



# Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. NILS WAHL  
présentées le 29 novembre 2018<sup>1</sup>

**Affaire C-617/17**

**Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie  
contre  
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

[demande de décision préjudicielle formée par le Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne)]

« Renvoi préjudiciel — Principe ne bis in idem — Portée — Concurrence — Abus de position dominante — Décision prise par une autorité nationale de concurrence — Amende infligée sur le fondement du droit national de la concurrence et du droit de la concurrence de l'Union européenne »

1. Le principe ne bis in idem doit-il être appliqué lorsqu'une autorité nationale de concurrence a infligé, dans une seule et même décision, une amende à une entreprise pour comportement anticoncurrentiel sur le fondement de l'application concurrente de règles de concurrence nationales et de l'Union européenne ? Telle est en substance la question dont la Cour est saisie en l'espèce.

## **I. Cadre juridique**

### **A. Le droit de l'Union**

2. Le règlement (CE) n° 1/2003<sup>2</sup> contient les règles de mise en œuvre des actuels articles 101 et 102 TFUE. Il contient notamment les règles sur l'application parallèle des règles nationales de concurrence et des règles de concurrence de l'Union.

3. Le considérant 8 du règlement n° 1/2003 explique que, afin de garantir la mise en œuvre effective des règles de concurrence de l'Union, il est nécessaire de faire obligation aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE, lorsqu'elles appliquent des règles nationales de concurrence, aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

4. Le considérant 9 du règlement n° 1/2003 précise que les articles 101 et 102 TFUE visent à préserver la concurrence sur le marché. Ce règlement n'interdit pas aux États membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres

<sup>1</sup> Langue originale : l'anglais.

<sup>2</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

dispositions du droit de l'Union. Si les dispositions législatives nationales visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres peuvent appliquer lesdites dispositions sur leur territoire.

5. L'article 3 dudit règlement concerne la relation entre les articles 101 et 102 TFUE et les règles nationales de concurrence. Aux termes de cet article :

« 1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de [101 TFUE] susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article [101 TFUE] à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article [102 TFUE], elles appliquent également l'article [102 TFUE].

2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article [101, paragraphe 1, TFUE], ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article [101, paragraphe 3, TFUE] ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article [101, paragraphe 3, TFUE]. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

[...] »

6. L'article 5 du règlement n° 1/2003 porte sur la compétence des autorités de concurrence des États membres. Il dispose :

« Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles [101 et 102 TFUE] dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes :

- ordonner la cessation d'une infraction,
- ordonner des mesures provisoires,

[...] »

### ***B. Le droit polonais***

7. L'article 8 de la loi du 15 décembre 2000 sur la protection de la concurrence et des consommateurs<sup>3</sup> (ci-après la « loi sur la protection de la concurrence ») prévoit :

« 1. L'abus d'une position dominante sur un marché pertinent par une ou plusieurs entreprises est interdit.

2. L'abus de position dominante consiste notamment à :

[...]

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. de 2000, n° 122, position 1319).

5) entraver la formation des conditions nécessaires en vue de la création ou du développement de la concurrence. »

8. En vertu de l'article 101 de la loi sur la protection de la concurrence :

« 1. Le président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs peut imposer à l'entreprise concernée, par voie de décision, une amende ne dépassant pas 10 % des recettes de l'exercice précédant l'année d'imposition de l'amende, si ladite entreprise a, même involontairement :

1) porté atteinte à l'interdiction visée à l'article 5, sans tomber dans le champ d'application d'une exception prévue au titre des articles 6 et 7, ou porté atteinte à l'interdiction visée à l'article 8 ;

2) porté atteinte à l'article [101] ou à l'article [102 TFUE] ;

[...] »

## II. Les faits à l'origine du litige, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

9. La présente affaire concerne un litige entre le Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (président de l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs, l'autorité nationale de concurrence, ci-après l'« ANC ») et Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., une compagnie d'assurances polonaise (ci-après l'« entreprise concernée »), à propos d'une amende que l'ANC a infligée à l'entreprise concernée pour comportement anticoncurrentiel.

10. Dans sa décision du 25 octobre 2007, l'ANC a considéré que l'entreprise concernée avait abusé de sa position dominante sur le marché des assurances-vie de groupe pour travailleurs en Pologne en entravant la formation des conditions nécessaires à la concurrence sur ce secteur. Elle a donc estimé que l'entreprise concernée avait contrevenu à l'interdiction visée à l'article 8 de la loi sur la protection de la concurrence. L'ANC a également constaté qu'un tel comportement pouvait avoir une incidence négative sur les possibilités d'entrée, sur le marché polonais, d'assureurs étrangers, ce qui était susceptible d'affecter défavorablement le commerce entre les États membres. En conséquence, l'ANC a conclu que l'entreprise concernée avait violé, parallèlement au droit national de la concurrence, l'actuel article 102 TFUE.

11. À la lumière de ces constatations, l'ANC a infligé à l'entreprise concernée une amende d'un montant de 50 361 080 zlotys polonais (PLN). Cette amende comprend deux montants calculés séparément. L'un a été établi au titre de la violation du droit national de la concurrence et l'autre, principalement, au titre de la violation du droit de la concurrence de l'Union. Plus particulièrement, la décision de l'ANC expliquait ce qui suit :

« 1. Il convient de retenir, en tant que base pour la détermination du montant de l'amende, la période au cours de laquelle [l'entreprise concernée] a eu recours aux pratiques en cause, du 1<sup>er</sup> avril 2001 jusqu'à la date du prononcé de la décision constatant la violation des dispositions de la [loi sur la protection de la concurrence], à savoir 78 mois complets (6 ans et 6 mois).

2. Il peut être question d'une affectation du commerce entre les États membres de l'Union, telle que décrite dans la présente décision, à compter de l'adhésion de la [République de Pologne] à l'Union, soit à compter du 1<sup>er</sup> mai 2004.

3. Le montant de l'amende pour violation de l'article [102 TFUE] (lu conjointement avec l'article 5 du [règlement n° 1/2003]) concerne le recours, par [l'entreprise concernée], aux pratiques concernées au cours de la période s'étendant du 1<sup>er</sup> mai 2004 jusqu'à la date du prononcé de la décision constatant la violation de ces dispositions, à savoir 41 mois complets (3 ans et 5 mois).

4. Pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2001 jusqu'à la date du prononcé de la décision constatant la violation des dispositions susmentionnées, l'amende relative aux pratiques de [l'entreprise concernée] relève des dispositions de l'article 101, paragraphe 1, points 1 et 2, de la [loi sur la protection de la concurrence].

5. Pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2004 jusqu'à la date du prononcé de la décision constatant ladite violation, les pratiques de [l'entreprise concernée] ont eu une incidence tant sur le marché national que sur le commerce entre États membres ; les dispositions de l'article 5 du [règlement n° 1/2003] s'appliquent également (en sus de celles visées au point [4] ci-dessus).

6. Pour la violation des dispositions de droit national [...], eu égard à la durée de cette pratique, [l'entreprise concernée] se voit infliger une amende à hauteur de 33 022 892,77 PLN, ce qui représente 65,55 % du montant total de l'amende visée en introduction.

7. Pour la violation des dispositions de l'article [102 TFUE], lu conjointement avec l'article 5 du règlement n° 1/2003, eu égard à la durée de cette pratique et à son incidence potentielle sur le commerce entre les États membres, [l'entreprise concernée] se voit infliger une amende à hauteur de 17 358 187,23 PLN, ce qui représente 34,45 % du montant total de l'amende visée en introduction. »

12. Après avoir contesté la décision de l'ANC sans succès devant deux juridictions inférieures, l'entreprise concernée a désormais saisi la juridiction de renvoi d'un pourvoi. Devant cette dernière, l'entreprise concernée fait valoir que les deux montants visent le même comportement et qu'elle s'est donc vu infliger deux amendes pour le même comportement, ce qui enfreint selon elle le principe *ne bis in idem*.

13. Nourrissant des doutes quant à l'interprétation qu'il convient de donner à ce principe au regard du droit de l'Union, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Peut-on admettre une interprétation de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui subordonne l'application du principe « *ne bis in idem* » non seulement à l'unité de contrevenant et à l'identité des faits, mais également à l'unité de l'intérêt juridique protégé ?
- 2) L'article 3 du [règlement n° 1/2003], lu conjointement avec l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit-il être interprété en ce sens que le droit de l'Union et le droit national de la concurrence, appliqués parallèlement par une autorité de concurrence d'un État membre, protègent un même intérêt juridique ? »

14. L'entreprise concernée, l'ANC, le gouvernement polonais ainsi que l'Autorité de surveillance de l'AELE et la Commission européenne ont présenté des observations écrites. Conformément à l'article 76, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, il n'y a pas eu d'audience dans la présente procédure.

### III. Analyse

15. Par les questions posées, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si le principe *ne bis in idem* fait obstacle à ce qu'une autorité nationale de concurrence inflige une amende à une entreprise pour comportement anticoncurrentiel, dans une seule et même décision, au titre à la fois du droit national de la concurrence et des règles de concurrence de l'Union.

16. Comme toutes les parties à l'exception de l'entreprise concernée le soutiennent, il convient de répondre à cette question par la négative<sup>4</sup>.

17. Pour expliquer les raisons pour lesquelles tel est nécessairement le cas, je procéderai en trois étapes. En premier lieu, je formulerai quelques remarques générales concernant la raison d'être du principe ne bis in idem. En deuxième lieu, j'aborderai les préceptes fondamentaux de la jurisprudence de la Cour relative à l'application de ce principe dans le cadre du droit de la concurrence. En troisième et dernier lieu, j'apprécierai la pertinence du principe ne bis in idem dans la procédure au principal.

#### *A. La raison d'être du principe ne bis in idem*

18. Le principe ne bis in idem constitue l'un des piliers de tout ordre juridique fondé sur l'État de droit<sup>5</sup>. De manière générale, en tant que corollaire étroit du principe de l'autorité de la chose jugée, sa raison d'être est de garantir la sécurité juridique et l'égalité en assurant que lorsqu'elle a été poursuivie et, le cas échéant, condamnée, la personne concernée a la certitude qu'elle ne sera pas de nouveau poursuivie pour la même infraction. Inversement, si elle a été acquittée, ce principe assure qu'elle a la certitude qu'une autre procédure ne sera pas ouverte afin de la poursuivre de nouveau pour la même infraction<sup>6</sup>.

19. La Cour a clairement établi que le principe ne bis in idem s'applique aussi en matière de concurrence, un domaine du droit qui, selon la perspective choisie, se situe dans la zone grise entre le droit pénal et le droit administratif<sup>7</sup>. Selon la Cour, le principe ne bis in idem doit être respecté dans les procédures dans lesquelles des amendes sont infligées pour violation du droit de la concurrence : une entreprise ne saurait donc être condamnée ni poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours<sup>8</sup>.

20. Cependant, comme dans les autres domaines du droit, le principe ne bis in idem peut seulement s'appliquer en matière de concurrence pour autant que deux conditions soient remplies : d'une part, il doit y avoir une répétition de la procédure et, d'autre part, la seconde procédure doit concerner le même comportement anticoncurrentiel.

21. Ces conditions, à savoir l'existence d'une seconde procédure (« bis ») pour la même infraction (« idem ») découle directement du libellé de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), une disposition prévoyant le droit de ne pas être poursuivi ou puni pénalement deux fois en raison d'une même infraction pénale. Aux termes de cette disposition, « [n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union [européenne] par un jugement pénal définitif conformément à la loi ». Faisant écho à l'article 4 du protocole n° 7 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), l'article 50 de la Charte vise donc spécifiquement la répétition d'une procédure ayant abouti à une décision définitive concernant le même élément matériel.

4 Certaines parties qui ont présenté des observations ont laissé entendre que la Cour devrait refuser de répondre aux questions posées parce que, selon elles, ces questions sont dénuées de pertinence pour la solution du litige pendant devant la juridiction de renvoi. J'en disconviens. Le fait que le principe ne bis in idem est susceptible de ne pas être applicable dans l'affaire dont la juridiction de renvoi est saisie ne rend pas les questions hypothétiques ou dénuées de pertinence. Au contraire, il ressort clairement de la décision de renvoi que la réponse donnée par la Cour concernant l'interprétation du principe ne bis in idem aidera la juridiction de renvoi à statuer dans l'affaire dont elle est saisie.

5 La Cour a appliqué ce principe pour la première fois dans l'arrêt du 5 mai 1966, Gutmann/Commission (18/65 et 35/65, EU:C:1966:24, p. 172).

6 Voir conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Gözütok et Brügger (C-187/01, EU:C:2002:516, point 49).

7 Sur l'application de ce principe dans d'autres domaines que le droit « purement » pénal, voir Tomkins, J., « Article 50 », in Peers, S., e.a. (éd.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 1373 à 1412, 1388 à 1390.

8 Arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, point 94 et jurisprudence citée).

22. À cet égard, il convient de souligner que le principe ne bis in idem ne constitue *pas* un critère à l'aune duquel la proportionnalité d'une sanction (pénale) doit être appréciée dans une procédure donnée. Sa raison d'être réside ailleurs : il assure que l'auteur d'une infraction ne sera pas successivement poursuivi ou puni plus d'une fois pour le même comportement et que, en conséquence, la personne concernée pourra être certaine qu'elle « a expié sa faute, et n'a plus à craindre une nouvelle sanction » en raison de ce comportement précis<sup>9</sup>. En d'autres termes, ce principe ne s'applique pas pour déterminer s'il est approprié qu'un acte constitue plusieurs infractions<sup>10</sup>, ou si le cumul de sanctions est proportionné dans une procédure.

23. Dans la section qui suit, j'exposerai les préceptes fondamentaux de la jurisprudence de la Cour qui sont au cœur des questions déferées en l'espèce.

### **B. L'élément « idem » en droit de la concurrence**

24. Dans sa jurisprudence, la Cour a défini des critères spécifiques qui délimitent incontestablement la portée du principe ne bis in idem dans le domaine du droit de la concurrence. Ces critères se rapportent à l'interprétation de la composante dite « idem » de ce principe, c'est-à-dire au critère permettant d'établir si la seconde procédure concerne la « même infraction »<sup>11</sup>.

25. En vertu du droit de l'Union, l'identité d'une infraction doit en général être appréciée à l'aune d'un double critère : les faits et l'auteur de l'infraction doivent être identiques. La qualification juridique ou l'intérêt protégé, ne sont en revanche pas déterminants aux fins de l'application du principe ne bis in idem. La Cour a suivi cette approche, qui concorde étroitement avec la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH »)<sup>12</sup>, dans des affaires relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale<sup>13</sup>.

26. Toutefois, tel n'est pas le cas en droit de la concurrence. Contrairement à l'approche décrite au point précédent, la Cour a itérativement considéré que dans le cadre du droit de la concurrence et s'agissant, plus particulièrement, de poursuites ou de peines imposées par la Commission et les autorités nationales de concurrence, l'intérêt juridique protégé compte également. En d'autres termes, le principe ne bis in idem peut seulement être appliqué si trois critères cumulatifs sont réunis pour ce qui concerne la composante « idem », à savoir l'identité des faits, l'unité de contrevenant et l'unité de l'intérêt juridique protégé dans les procédures comparées<sup>14</sup>.

27. L'origine de ce principe peut être retracée jusqu'à l'arrêt *Wilhelm e.a.*<sup>15</sup>. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur le point de savoir si une autorité nationale de concurrence pouvait poursuivre une entente qui avait déjà fait l'objet d'une décision de la Commission. La Cour a reconnu que l'autorité nationale de concurrence avait effectivement cette possibilité étant donné que le droit national de la concurrence et le droit de la concurrence de l'Union considèrent les comportements anticoncurrentiels sous des aspects différents. En effet, tandis que le droit de la concurrence de

9 Voir conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Gözütok et Brügger* (C-187/01, EU:C:2002:516, point 49).

10 Voir, notamment, Cour EDH, 29 mai 2001, *Fischer c. Autriche*, CE:ECHR:2001:0529JUD003795097, § 25.

11 Voir, notamment, Cour EDH, 10 février 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russie* [GC], CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, § 81 à 84, et 17 février 2015, *Boman c. Finlande*, CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33.

12 Voir, notamment, Cour EDH, 10 février 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russie* [GC], CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, § 81 à 84, et 17 février 2015, *Boman c. Finlande*, CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33.

13 Voir, notamment, arrêts du 9 mars 2006, *Van Esbroeck* (C-436/04, EU:C:2006:165, point 32) ; du 28 septembre 2006, *Gasparini e.a.* (C-467/04, EU:C:2006:610, point 54) ; du 28 septembre 2006, *Van Straaten* (C-150/05, EU:C:2006:614, points 41, 47 et 48) ; du 18 juillet 2007, *Kraaijenbrink* (C-367/05, EU:C:2007:444, points 26 et 28), et du 16 novembre 2010, *Mantello* (C-261/09, EU:C:2010:683, point 39).

14 Arrêts du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 338), et du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72, point 94).

15 Arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4).

l'Union les vise en raison des entraves qui peuvent en résulter pour le commerce entre les États membres, les législations nationales, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les ententes dans ce seul cadre. Ainsi, la Cour a effectivement rejeté l'applicabilité du principe *ne bis in idem* dans un tel contexte<sup>16</sup>.

28. S'appuyant sur le dispositif de l'arrêt *Wilhelm e.a.*, la Cour a apprécié l'applicabilité du principe *ne bis in idem* et, plus particulièrement, l'existence de l'élément « *idem* » dans une série de circonstances différentes dans le domaine du droit de la concurrence.

### *1. Approche de la Cour*

29. Il convient de commencer par le cas de figure qui s'apparente le plus, sur le plan factuel, aux circonstances sous-jacentes de la présente affaire, à savoir une situation dans laquelle la Commission et une autorité nationale de concurrence ont agi à l'encontre du même contrevenant au titre du même comportement anticoncurrentiel (entente).

30. Dans l'arrêt *Aalborg Portland*<sup>17</sup>, la Cour a énoncé le principe selon lequel le principe *ne bis in idem* peut uniquement être invoqué en cas d'identité des faits, du contrevenant et de l'intérêt juridique protégé. Selon la Cour, ce principe garantit donc qu'une même personne ne sera pas sanctionnée plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique<sup>18</sup>. La Cour a aussi expliqué qu'une entreprise ne saurait invoquer le principe *ne bis in idem* lorsque la Commission a imposé une sanction à une entreprise pour un autre comportement que celui imputé à la même entreprise et faisant l'objet d'une décision antérieure d'une autorité nationale de concurrence. Cela vaut aussi lorsque deux décisions portent sur des contrats et accords intrinsèquement liés.

31. Dans l'arrêt *Toshiba*<sup>19</sup>, la Cour a réitéré le principe énoncé dans l'arrêt *Aalborg Portland* concernant l'exigence de l'identité des faits, du contrevenant et de l'intérêt juridique protégé, alors même que l'avocate générale Kokott l'avait exhortée à supprimer l'exigence d'identité de l'intérêt juridique protégé pour appliquer, à la place, le double critère d'identité des faits et du contrevenant comme dans d'autres domaines du droit de l'Union<sup>20</sup>.

32. Dans son arrêt, la Cour n'a pas expressément traité de la question de savoir si les intérêts juridiques protégés par le droit national de la concurrence et le droit de concurrence de l'Union étaient les mêmes dans le cas d'espèce. En effet, cette question pouvait être examinée sous un autre angle : les faits sous-jacents aux deux procédures n'étaient pas identiques, de sorte que le principe *ne bis in idem* n'était en tout état de cause pas applicable. La constatation de la Cour à cet égard se fondait sur la circonstance que l'autorité nationale de concurrence avait infligé une amende à des entreprises ayant participé à une entente au titre d'effets anticoncurrentiels de cette entente dans l'État membre en question avant son adhésion à l'Union. Pour sa part, la Commission avait auparavant adopté une décision infligeant une amende aux mêmes membres de l'entente, décision qui n'avait pas pour objet de réprimer les effets antérieurs à l'adhésion<sup>21</sup>.

16 Arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4, points 3 et 9). Néanmoins, la Cour a bel et bien exprimé une réserve. Selon la Cour, l'équité exige qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction. Voir point 11 de cet arrêt et arrêt du 14 décembre 1972, *Boehringer Mannheim/Commission* (7/72, EU:C:1972:125, point 3).

17 Arrêt du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6).

18 Arrêt du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, points 338 à 340).

19 Arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72).

20 Arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72, point 94). Voir également conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2011:552, points 97 à 134).

21 Arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72, points 97 à 103).

33. En outre, la Cour a conclu que l'élément « idem » faisait défaut dans l'affaire *Limburgse Vinyl*<sup>22</sup>, qui soulevait la question de savoir si le principe ne bis in idem pouvait faire obstacle à une seconde décision de la Commission visant le même comportement anticoncurrentiel lorsqu'une première décision de la Commission avait été annulée par le Tribunal. La Cour a jugé que l'application de ce principe suppose qu'il a été statué sur la matérialité de l'infraction ou que la légalité de l'appréciation portée sur celle-ci a été contrôlée. Comme ce n'était pas le cas dans l'affaire *Limburgse Vinyl*, la Cour a conclu que ce principe ne s'opposait pas à une nouvelle procédure ayant pour objet le même comportement anticoncurrentiel lorsqu'une première décision a été annulée pour des motifs de forme sans qu'il ait été statué au fond sur le comportement anticoncurrentiel allégué. En effet, selon la Cour, la décision d'annulation de la première décision ne vaut pas « acquittement ». Dans une telle situation, les sanctions imposées par la nouvelle décision se substituent simplement à celles prononcées par la première décision qui avait été déclarée entachée de vices de procédure<sup>23</sup>.

34. Enfin, la Cour a aussi examiné l'applicabilité du principe ne bis in idem dans l'hypothèse où le même comportement anticoncurrentiel fait l'objet de poursuites ou de peines tant au sein de l'Union qu'en dehors de celle-ci.

35. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Showa Denko*<sup>24</sup>, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le principe ne bis in idem peut être invoqué dans l'hypothèse où la Commission exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par le droit de l'Union après que des entreprises ont été sanctionnées par les autorités d'un État tiers en raison de leur participation à une entente au motif d'une violation des règles de concurrence applicables dans cet État, lorsque ces autorités sont intervenues dans le cadre de leurs compétences respectives<sup>25</sup>.

36. Dans le contexte de cette dernière jurisprudence, relative aux poursuites ou sanctions parallèles par la Commission et les autorités de concurrence d'États tiers, la Cour a souligné la nature internationale du comportement incriminé et les différences entre les systèmes juridiques respectifs, y compris les finalités et objectifs des règles de fond pertinentes respectives en matière de concurrence ainsi que l'intérêt juridique spécifique protégé par les règles de concurrence de l'Union. Elle a aussi pris le soin de souligner que cette situation, dans laquelle la Commission et les autorités de l'État tiers interviennent dans le cadre de leurs compétences respectives, doit être distinguée de celle dans laquelle le comportement anticoncurrentiel se cantonne exclusivement au sein du champ d'application territorial de l'ordre juridique de l'Union (et de ses États membres)<sup>26</sup>.

37. La jurisprudence de la Cour, et plus particulièrement le recours au triple critère à l'égard de poursuites ou de sanctions parallèles dans l'Union (ou l'Espace économique européen), soulève des questions (fondamentales) que j'aborderai brièvement dans la section suivante.

22 Arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, EU:C:2002:582).

23 Arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, EU:C:2002:582, points 59 à 62).

24 Arrêt du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* (C-289/04 P, EU:C:2006:431).

25 Arrêt du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* (C-289/04 P, EU:C:2006:431, points 52 à 56).

26 Arrêts du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* (C-289/04 P, EU:C:2006:431, points 51 et 53), et du 29 juin 2006, *SGL Carbon/Commission* (C-308/04 P, EU:C:2006:433, points 29 et 31). Pour des développements sur les raisons pour lesquelles le principe ne bis in idem ne saurait en toute hypothèse s'appliquer lorsque le dédoublement de poursuites a lieu sur des territoires différents à moins qu'un accord international ne prévoie que ce principe doit s'appliquer, voir conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission* (C-397/03 P, EU:C:2005:363, points 94 à 99).

## 2. Observations sur le triple critère appliqué par la Cour

38. La logique qui sous-tend la jurisprudence issue de l'arrêt Aalborg Portland semble remonter à l'arrêt Wilhelm e.a., précité, de la Cour. Il ne faut cependant pas oublier que la Cour a statué dans cette affaire durant les premières décennies de l'intégration européenne. À l'époque, il était sans doute justifié de partir du principe que le droit national de la concurrence et (ce qui était alors) le droit communautaire de la concurrence poursuivaient des objectifs différents et avaient donc été conçus pour sauvegarder des intérêts juridiques distincts. Par ailleurs, ni la Charte ni le protocole n° 7 de la CEDH n'étaient alors en vigueur<sup>27</sup>.

39. Cependant, dans l'Union d'aujourd'hui, accorder de l'importance aux intérêts protégés pour apprécier l'existence de l'élément « idem » est selon moi problématique pour deux raisons principales.

40. D'une part, le droit national et le droit de l'Union sont de plus en plus convergents : l'affirmation de la Cour, dans l'arrêt Wilhelm e.a., selon laquelle le droit national de la concurrence et le droit de la concurrence de l'Union considèrent les comportements anticoncurrentiels sous des aspects différents ne semble donc plus être tout à fait exacte. Dans une certaine mesure, on peut s'interroger sur l'utilité pratique de ce critère dans le contexte de procédures ou de sanctions parallèles par la Commission et les autorités nationales de concurrence.

41. Cela étant, il est possible que le chevauchement ne soit pas parfait dans certains cas, ce que reconnaît le règlement n° 1/2003, l'acte de droit dérivé qui vise à coordonner l'application du droit de la concurrence de l'Union et à assurer, le cas échéant, que les autorités nationales de concurrence appliquent les articles 101 et 102 TFUE dans les enquêtes qui touchent au commerce entre les États membres. Le considérant 9 énonce ainsi que, lorsque les dispositions législatives nationales visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché (l'objectif des articles 101 et 102 TFUE), les autorités de concurrence et les juridictions des États membres peuvent appliquer lesdites dispositions sur leur territoire. Néanmoins, à mon sens, tel est rarement le cas de nos jours.

42. D'autre part, plus fondamentalement, une certaine tension peut être discernée entre le triple critère appliqué dans le domaine du droit de la concurrence et l'article 50 de la Charte. Autrement dit, le triple critère est-il conforme à l'article 50 de la Charte ?

43. Cette question est, d'après moi, légitime.

44. Il me semble que la Cour est consciente de cette tension. Bien qu'elle ait bel et bien mentionné le triple critère dans l'arrêt Toshiba, la Cour a exclu l'application du principe ne bis in idem dans cette affaire pour un autre motif, en signalant que les faits à l'origine des deux décisions successives en cause (adoptées par la Commission et l'autorité nationale de concurrence) n'étaient pas identiques. Cette différence a sans doute permis à la Cour de ne pas aborder expressément le triple critère, dont le sort fera certainement l'objet de litiges futurs.

45. Il m'est difficile de trouver de bonnes raisons justifiant de continuer d'appliquer le triple critère en matière de droit de la concurrence.

<sup>27</sup> La complexité de l'application du principe ne bis in idem dans le domaine du droit de la concurrence à cette époque est exposée en détail dans les conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire Boehringer Mannheim/Commission (7/72, EU:C:1972:107, p. 1296 et suiv.).

46. Je suis enclin à rejoindre l'avocate générale Kokott en ce que le principe ne bis in idem, consacré à l'article 50 de la Charte, devrait être interprété uniformément dans tous les domaines du droit de l'Union, en tenant dûment compte des exigences de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>28</sup>. Le simple fait que le droit de la concurrence ne relève pas du « noyau dur » du droit pénal ou que les sanctions en droit de la concurrence doivent avoir un effet suffisamment dissuasif pour assurer la protection effective de la concurrence ne constituent pas à mon sens des raisons suffisantes pour limiter la protection offerte par la Charte dans le domaine du droit de la concurrence.

47. Le risque que plusieurs autorités de concurrence ouvrent une procédure contre la même entreprise pour le même acte (parce que les effets réels ou potentiels de cet acte se propagent dans l'Union) semble être inhérent à un système de mise en œuvre décentralisé du droit de la concurrence mis en place par le règlement n° 1/2003, et ce bien que celui-ci contienne certaines règles visant à éviter les poursuites parallèles<sup>29</sup>. En raison de la conception du système de mise en œuvre ainsi établi par le règlement n° 1/2003, l'application du principe ne bis in idem ne devrait selon moi pas être soumise à des critères trop contraignants.

48. En effet, la protection effective de la concurrence dans l'Union, qui tient dûment compte des droits des entreprises actives sur le marché intérieur, peut être assurée sans recourir à l'exigence de l'identité des intérêts juridiques protégés. De fait, sur la base du double critère fondé sur l'identité des faits et du contrevenant, le principe ne bis in idem ferait simplement obstacle à ce que plusieurs autorités de concurrence infligent des sanctions en raison des effets anticoncurrentiels (réels ou présumés) d'un comportement donné lorsque ces sanctions se rapportent au même territoire et à la même période dans l'Union. En revanche, il n'exclurait pas la possibilité que plusieurs autorités de concurrence poursuivent ou sanctionnent des restrictions de la concurrence découlant d'un seul et même acte sur différents territoires ou durant différentes périodes<sup>30</sup>.

49. Étant donné qu'en droit de la concurrence, les effets du comportement incriminé, qui se rapportent à un territoire déterminé et à une période donnée, constituent une composante nécessaire des faits, le double critère de l'élément « idem » peut assurer une poursuite effective des comportements anticoncurrentiels au sein de l'Union. Il offre en outre davantage de sécurité juridique aux entreprises, mais il est surtout conforme aux exigences de l'article 50 de la Charte, tel qu'interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH.

50. Néanmoins, la présente affaire ne se prête malheureusement pas à clarifier cette question.

### ***C. La présente affaire : l'absence tant de l'élément « bis » que de l'élément « idem »***

51. Comme évoqué ci-dessus, les questions posées traduisent les doutes de la juridiction de renvoi quant à la conformité du triple critère permettant d'apprécier l'existence de l'élément « idem », abordé dans la section précédente, avec l'article 50 de la Charte.

<sup>28</sup> Voir conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, points 120 à 122).

<sup>29</sup> Voir, notamment, article 13 de ce règlement concernant la suspension ou clôture de la procédure.

<sup>30</sup> Voir conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 131). Cependant, dans ces circonstances, il convient de tenir dûment compte de l'exigence générale énoncée dans l'arrêt Wilhelm e.a. En conséquence, toute décision répressive antérieure doit être prise en compte pour la détermination de la sanction. Voir arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4, point 11).

52. On ne saurait trop insister sur le fait que, pour que le principe *ne bis in idem* s'applique, l'élément « bis » doit lui aussi exister, comme il ressort clairement tant du libellé du principe lui-même que de l'article 50 de la Charte ainsi que de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>31</sup>. De manière compréhensible, à ma connaissance, la Cour n'a apprécié une éventuelle violation de ce principe que dans des situations mettant en jeu des procédures successives<sup>32</sup>.

53. Dans l'affaire pendante devant la juridiction de renvoi, la composante « bis » fait défaut. De fait, il ressort de la décision de renvoi que l'ANC a pris une seule décision infligeant une seule amende (comportant deux parties) sur le fondement d'une application concurrente du droit de la concurrence national et de celui de l'Union.

54. Le principe *ne bis in idem* ne s'applique *pas* dans de telles circonstances.

55. Au vu des informations dont la Cour dispose, il semble que la question à résoudre dans la procédure au principal soit plutôt celle de savoir si la méthode suivant laquelle l'ANC a infligé l'amende est proportionnée ou non<sup>33</sup>.

56. Bien qu'il appartienne, en définitive, à la juridiction de renvoi d'apprécier la proportionnalité de la sanction, le règlement n° 1/2003 mérite ici une mention particulière. En adoptant ce règlement, le législateur de l'Union a voulu s'assurer que les autorités nationales appliquent (au lieu du droit national de la concurrence ou parallèlement à celui-ci) les articles 101 et 102 TFUE. Comme il ressort de l'article 3, ce règlement vise aussi à assurer que les autorités nationales de concurrence n'adoptent pas de décisions susceptibles de compromettre l'efficacité des règles de concurrence de l'Union. En d'autres termes, ce règlement encourage en réalité l'application concurrente (le cas échéant) du droit national de la concurrence et du droit de la concurrence de l'Union par les autorités nationales de concurrence. S'agissant de la proportionnalité des amendes, ce règlement ne contient cependant aucune règle concernant la manière dont les autorités nationales de concurrence devraient calculer une amende dans des circonstances déterminées. L'article 23 du règlement n° 1/2003 impose simplement un plafond rigide aux amendes infligées par la Commission : ce plafond s'élève à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée au cours de l'exercice social précédent.

57. En l'espèce, je ne décele aucun élément laissant supposer une violation du principe de proportionnalité.

58. De fait, la méthode suivie par l'ANC pour établir l'amende semble constituer un exemple classique de la manière dont une autorité nationale de concurrence peut appliquer le droit national de la concurrence et le droit de la concurrence de l'Union parallèlement dans un cas donné. L'amende se compose de deux parties qui sanctionnent les effets du comportement incriminé en rapport avec deux périodes distinctes : la première partie se fonde sur la violation du droit national de la concurrence avant l'adhésion de la République de Pologne à l'Union, le 1<sup>er</sup> mai 2004, et la seconde sur la violation des règles de concurrence de l'Union (et du droit national de la concurrence) après cette date. S'agissant plus particulièrement de cette seconde période, l'ANC a tenu compte du fait que le

31 Voir, notamment, Cour EDH, 7 décembre 2006, Hauser-Sporn c. Autriche, CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 42 et jurisprudence citée. Voir également [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_FRA.pdf) (dernière consultation le 19 octobre 2018), points 30 et suivants.

32 La question d'interprétation soulevée par l'élément « bis » a donc généralement eu trait à l'interprétation qu'il convient de donner à la notion de « décision définitive ». Voir, notamment, arrêt du 28 septembre 2006, Gasparini e.a. (C-467/04, EU:C:2006:610, points 31 et 32) ; du 28 septembre 2006, Van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, points 51 et 58), et du 22 décembre 2008, Turanský (C-491/07, EU:C:2008:768, points 35 et 36). Récemment, le Tribunal a expressément rejeté la thèse selon laquelle le principe *ne bis in idem* est invocable lorsque plusieurs amendes ont été infligées dans une seule et même décision. Voir arrêt du 26 octobre 2017, Marine Harvest/Commission (T-704/14, EU:T:2017:753, points 307 à 344). Un pourvoi contre cet arrêt est pendant devant la Cour.

33 Voir, en ce sens, arrêt du 18 décembre 2008, Coop de France bétail et viande e.a./Commission (C-101/07 P et C-110/07 P, EU:C:2008:741, point 130). On peut déduire du raisonnement de la Cour que le point de savoir si une entreprise a été doublement frappée d'amendes pour la même infraction doit être examiné à la lumière du principe de proportionnalité.

comportement incriminé affectait (potentiellement) le commerce entre les États membres (outre les effets de ce comportement en Pologne). Ce « chevauchement » se rapporte à la méthode suivie pour calculer une amende infligée en raison d'une violation du droit de la concurrence. Il n'est pas interdit par le principe ne bis in idem.

59. Au vu de ce qui précède, il convient de répondre aux questions posées que le principe ne bis in idem n'est pas applicable dans des circonstances telles que celles en cause au principal.

#### **IV. Conclusion**

60. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne) de la manière suivante :

Le principe ne bis in idem n'est pas applicable dans des circonstances telles que celles en cause au principal.