstolen ikke udtrykkeligt at tage stilling til det tredobbelte kriterium, hvis skæbne helt sikkert vil være genstand for fremtidige retssager.

45. Jeg har vanskeligt ved at finde gode grunde til, at det tredobbelte kriterium fortsat skal finde anvendelse inden for konkurrencerettens område.

27 – Vanskelighederne ved at anvende *ne bis in idem*-princippet inden for konkurrencerettens område på daværende tidspunkt er beskrevet detaljeret i generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse Boehringer Mannheim mod Kommissionen (7/72, EU:C:1972:107, s. 1293 ff.).

46. Jeg er tilbøjelig til at være enig med generaladvokat Kokott i, at *ne bis in idem*-princippet, som er fastsat i chartrets artikel 50, skal fortolkes ensartet inden for alle områder af EU-retten under iagttagelse af kravene fastlagt i Menneskerettighedsdomstolens praksis²⁸. De forhold, at konkurrenceretten ikke hører til »kernen« af strafferetten, eller at sanktionerne i konkurrenceretten skal have en tilstrækkeligt afskrækkende virkning for at sikre en effektiv beskyttelse af konkurrencen, udgør efter min opfattelse ikke tilstrækkelig begrundelse for at begrænse chartrets beskyttelse inden for konkurrencerettens område.

47. Risikoen for, at flere konkurrencemyndigheder indleder procedurer mod den samme virksomhed for den samme adfærd (fordi de faktiske eller potentielle virkninger af adfærden fordeler sig i hele Den Europæiske Union), forekommer at være indbygget i et decentraliseret system for håndhævelse af konkurrenceretten som det, der blev indført med forordning nr. 1/2003. Dette er tilfældet på trods af, at forordningen indeholder nogle bestemmelser, som søger at undgå parallel retsforfølgning²⁹. På grund af den måde, hvorpå systemet for håndhævelse er indrettet i forordning nr. 1/2003, bør anvendelsen af *ne bis in idem*-princippet efter min opfattelse ikke underlægges alt for omstændelige kriterier.

48. Effektiv beskyttelse af konkurrencen i Den Europæiske Union, som tager behørigt hensyn til rettighederne for de virksomheder, der opererer på det indre marked, kan endog også opnås uden at henholde sig til kravet om det samme beskyttede retsode. Faktisk ville *ne bis in idem*-princippet på grundlag af det dobbelte kriterium, som er baseret på, at de faktiske omstændigheder og lovovertræderen skal være identiske, ganske enkelt forhindre mere end én konkurrencemyndighed i at pålægge sanktioner for (opnåede eller tilsigtede) konkurrencebegrænsende virkninger, som udspringer af en bestemt handlemåde, når disse sanktioner vedrører det samme geografiske område og den samme tidsperiode inden for Den Europæiske Union. Derimod ville det ikke forhindre muligheden for, at mere end én konkurrencemyndighed kan retsforfølge eller straffe konkurrencebegrænsninger udløst af den samme handling i forskellige geografiske områder eller i forskellige tidsperioder³⁰.

49. Eftersom virkningerne af den omtvistede adfærd, som har tilknytning til et bestemt geografisk område og en bestemt tidsperiode, udgør en nødvendig bestanddel af sagens faktiske omstændigheder inden for konkurrenceretten, kan det dobbelte kriterium om *idem* sikre effektiv retsforfølgning af konkurrencebegrænsende adfærd inden for Den Europæiske Union. Det yder også mere retssikkerhed for virksomheder. Mere væsentligt er det stadig i overensstemmelse med kravene i chartrets artikel 50 som fortolket i lyset af Menneskerettighedsdomstolens praksis.

50. Desværre er den foreliggende sag imidlertid ikke egnet til at afklare dette spørgsmål.

C. Den foreliggende sag: Mangel på både *bis* og *idem*

51. Som allerede antydnet ovenfor afspejler de forelagte spørgsmål den forelæggende rets tvivl om foreneligheden af chartrets artikel 50 med det tredobbelte kriterium vedrørende identifikationen af *idem*, som er gennemgået i det foregående afsnit.

28 – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 120-122).

29 – Jf. i særdeleshed forordningens artikel 13 vedrørende midlertidig eller endelig indstilling af proceduren.

30 – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 131). Imidlertid bør man under sådanne omstændigheder iagttage det generelle krav, som blev fastlagt i dommen i sagen Wilhelm m.fl. I henhold til dette bør der ved udmålingen af en eventuel sanktion tages hensyn til enhver forudgående beslutning af lignende art. Jf. dom af 13.2.1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, præmis 11).

52. Det kan ikke understreges nok, at hvis *ne bis in idem*-princippet skal finde anvendelse, skal elementet *bis* også være til stede. Dette fremgår klart af både ordlyden af selve princippet og af chartrets artikel 50. Det fremgår også klart af Menneskerettighedsdomstolens praksis³¹. Så vidt jeg er bekendt, har Domstolen forståeligt nok kun taget stilling til et spørgsmål om mulig overtrædelse af princippet i situationer, som omhandler flere på hinanden følgende procedurer³².

53. I den verserende sag for den forelæggende ret mangler *bis*-elementet. Det fremgår endog af forelæggelsesansøgningen, at konkurrencemyndigheden har truffet en enkelt afgørelse, som pålægger en enkelt bøde (der udgøres af to dele) på grundlag af en kumulativ anvendelse af national konkurrenceret og EU-konkurrenceret.

54. *Ne bis in idem*-princippet finder ikke anvendelse under sådanne omstændigheder.

55. På grundlag af de oplysninger, der foreligger for Domstolen, synes det spørgsmål, som skal besvares i hovedsagen, nærmere at være, hvorvidt den metode, der er anvendt til at beregne den bøde, som konkurrencemyndigheden fastsatte, er forholdsmæssig³³.

56. Selv om sanktionens forholdsmæssighed i sidste ende skal afgøres af den forelæggende ret, bør forordning nr. 1/2003 nævnes her. Ved vedtagelsen af forordning nr. 1/2003 ønskede EU-lovgiver at sikre, at de nationale myndigheder anvender artikel 101 TEUF og 102 TEUF (enten i stedet for eller parallelt med national ret). Som det fremgår af artikel 3, har forordningen også til formål at sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke træffer beslutninger, som vil hæmme effektiviteten af de EU-retlige konkurrenceregler. Med andre ord opfordrer forordningen rent faktisk til, at de nationale konkurrencemyndigheder anvender national konkurrenceret og EU-konkurrenceret samtidigt (hvor det er hensigtsmæssigt). For så vidt angår forholdsmæssig bødefastsættelse indeholder forordningen imidlertid ikke regler om, hvordan de nationale konkurrencemyndigheder skal beregne bøden under konkrete omstændigheder. Artikel 23 fastsætter ganske enkelt en bestemt øvre grænse for bøder pålagt af Kommissionen: Denne grænse fastsættes til 10% af den pågældende virksomheds samlede omsætning i det foregående regnskabsår.

57. I den foreliggende sag kan jeg ikke konstatere nogen elementer, som kunne antyde, at proportionalitetsprincippet skulle være tilsidesat.

58. Rent faktisk synes den metode, som konkurrencemyndigheden har anvendt til at beregne bøden, at udgøre et skoleeksempel på, hvordan en national konkurrencemyndighed kan anvende national konkurrenceret og EU-konkurrenceret parallelt i en konkret sag. Bøden udgøres af to dele, som hver især sanktionerer virkningerne af den påtalte adfærd i forhold til to forskellige tidsperioder: Den første del er fastsat på grundlag af overtrædelsen af national konkurrenceret inden Polens tiltrædelse af Den Europæiske Union den 1. maj 2004 og den anden del på grundlag af overtrædelsen af de EU-retlige konkurrenceregler (og national konkurrenceret) efter den dato. Netop med hensyn til denne anden periode har konkurrencemyndigheden taget hensyn til den omstændighed, at den påtalte adfærd

31 – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 7.12.2006, Hauser-Sporn mod Østrig (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 42 og den deri nævnte retspraksis). Se også https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf (tilgået den 19.10.2018), punkt 30 ff.

32 – Det fortolkningsspørgsmål, der opstår med hensyn til *bis*-elementet, har generelt rettet fokus mod fortolkningen af begrebet »en endelig afgørelse«. Jf. f.eks. dom af 28.9.2006, Gasparini m.fl. (C-467/04, EU:C:2006:610, præmis 31 og 32), af 28.9.2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, præmis 51 og 58), og af 22.12.2008, Turansky (C-491/07, EU:C:2008:768, præmis 35 og 36). For nylig har Retten udtrykkeligt afvist et anbringende om, at det er muligt at påberåbe sig *ne bis in idem*-princippet, hvor flere bøder er blevet pålagt i én og samme afgørelse. Jf. dom af 26.10.2017, Marine Harvest mod Kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753, præmis 307-344). Der verserer i øjeblikket en appelsag vedrørende denne dom for Domstolen.

33 – Se i denne henseende dom af 18.12.2008, Coop de France Bétail et Viande m.fl. mod Kommissionen (C-101/07 P og C-110/07 P, EU:C:2008:741, præmis 130). Det kan udledes af Domstolens argumentation, at spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed er blevet pålagt en sanktion to gange for den samme overtrædelse, skal vurderes i lyset af proportionalitetsprincippet.

kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (i tillæg til virkningerne af adfærden inden for Polens grænser). Dette »overlap« er et spørgsmål, som vedrører den metode, der anvendes ved beregningen af en bøde for overtrædelse af konkurrenceretten. Det er ikke i strid med *ne bis in idem*-princippet.

59. I lyset af det foregående foreslår jeg, at de forelagte spørgsmål skal besvares således, at *ne bis in idem*-princippet ikke finder anvendelse under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede.

IV. Forslag til afgørelse

60. I lyset af det foregående foreslår jeg, at Domstolen besvarer spørgsmålene fra Sąd Najwyższy (øverste domstol, Polen) som følger:

»*Ne bis in idem*-princippet finder ikke anvendelse under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede.«