



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MICHALA BOBKA,
predstavljeni 2. septembra 2021¹

Zadeva C-117/20

**bpost SA
proti
Autorité belge de la concurrence**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Cour d'appel de Bruxelles (višje sodišče v Bruslju, Belgija))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Člen 50 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah – Načelo *ne bis in idem* – Globa, ki jo je naložil nacionalni poštni regulativni organ – Globa, ki jo je naložil nacionalni organ, pristojen za konkurenco“

I. Uvod

1. Člen 50 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina) zajema plemenito idejo o enotnem pravnem prostoru. V tem prostoru se za isto kaznivo dejanje nikogar kazensko ne preganja ali kaznuje dvakrat. Varstvo, pred tem zagotovljeno na ravni države članice, se je povzdignilo na raven Evropske unije.

2. Uresničevanje te ideje v pravu EU je bilo iz številnih razlogov nekoliko oteženo. Tri izmed njih velja izpostaviti. Prvič, v sestavljenem pravnem prostoru, kakršen je Evropska unija, je izvajanje te ideje v praksi bolj zapleteno, najsi bo to horizontalno (države članice – države članice) ali vertikalno (države članice – Evropska unija). Preprosto je preveč spremenljivk. Drugič, uvajajo se novi segmenti, plasti in podpodročja ureditve. Ustanavljajo se nova telesa ali organi, odgovorni za njihov nadzor. To včasih povzroči prekrivanje pristojnosti in zmedo glede tega, kdo ima pristojnost za preiskovanje in kaznovanje. Tretjič, obstaja „Englovo množenje“. Precej ekspanzivna merila, ki jih je prvotno uvedlo Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) za razširitev svoje pristojnosti v skladu s členom 6(1) Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP), se zdaj uporabljajo tudi v drugih okvirih. To vključuje presojo, kaj pomeni „kaznivo dejanje“ v smislu člena 50 Listine. Zato mnoga pravila in postopki, ki so v preteklosti konceptualno veljali za upravne, zdaj štejejo za kazenske.

3. S kombinacijo teh treh dejavnikov se je močno razširil nabor postopkov in sankcij, za katere se je začelo uporabljati načelo *ne bis in idem*. Tako je bilo v preteklih letih težko vzpostaviti primerno ravnotežje med varstvom temeljnih pravic in zaščito legitimnih interesov pri kaznovanju

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

nekaterih vrst ravnanj. Sodna praksa tega sodišča, ki se je razvila prek interakcij z ESČP, je precej razdrobljena in deloma nedosledna. Do zdaj bi se težko opisala kot načelo (*ne*) *bis in idem*, temveč bolj kot *quater ali quinquies in idem*, medtem ko še vedno obstaja negotovost tudi glede *bis*.

4. Obravnavani primer je le še ena ponazoritev te negotovosti. Družbi bpost, prvotni ponudnici poštne storitve v Belgiji, sta dva belgijska organa zaporedno naložila globo. Prvič, nacionalni regulator sektorja poštne storitve je ugotovil, da je sistem popustov, ki ga je družba bpost uporabljala leta 2010, diskriminatoren do nekaterih njenih strank. To odločbo je nacionalno sodišče odpravilo na podlagi predloga za sprejetje predhodne odločbe, predloženega temu sodišču.² Zadevne razmere v skladu s zakonodajo, ki se nanaša na poštne sektor, niso pomenile diskriminacije. Drugič, nacionalni organ, pristojen za konkurenco (v nadaljevanju: NOK), je družbo bpost oglobil zaradi zlorabe prevladujočega položaja zaradi uporabe istega sistema rabatov med januarjem 2010 in julijem 2011.

5. Družba bpost izpodbija zakonitost drugega postopka, pri čemer se sklicuje na načelo *ne bis in idem*. Po dveh krogih sodnega nadzora spor v glavni stvari znova poteka pred Cour d'appel de Bruxelles (višje sodišče v Bruslju). To sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba zakonitost postopka pred NOK presoјati glede na opredelitev *idem*, ki se je oblikovala v sodni praksi o konkurenci, potrjeni v sodbi Toshiba,³ ali pa jo je treba preučiti v okviru klavzule o omejitvi pravic in preizkusa, določenega v sodbah Menci, Garlsson in Di Puma – sklopu sodb, izdanih istega dne (v nadaljevanju: sodna praksa Menci).⁴

6. Tako kot predložitveno sodišče tudi sam težko razumem, kako bi se sodbi Toshiba in Menci lahko uskladili in uporabili v enem in istem postopku. Po mojem mnenju obravnavana zadeva skupaj z vzporednimi postopki v zadevi Nordzucker⁵ Sodišču ponuja edinstveno priložnost, da nacionalnim sodiščem zagotovi dosledne smernice o tem, kakšno bi morale biti varstvo po členu 50 Listine, v nasprotju s trenutno razdrobljenim in delno protislovnim mozaikom vzporednih ureditev.

II. Pravni okvir

A. EKČP

7. Člen 4 Protokola št. 7 k EKČP določa:

„1. Pravosodni organi iste države ne smejo nikogar ne kazensko preganjati ne kaznovati za kaznivo dejanje, za katero je bil na podlagi zakona in v skladu s kazenskim postopkom te države s pravno močno sodbo že oproščen ali obsojen.

2. Določbe prejšnjega odstavka ne preprečujejo obnove kazenskega postopka na podlagi zakona in skladno s kazenskim postopkom prizadete države, če obstajajo dokazi o novih ali na novo odkritih dejstvih ali pa če je v prejšnjih postopkih prišlo do bistvene napake, ki bi lahko vplivala na izid sojenja.

² Sodba z dne 11. februarja 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77).

³ Sodba z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72).

⁴ Sodbe z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197); Garlsson Real Estate in drugi (C-537/16, EU:C:2018:193), in Di Puma in Zecca (C-596/16 in C-597/16, EU:C:2018:192).

⁵ Moji sklepi predlogi v zadevi Nordzucker in drugi (C-151/20, v nadaljevanju: Nordzucker), predstavljeni istega dne kot te sklepi predlogi.

3. Določila tega člena se ne smejo derogirati s sklicevanjem na 15. člen Konvencije.“

B. Pravo Unije

8. Člen 50 Listine z naslovom „Pravica, da se za isto kaznivo dejanje kazensko ne preganja ali kaznuje dvakrat“, določa: „Nihče ne sme biti ponovno v kazenskem postopku ali kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil v Uniji v skladu z zakonom s pravnomočno sodbo že oproščen ali obsojen.“

9. Člen 54 Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985 med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah (v nadaljevanju: KISS)⁶ določa:

„Oseba, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, se za ista dejanja ne sme preganjati v drugi pogodbenici, pod pogojem, da je bila izrečena kazen tudi izvršena, da je v postopku izvrševanja ali je po zakonodaji pogodbenice, ki jo je izrekla, ni več mogoče izvršiti.“

10. Člen 102 PDEU določa:

„Kot nezdržljiva z notranjim trgom je prepovedana vsaka zloraba prevladujočega položaja enega ali več podjetij na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, kolikor bi lahko prizadela trgovino med državami članicami.

Takšna zloraba je zlasti:

[...]

(c) uporaba neenakih pogojev za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji, ki slednje postavlja v podrejen konkurenčni položaj;

[...]“

11. Člen 12 Direktive 97/67/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. decembra 1997 o skupnih pravilih za razvoj notranjega trga poštnih storitev v Skupnosti in za izboljšanje kakovosti storitve⁷ določa:

„Države članice sprejmejo ukrepe za zagotovitev, da so tarife za vsako storitev, ki je del izvajanja univerzalne storitve, v skladu z naslednjimi načeli:

[...]

- tarife so pregledne in nediskriminacijske,
- kadar koli izvajalci univerzalnih storitev uporabljajo posebne tarife, na primer za storitve za podjetja, za pošiljatelje masovne pošte ali za združevalce pošte od različnih uporabnikov, morajo spoštovati načelo preglednosti in nediskriminacije tako kar zadeva tarife kot z njimi

⁶ UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 2, str. 9.

⁷ UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 3 str. 71.

povezane pogoje. Tarife se skupaj s povezanimi pogoji enako uporabljajo tako med različnimi tretjimi strankami kot med tretjimi strankami in izvajalci univerzalne storitve, ki opravljajo enakovredne storitve. Takšne tarife so na voljo tudi uporabnikom, zlasti posameznim uporabnikom ter malim in srednje velikim podjetjem, ki pošiljajo pošto pod podobnimi pogoji.“

C. Belgijsko pravo

12. Loi sur la protection de la concurrence économique (zakon o varstvu ekonomske konkurence), ki je bil usklajen 15. septembra 2006, v členu 3 vsebuje podobne določbe kot člen 102 PDEU.

13. Člen 12 Direktive 97/67, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2002/39/ES z dne 10. junija 2002 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 4, str. 316), je bil v belgijski pravni red prenesen s členom 144b loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (zakon z dne 21. marca 1991 o reformi nekaterih javnih gospodarskih podjetij).

III. Dejansko stanje, nacionalni postopek in vprašanja za predhodno odločanje

14. Družba bpost je v Belgiji prvotna ponudnica poštnih storitev. Med storitvami, ki jih zagotavlja, so sprejem, usmerjanje, prenos in dostava poštnih pošiljk njihovim naslovnikom. Storitve ponuja širši javnosti in dvema posebnima skupinama strank, in sicer pošiljateljem masovne pošte (v nadaljevanju: pošiljatelji) in združevalcem.

15. Pošiljatelji so končni potrošniki storitev poštne distribucije. Opredelijo sporočilo, ki ga je treba poslati, in povprašujejo po poštnih pošiljkah. Združevalci pa za pošiljatelje opravijo storitve sortiranja pred poštno distribucijo. V te storitve sta vključeni tudi priprava pošte, preden se ta odda družbi bpost (usmerjanje, tiskanje, vstavljanje v kuverto, opremljanje z nalepkami in naslovi ter odprava), in dostava pošiljk (pobiranje pri pošiljateljih, razvrščanje in zlaganje pošiljk v poštne vreče, prevoz in oddaja na mestih, ki jih določi izvajalec poštnih storitev).

16. V preteklosti je družba bpost uporabljala različne vrste tarif, med njimi tudi posebne tarife, sestavljene iz popustov, odobrenih nekaterim strankam, ki so se uporabljale tako za pošiljatelje kot združevalce, ki so ustvarili določen promet. Najpogostejši pogodbeni popusti so bili količinski rabati, ki so določeni glede na količino v zadevnem obdobju poslanih poštnih pošiljk, in operativni rabati, s katerimi so se povrnili stroški za nekatera opravila sortiranja in so bili protidajatev za stroške, ki niso nastali družbi bpost.

A. Postopek pred nacionalnim poštnim regulativnim organom

17. Družba bpost je Institut belge des services postaux et des télécommunications (belgijski inštitut za poštne in telekomunikacijske storitve, v nadaljevanju: IBPT) obvestila o spremembi sistema popustov za leto 2010 glede pogodbenih tarif za storitve distribucije naslovljenih oglasnih pošiljk in upravnih pošiljk.

18. Ta novi sistem popustov je vseboval količinski rabat, izračunan na podlagi količine oddanih pošiljk, ki se je priznal tako pošiljateljem kot združevalcem. Vendar se rabat za zadnjenavedene ni izračunal na podlagi skupne količine pošiljk od vseh pošiljateljev, za katere so ti opravljali storitve, ampak na podlagi količine pošiljk, ki so jih poslali posamično za vsakega od teh pošiljateljev (v nadaljevanju: količinski rabat po pošiljatelju).

19. IBPT je z odločbo z dne 20. julija 2011 družbi bpost naložil plačilo globe v višini 2,3 milijona EUR zaradi diskriminacije v njenem sistemu določanja tarif, ki temelji na neupravičenem različnem obravnavanju pošiljateljev in združevalcev.

20. Cour d'appel de Bruxelles (višje sodišče v Bruslju, v nadaljevanju: višje sodišče), ki odloča o ničnostni tožbi zoper to odločbo, je pri Sodišču vložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe glede razlage Direktive 97/67.

21. Sodišče je v svoji sodbi v zadevi bpost ugotovilo, da „pošiljatelji in združevalci niso v primerljivem položaju, kar zadeva cilj sistema količinskih rabatov po pošiljatelju, to je spodbujanje povpraševanja na področju poštnih storitev, saj so le pošiljatelji masovne pošte tisti, ki jih ta sistem spodbuja k povečanju količine pošiljk, oddanih družbi bpost, in tako k povečanju prometa te ponudnice poštnih storitev“.⁸ Zato je Sodišče ugotovilo, da različno obravnavanje teh dveh skupin zaradi uporabe sistema količinskih rabatov po pošiljatelju ne pomeni s členom 12 Direktive 97/67 prepovedane diskriminacije.

22. Višje sodišče je s sodbo z dne 10. marca 2016 odločbo IBPT odpravilo.

B. Postopek pred nacionalnim organom, pristojnim za konkurenco

23. Medtem je Conseil de la concurrence (postal Autorité belge de la concurrence, belgijski organ, pristojen za konkurenco) v odločbi z dne 10. decembra 2012 ugotovil, da je različno obravnavanje količinskih rabatov zloraba prevladujočega položaja. S takim obravnavanjem so se velike stranke spodbujale, naj sklenejo pogodbo neposredno z družbo bpost, zato so bili združevalci v slabšem konkurenčnem položaju glede na družbo bpost.

24. V zvezi s tem je belgijski organ, pristojen za konkurenco, ugotovil, da je družba bpost med januarjem 2010 in julijem 2011 kršila člen 3 zakona o varstvu gospodarske konkurence in člen 102 PDEU. Zato je družbi bpost naložil globo v višini 37.399 786 EUR (v nadaljevanju: izpodbijana odločba). Pri izračunu zneska te globe je upošteval globo, ki jo je predhodno naložil IBPT in ki v času te odločbe še ni bila odpravljena.

25. Družba bpost je s pritožbo, ki jo je 9. januarja 2013 vložila pri višjem sodišču, predlagala odpravo izpodbijane odločbe.

26. Višje sodišče je s sodbo z dne 10. novembra 2016 odločilo, da se je družba bpost pravilno sklicevala na načelo *ne bis in idem*. S sodbo z dne 10. marca 2016 o odpravi odločbe IBPT se je dokončno meritorno odločilo glede dejanj, ki so v bistvu enaka kot tista, ki so bila predmet postopka pri belgijskem organu, pristojnem za konkurenco (model določanja pogodbenih tarif družbe bpost po pošiljatelju za leto 2010). Ker je postopek pred belgijskim organom, pristojnim za konkurenco, zato postal nedopusten, je višje sodišče izpodbijano odločbo odpravilo.

⁸ Sodba z dne 11. februarja 2015 (C-340/13, EU:C:2015:77, točka 48).

27. Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Belgija) je s sodbo z dne 22. novembra 2018 razveljavilo sodbo višjega sodišča in zadevo vrnilo v ponovno odločanje istemu sodišču v drugi sestavi. Cour de cassation (kasacijsko sodišče) je presodilo, da člen 50 Listine ne preprečuje kumulacije kazenskih postopkov v smislu te določbe, ki temeljijo na istih dejstvih, čeprav se je eden od njih končal s pravnomočno oprostilno odločbo, kadar imajo na podlagi člena 52(1) Listine ob spoštovanju načela sorazmernosti taki postopki pri uresničevanju cilja v splošnem interesu komplementarne cilje, ki se nanašajo na različne vidike istega kršitvenega ravnanja.

28. Vrnjena zadeva je trenutno v postopku pred višjim sodiščem. V postopku v glavni stvari družba bpost trdi, da je v izpodbijani odločbi načelo *ne bis in idem* kršeno, ker sta oba postopka, ki sta potekala pred IBPT in belgijskim organom, pristojnim za konkurenco, kazenska in se nanašata na ista dejstva. Poleg tega družba bpost trdi, da strogi pogoji, pod katerimi je mogoča kumulacija kazenskih postopkov in sankcij, niso izpolnjeni. Med postopkoma ne obstaja dovolj tesna vsebinska in časovna povezava.

29. Po mnenju belgijskega organa, pristojnega za konkurenco, v izpodbijani odločbi načelo *ne bis in idem* ni kršeno. Sodna praksa Sodišča o načelu *ne bis in idem* v konkurenčnem pravu vključuje preučitev merila „varovani pravni interes“. Poleg tega oba obravnavana postopka poskušata doseči komplementarne cilje, ki se nanašajo na različne vidike istega kršitvenega ravnanja. Varujeta različne pravne interese.

30. Komisija, ki bi v postopku v glavni stvari intervenirala kot *amicus curiae*, navaja, da bi bil ogrožen javni interes Evropske unije, če bi bilo opuščeno merilo pravnega interesa. Meni, da se sodna praksa Menci ne nanaša na konkurenčno pravo. Ta sodna praksa se nanaša na kumulacijo postopkov in sankcij zaradi iste kršitve, ki je predmet dvojne opredelitve in dvojnega kaznovanja v nacionalnem pravu. V nasprotju s tem je družba bpost predmet dveh neodvisnih postopkov za dve ločeni kršitvi, ki temeljita na različnih zakonskih določbah, s katerimi se uresničujejo ločeni, vendar komplementarni cilji v splošnem interesu: kršitev sektorske ureditve (prepovedi diskriminatornih praks in obveznosti preglednosti, ki sta določeni zlasti v členu 144b zakona z dne 21. marca 1991 o reformi nekaterih javnih gospodarskih podjetij) na eni strani in kršitev prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, ki je v nasprotju s členom 102 PDEU in členom 3 zakona z dne 15. septembra 2006 o varstvu gospodarske konkurence, na drugi strani. Po mnenju Komisije je treba načelo *ne bis in idem* preučiti *in casu* z vidika meril, ki jih je Sodišče določilo v zadevah na področju konkurence. Če se varovani pravni interes ne bi upošteval, bi obstajalo tveganje znatnega zmanjšanja področja uporabe konkurenčnega prava, saj se konkurenčno pravo uporablja horizontalno.

31. Predložitveno sodišče meni, da je treba pri uporabi načela *ne bis in idem* v postopku v glavni stvari upoštevati pravni interes, brez katerega obstaja tveganje, da bi uporaba konkurenčnega prava lahko postala neučinkovita. Sicer pa predložitveno sodišče ugotavlja tudi, da obstajata sodna praksa Menci in ustrezna sodna praksa ESČP, ki ju je treba enako upoštevati.

32. V teh okoliščinah je višje sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je treba načelo *[ne] bis in idem*, kot je zagotovljeno s členom 50 Listine, razlagati tako, da pristojnemu upravnemu organu države članice ne preprečuje, da naloži globo zaradi kršitve evropskega konkurenčnega prava v položaju, kot je ta v obravnavani zadevi, ko je bila ista pravna oseba že pravnomočno oproščena upravne globe, ki ji jo je nacionalni poštni regulativni organ naložil zaradi domnevne kršitve poštna zakonodaje za ista ali podobna

dejanja, ker merilo istovetnosti varovanega pravnega interesa ni izpolnjeno, saj se ta zadeva nanaša na različni kršitvi dveh različnih zakonodajnih področij, ki spadata na različni pravni področji?

2. Ali je treba načelo *[ne] bis in idem*, kot je zagotovljeno s členom 50 Listine, razlagati tako, da pristojnemu upravnemu organu države članice ne preprečuje, da naloži globo zaradi kršitve evropskega konkurenčnega prava v položaju, ko je ta v obravnavani zadevi, ko je bila ista pravna oseba že pravnomočno oproščena upravne globe, ki ji jo je nacionalni poštni regulativni organ naložil zaradi domnevne kršitve poštne zakonodaje za ista ali podobna dejanja, ker bi bila omejitev načela *[ne] bis in idem* upravičena s tem, da se z zakonodajo s področja konkurence poskuša doseči komplementaren cilj v splošnem interesu, to je varovanje in ohranitev sistema brez izkrivljanja konkurence na notranjem trgu, ter ne presega tega, kar je primerno in potrebno za doseg cilja, ki se legitimno poskuša doseči s to zakonodajo, in/ali za zaščito pravice in svobode gospodarske pobude teh drugih subjektov na podlagi člena 16 Listine?“

33. Družba bpost, belgijska, češka, grška, italijanska, latvijska in romunska vlada ter Evropska komisija so predložile pisna stališča. Družba bpost, belgijska, grška, latvijska in poljska vlada ter Komisija so na obravnavi 22. marca 2021 podale ustne navedbe. V tej zadevi in zadevi C-151/20, Nordzucker in drugi, je bila izvedena skupna obravnava.

IV. Presoja

34. Predložitveno sodišče glede obeh vprašanj poziva Sodišče, naj v bistvu pojasni, pod katerimi pogoji se uporablja načelo *ne bis in idem*, kot je določeno v členu 50 Listine. Vprašanji se postavljata v okviru dveh postopkov. Prvi, ki je zdaj zaključen, se je nanašal na sektorsko ureditev poštne storitve in globo, ki jo je IBPT naložil družbi bpost zaradi nespoštovanja prepovedi diskriminacije (v nadaljevanju: sektorski postopek) in ki je bila pozneje razveljavljena. Drugi postopek se nanaša na pravo konkurence. V tej zadevi je belgijski organ, pristojen za konkurenco, družbi bpost naložil globo zaradi zlorabe prevladujočega položaja (v nadaljevanju: konkurenčni postopek).

35. Oba postopka sta očitno privedla do naložitve sankcij, ki so kazenske narave. Predložitveno sodišče zato sprašuje, ali bi morala biti presoja elementa *idem* odvisna od pravnega interesa, ki ga ščitita zadevna regulativna okvira, ali bi bilo treba presojo izvesti glede na klavzulo o omejitvah pravic iz člena 52(1) Listine.

36. Drugače povedano, predložitveno sodišče ni prepričano o tem, kateri preizkus *idem* naj uporabi za kombinacijo sektorskega in konkurenčnega postopka. Ali bi moralo uporabiti preizkus za kombinacijo dveh postopkov v zadevah s področja konkurenčnega prava, ki ga je Sodišče določilo v sodbi Wilhelm in drugi⁹ in od takrat večkrat potrdilo, zlasti v sodbi Toshiba¹⁰ in nazadnje v sodbi Slovak Telecom?¹¹ Ali pa naj uporabi preizkus, ki ga je Sodišče pred kratkim določilo za kombinacijo kazenskega in upravnega postopka v sodbi Menci?

⁹ Sodba z dne 13. februarja 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

¹⁰ Sodba z dne 14. februarja 2012 (C-17/10, EU:C:2012:72).

¹¹ Sodba z dne 25. februarja 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139).

37. Vprašanje, ali se uporabi sodna praksa „Toshiba ali Menci“ je v obravnavanem primeru ključno. Vendar v okviru člena 50 Listine to predstavlja le pregovorni vrh ledene gore. Zavedati se je treba, da se spodaj skriva več in da je treba odkriti veliko več, da bi se v celoti dojela dejanska velikost ledene gore in sprejela informirana odločitev o pravi smeri.

38. Zato bom najprej na kratko predstavil razvoj načela *ne bis in idem* na različnih področjih prava Unije, pogosto v izrecni interakciji z ESČP, na podlagi česar se lahko najboljše razume pravi obseg in ustreznost vprašanja „Toshiba ali Menci“ (razdelek A). Ker je bil razvoj načela *ne bis in idem* precej problematičen, kar je povzročilo številne razdrobljene ureditve, bom poleg tega izpostavil nekatera vprašanja, ki jih je povzročila taka razdrobljenost. Pojasnil bom tudi, zakaj razširitev preizkusa, opredeljenega v sodni praksi Menci, na vse zadeve iz člena 50 Listine morda ni najboljša pot naprej (razdelek B). Nazadnje bom predstavil rešitev omenjenih vprašanj, in sicer bom predlagal (čim bolj enoten) pristop k načelu *ne bis in idem* iz člena 50 Listine (razdelek C).

A. Razvoj sodne prakse o načelu *ne bis in idem*

39. Najprej je potrebna terminološka opomba. Obstoječi pristopi k načelu *ne bis in idem* se zaradi lažjega sklicevanja pogosto razvrščajo v dve kategoriji, ki se običajno imenujeta *idem factum* ali *idem crimen*. Ta izraza na kratko ponazarjata izhodišče posebnega pristopa k načelu.

40. Pristop, ki temelji na *idem factum*, predpostavlja, da je pogoj *idem* izpolnjen, če se oba postopka nanašata na ista dejanja, ne da bi se upoštevalo, ali se drugi postopek nanaša na drugo kršitev, ki bi jo lahko predstavljala ista dejanja. Za izpolnitev pogoja *idem* zadostuje istovetnost dejstev.

41. Pri pristopu, ki temelji na *idem crimen*, se presodi, ali se drugi postopek ne nanaša samo na ista dejanja, ampak tudi isto kršitev. Če gre za drugo kršitev, bo drugi postopek načeloma dovoljen. Opredelitve, kaj natančno predstavlja istovetnost kršitve, pa so nekoliko različne. Pogosto je zajeta v konceptih varovanega pravnega interesa, družbenih dobrin, v katere dejanje posega, ali, bolj abstraktno, v naravi družbeno škodljivega dejanja.

42. Na ravni EU se je načelo *ne bis in idem* razvilo v nekaj, kar bi se lahko najboljše opisalo kot zaporedni valovi sodne prakse. Če nekoliko poenostavim, ta razvoj se je začel na področju konkurenčnega prava EU s pristopom na podlagi varovanega pravnega interesa (podrazdelek 1). Sledila je sodna praksa v zvezi s KISS, ki temelji na pristopu *idem factum* (podrazdelek 2). Razvoj v okviru KISS je očitno povzročil spremembo sodne prakse ESČP, pri čemer se je najprej prešlo z *idem crimen* na *idem factum*. Vendar pa se je preizkus naknadno izpopolnil z uvedbo tesne vsebinske in časovne povezave, kar je v določenih okoliščinah omogočilo drugi postopek v isti zadevi (podrazdelek 3). Po tem se je Sodišče seznanilo z razvojem dogodkov pri ESČP. Vendar se je nato odločilo, da bo svojo analizo preusmerilo z obsega varstva iz člena 50 Listine na klavzulo o omejitvi pravic iz člena 52(1) Listine (4).

1. Varovani pravni interes v konkurenčnem pravu EU

43. Izvor sodne prakse glede *ne bis in idem* v konkurenčnih zadevah je sodba Wilhelm in drugi.¹² Zadeva se je nanašala na vzporedne nacionalne in nadnacionalne preiskave protikonkurenčnega ravnanja. Nemški NOK naj domnevno ne bi imel pristojnosti za nadaljevanje preiskave nekaterih

¹² Sodba z dne 13. februarja 1969, Wilhelm in drugi (14/68, EU:C:1969:4).

kršitev zakonodaje, ki jih je sočasno preiskovala Komisija. Pojavila so se vprašanja, ki so se med drugim nanašala na to, ali je bilo mogoče enako dejansko stanje, ki je takrat spadalo na področje uporabe člena 85(1) Pogodbe EGS, nacionalno pravo in zakonodajo Skupnosti o konkurenci, uporabiti v razmerah, ko je Komisija že ukrepala v skladu z Uredbo št. 17,¹³ ali pa je bilo ukrepanje NOK, ki uporablja nacionalno konkurenčno pravo, izključeno zaradi nevarnosti dvojne sankcije in nezdružljive presoje.

44. Sodišče je ugotovilo, da so v skladu s členom 9(3) Uredbe št. 17 nacionalni organi pooblašteni za uporabo takratnega člena 85(1) in člena 86 Pogodbe EGS. Vendar se ta določba ni nanašala na pristojnost NOK pri uporabi nacionalne zakonodaje.¹⁴ Sodišče je dodalo, da „zakonodaja Skupnosti in nacionalna zakonodaja o kartelih obravnava karteke z različnih vidikov“,¹⁵ in pojasnilo, da nacionalni postopki ne morejo vplivati na postopke Skupnosti.

45. Vse od te sodbe se načelo *ne bis in idem* ni obravnavalo kot ovira za vzporedne postopke Komisije in ustreznih NOK. Izrek, v skladu s katerim zakonodaja Skupnosti in nacionalna zakonodaja o konkurenci obravnavata varstvo konkurence z različnih vidikov, se je pozneje dopolnil z ugotovitvijo Sodišča, da zakonodaja EU in nacionalna zakonodaja o konkurenci ščitita različne pravne interese. Posledično se v skladu z danes uveljavljeno sodno prakso zaščita *ne bis in idem* v konkurenčnem pravu sproži le, če obstaja trojna istovetnost, in sicer dejstev, kršitelja in varovanega pravnega interesa.

46. To zadnjenavedeno merilo se je uporabilo v okviru postopka, izpeljanega v Evropski uniji, in sankcij, naloženih v Evropski uniji, pri čemer je Sodišče ugotovilo, da „ista oseba ne more biti ponovno kaznovana za isto nezakonito ravnanje, da bi se zavarovala ista pravna dobrina“. ¹⁶ Sodišče je uporabilo merilo varovanega pravnega interesa tudi takrat, kadar so bila podjetja predmet pregona in kaznovanja v tretji državi,¹⁷ razlog za to pa pojasnjuje s specifično naravo ciljev, materialnopravnih pravil in pravnih posledic sankcioniranja kršitev konkurenčnega prava.¹⁸

47. Precej pomembno je, da je veliki senat potrdil uporabo trojnega pogoja *idem* v zadevi Toshiba,¹⁹ čeprav je generalna pravobranilka J. Kokott Sodišče pozvala, naj ga opusti.²⁰ Generalna pravobranilka je dejansko predlagala, da se presoja *idem* uskladi s pristopom isti storilec – ista dejstva, ki mu je Sodišče sledilo v okviru člena 54 KISS, evropskega naloga za prijetje in ob upoštevanju (takrat šele nedavne) ugotovitve ESČP v sodbi Zolotukhin.²¹ Poudarila je, da ni „objektivnega razloga, da bi za načelo *ne bis in idem* v zadevah konkurenčnega prava veljali drugi

¹³ Svet EGS: Uredba št. 17: Prva Uredba o izvajanju členov 85 in 86 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 3).

¹⁴ Člen 9(3) je določal le, da „[d]okler Komisija ne uvede nobenega postopka po členu 2, 3 ali 6, organi držav članic ostanejo pristojni za uporabo členov 85(1) in 86 [...]“.

¹⁵ Sodba z dne 13. februarja 1969, Wilhelm in drugi (14/68, EU:C:1969:4, točka 3).

¹⁶ Sodbi z dne 7. januarja 2004, Aalborg Portland in drugi/Komisija (C-204/00 P, C-05/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, EU:C:2004:6, točka 338), in z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, točka 97).

¹⁷ Sodbe z dne 29. junija 2006, Showa Denko/Komisija (C-289/04 P, EU:C:2006:431, točke od 52 do 56); SGL Carbon/Komisija (C-308/04 P, EU:C:2006:433, točke od 28 do 32), in z dne 10. maja 2007, SGL Carbon/Komisija (C-328/05 P, EU:C:2007:277, točke od 24 do 30).

¹⁸ Glej na primer sodbo z dne 29. junija 2006, Showa Denko/Komisija (C-289/04 P, EU:C:2006:431, točka 53). Vendar primerjaj s sodbo z dne 14. decembra 1972, Boehringer Mannheim/Komisija (7/72, EU:C:1972:125, zlasti točka 4).

¹⁹ Sodba z dne 14. februarja 2012, Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2012:72, zlasti točka 97 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo Splošnega sodišča z dne 26. oktobra 2017, Marine Harvest/Komisija (T-704/14, EU:T:2017:753, točka 308).

²⁰ Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točke od 114 do 122).

²¹ Sodba ESČP z dne 10. februarja 2009, Sergey Zolotukhin proti Rusiji (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903).

pogoji kot drugod“.²² Pojasnila je tudi, da je treba tak primer protikonkurenčnega ravnanja preučiti ob upoštevanju specifičnega časovnega in teritorialnega okvira, saj se v teh elementih določeno nezakonito ravnanje razlikuje od vsakega drugega.²³

48. Dejstvo, da Sodišče ni sprejelo predloga generalne pravobranilke, s praktičnega vidika ni bilo zelo pomembno za rešitev tega primera. Sodišče in generalna pravobranilka sta se strinjala, da sta zadevni odločbi, namreč tista, ki jo je izdala Komisija, in tista, ki jo je izdal češki NOK, povezani z različnimi ozemlji in obdobji, zato ni bilo pomembno, ali se upošteva merilo pravnega interesa.

49. K preučitvi vprašanja se je naslednjič pozvalo v zadevi Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie.²⁴ Ta zadeva je sprožila vprašanje, ali je bilo načelo *ne bis in idem* pravilno uporabljeno v postopku v zvezi z zlorabo prevladujočega položaja. Ker pa je šlo v zadevi samo za en postopek, je Sodišče menilo, da se načelo *ne bis in idem* ne uporablja. Kljub temu je generalni pravobranilec N. Wahl ta primer izkoristil kot priložnost, da predlaga, naj se merilo varovanega pravnega interesa v bistvu opusti.²⁵

50. Kmalu zatem je Sodišče v zadevi Slovak Telekom,²⁶ ki je vključevala dva postopka, v okviru katerih so bila očitno obravnavana različna dejstva (v obravnavanem primeru so bili proizvodni trgi različni), ponovno potrdilo merilo istovetnost varovanega pravnega interesa.

51. Zaradi navedenega so še posebej pomembne naslednje tri točke. Prvič, do zdaj je že uveljavljena sodna praksa, da se uporaba načela *ne bis in idem* v okviru konkurenčnega prava EU opira na tri merila, in sicer istovetnost dejstev, istovetnost kršitelja in istovetnost varovanega pravnega interesa. Drugič, merilo pravnega interesa je uveljavljeno le abstraktno, kar je precej zanimivo. V praksi se nikoli ni uporabljalo. Primeri konkurenčnega prava znotraj Unije, ki jih je Sodišče doslej obravnavalo, so po njegovem mnenju vključevali različna dejanja. Zato Sodišče ni dejansko nikoli podrobneje razložilo, kako je treba presojeti varovani pravni interes.

52. Tretjič, zaenkrat so merilo kritizirali dva generalna pravobranilca in ena generalna pravobranilka. Za generalno pravobranilko J. Kokott²⁷ je tudi generalni pravobranilec N. Wahl podobno menil, da „[n]e vidi utemeljenega razloga, zakaj bi se morala na področju konkurenčnega prava še naprej uporabljati ta tri merila“.²⁸ Končno, generalni pravobranilec E. Tanchev je ugotovil, da „je upoštevnost pogoja, da mora biti varovani pravni interes isti, sporna, ker se, prvič, ta pogoj ne uporablja na drugih področjih prava Unije razen konkurenčnega prava [...], in drugič, je v nasprotju z vedno večjo skladnostjo pravil Unije o konkurenci in nacionalnih pravil o konkurenci ter z decentralizacijo uporabe pravil Unije o konkurenci, ki jo je

²² Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točka 118).

²³ Prav tam, točke od 129 do 134.

²⁴ Sodba z dne 3. aprila 2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

²⁵ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, točka 45).

²⁶ Sodba z dne 25. februarja 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139, točka 43).

²⁷ Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točke od 114 do 122), omenjeni zgoraj v točki 47.

²⁸ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, točka 45), omenjeni zgoraj v točki 49.

prinesla Uredba Sveta (ES) št. 1/2003²⁹.³⁰ Podobni dvomi so se izrazili tudi v pravni teoriji, kar je sprožilo vprašanja o tem, zakaj je Sodišče kljub sprejetju pristopa *idem factum* na drugih področjih prava EU merilo še vedno vsakokrat potrdilo.³¹

2. *Idem factum* na področju svobode, varnosti in pravice

53. Člen 54 KISS je bil prvotno prva določba prava EU, katere besedilo je vključevalo načelo *ne bis in idem*. Člen 54 KISS se od takratnih mednarodnopravnih izrazov *ne bis in idem*, kot sta člen 4 Protokola št. 7 k EKČP³² ali člen 14(7) Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah,³³ razlikuje po svojem izrecnem čezmejnem dometu. Kar se je prej zahtevalo v eni državi ali eni podpisnici, se je začelo uporabljati v širšem pravnem prostoru. Podoben izraz načela *ne bis in idem* se je nato sprejel v instrumentih pravosodnega sodelovanja v kazenskih zadevah, kot je Okvirni sklep 2002/584/PNZ o evropskem nalogu za prijetje,³⁴ kot eden od obveznih razlogov za zavrnitev.³⁵

54. V okviru KISS so vidiki, povezani z varovanim pravnim interesom in pravno kvalifikacijo, veljali za nepomembne. Edino upošteveno merilo je postalo merilo „istovetnosti dejanj v smislu obstoja celote med seboj neločljivo povezanih konkretnih okoliščin“.³⁶

55. Sodba van Esbroeck³⁷ to stališče precej dobro prikazuje. Zadeva se je nanašala na belgijskega državljanca, ki je bil na Norveškem obsojen na zaporno kazen petih let zaradi nedovoljenega uvoza prepovedanih drog na Norveško. Potem ko je prestal del naložene kazni, je bil pogojno odpuščen in v spremstvu priveden v Belgijo. Nekaj mesecev zatem so v Belgiji proti njemu uvedli postopek in ga obsodili na zaporno kazen enega leta zaradi prepovedanega izvoza prepovedanih drog iz Belgije. Pri ugotavljanju dopustnosti drugega postopka sta belgijski sodišči uporabili člen 36(2)(a) Enotne konvencije o mamilih,³⁸ v skladu s katerim se vsako v njem navedeno kaznivo dejanje, med katerimi sta uvoz in izvoz mamil, šteje za samostojno kaznivo dejanje, če so bila ta kazniva dejanja storjena v različnih državah.

²⁹ Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [101] in [102] PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205).

³⁰ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca E. Tancheva v zadevi Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, točka 95, opomba 34).

³¹ Glej na primer Sarmiento, D., „Ne Bis in Idem in the Case-Law of the European Court of Justice“, in Van Bockel, B. (ur.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, str. 130; Nazzini, R., „Parallel Proceedings in EU Competition Law. Ne Bis In Idem as a Limiting Principle“, v Van Bockel, B. (ur.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. od 143 do 145. Glej tudi Luchtman, M., „The ECJ’s Recent Case Law on Ne Bis in Idem: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order“, *Common Market Law Review*, zv. 55, 2018, str. 1724.

³² Z dne 22. novembra 1984, ETS št. 117.

³³ Z dne 16. decembra 1966: „Nikogar se ne sme preganjati ali kaznovati za kaznivo dejanje, za katero je bil na podlagi zakona in v skladu s kazenskim postopkom *posamezne države* s pravnomočno sodbo že oproščen ali obsojen.“ (Moj poudarek).

³⁴ Člen 3(2) Okvirnega sklepa Sveta z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 34).

³⁵ Za več primerov glej člen 11(1)(c) Okvirnega sklepa Sveta 2008/947/PNZ z dne 27. novembra 2008 o uporabi načela vzajemnega priznavanja sodb in pogojnih odločb zaradi zagotavljanja nadzorstva nad spremljevalnimi ukrepi in alternativnimi sankcijami (UL 2008, L 337, str. 102) in člen 9(1)(c) Okvirnega sklepa Sveta 2008/909/PNZ z dne 27. novembra 2008 o uporabi načela vzajemnega priznavanja sodb v kazenskih zadevah, s katerimi so izrečene zaporne kazni ali ukrepi, ki vključujejo odvzem prostosti, za namen njihovega izvrševanja v Evropski uniji (UL 2008, L 327, str. 27).

³⁶ Sodbe z dne 9. marca 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, točka 36); z dne 28. septembra 2006, Gasparini in drugi (C-467/04, EU:C:2006:610, točka 54); z dne 28. septembra 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, točka 48); z dne 18. julija 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, točka 26); z dne 16. novembra 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, točka 39), in z dne 29. aprila 2021, X (Evropski nalog za prijetje – Ne bis in idem) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, točka 71 in navedena sodna praksa), pri čemer se je zadnja zadeva nanašala na prejšnjo kazen, ki jo je naložila tretja država.

³⁷ Sodba z dne 9. marca 2006 (C-436/04, EU:C:2006:165).

³⁸ Enotna konvencija Združenih narodov o mamilih, 1961, UNTS, zv. 520, str. 151 (kot je bila spremenjena s Protokolom iz leta 1972, UNTS, zv. 976, str. 3).

56. Vprašanje, zastavljeno pred Sodiščem, je bilo, ali je bil z drugim postopkom kršen člen 54 KISS. Sodišče je opozorilo, da se člen 54 KISS nanaša le na naravo spornih dejanj in ne na njihovo pravno kvalifikacijo.³⁹ Sodišče je nato to besedilo primerjalo z besedilom člena 4 Protokola št. 7 k EKČP in člena 14(7) Pakta Združenih narodov o državljskih in političnih pravicah, ki omenjata „kaznivo dejanje“. To kaže na upoštevnost merila pravne kvalifikacije dejanj „kot pogoja za uporabo načela *ne bis in idem* [...], ki ga vsebujeta [zadnjenavedeni] mednarodni pogodbi“.⁴⁰

57. Sodišče je ob upoštevanju obstoja medsebojnega zaupanja v nacionalne sisteme kazenskega pravosodja v Evropski uniji, svobode gibanja in neobstoja harmonizacije kazenske zakonodaje ugotovilo, da „morebitne različne pravne kvalifikacije za ista dejanja v dveh različnih državah pogodbenicah niso ovira za uporabo člena 54 KISS“.⁴¹ „Iz istih razlogov ni mogoče sprejeti merila istovetnosti varovanega pravnega interesa, ker je ta med državami pogodbenicami lahko različen.“⁴²

58. Sodišče je potrdilo, da primer izvoza in uvoza istih prepovedanih drog, ki se preganja v različnih državah pogodbenicah, lahko pomeni celoto dejstev, ki so že po naravi med seboj neločljivo povezana, vendar je to presojo prepustilo nacionalnemu sodišču.⁴³

59. Skratka, sodna praksa o členu 54 KISS in enakovrednih določbah Okvirnega sklepa 2002/584 je vedno temeljila na predpostavki, da varovani pravni interes in pravna kvalifikacija zadevnih dejanj nista pomembna za vidike, povezane z uporabo načela *ne bis in idem*.

60. Zavračanje pristopa *idem crimen* je najprej temeljilo na besedni razlagi. Zdi se, da se člen 54 KISS razlikuje od člena 4 Protokola št. 7 k EKČP v tem, da zahteva višjo raven varstva. Poleg besedila se je potreba po pristopu *idem factum* utemeljila tudi s sklicevanjem na logiko, na kateri temelji področje svobode, varnosti in pravice, katerega cilj je premagati morebitne ovire, ki izvirajo iz okolja EU z več jurisdikcijami, kjer kazenska zakonodaja ni harmonizirana in kjer se lahko pravni interesi ter pravna kvalifikacija istega ravnanja razlikujejo.

61. Medtem ko je sklicevanje na pravno kvalifikacijo razmeroma samo po sebi razumljivo, se zdi sklicevanje na (različne) pravne interese toliko manj. Zdi se, da je Sodišče ta pojma uporablja kot sopomenki. Njegovo razlogovanje implicira, da je pravni interes, zavarovan s kaznovanjem določenega kaznivega dejanja, kot ga opredeljuje nacionalna zakonodaja, v vsaki državi članici drugačen. Pojem pravnega interesa se očitno ne razume v smislu družbenega interesa, ki naj bi ga ne glede na zadevno državo članico zavarovalo določeno kaznivo dejanje ali posebna kategorija kaznivih dejanj, na primer interes za zaščito življenja, zdravja, svobode, premoženja ljudi. Kaj je pravzaprav varovani pravni interes, torej še ni raziskano.

³⁹ Sodba z dne 9. marca 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, točka 27).

⁴⁰ Prav tam, točka 28.

⁴¹ Prav tam, točka 31.

⁴² Prav tam, točka 32.

⁴³ Glej tudi sodbe z dne 28. septembra 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, točka 41); z dne 18. julija 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, točka 26), in z dne 16. novembra 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, točka 29).

62. Kakorkoli že, na splošno velja, da je sodna praksa Sodišča o členu 54 KISS vplivala na ESČP.⁴⁴ Pravzaprav je privedla do odločitve ESČP v zadevi Zolotukhin, da uskladi svojo sodno prakso, ki je prej nihala med pristopoma *idem crimen* in *idem factum*, in sprejme pristop, v skladu s katerim se na podlagi obstoja „istih ali v bistvu istih dejstev“⁴⁵ presodi, ali je drugi postopek prepovedan ali ne.

3. ESČP: od *idem crimen* prek *idem factum* do nekam drugam (vendar s tesno vsebinsko in časovno povezavo)

63. Sodna praksa ESŠP o načelu *ne bis in idem* se je razvijala v fazah. V zadevi Zolotukhin je ESČP prvič opravilo splošni pregled, kakšen je bil pristop njegove sodne prakse do pogoja *idem*, in se odločilo, da bo sprejelo usklajeno razlago pojma istega kaznivega dejanja iz člena 4 Protokola št. 7 k EKČP, da bi odpravilo „pravno negotovost“⁴⁶ (točka a). Vendar je nekaj let pozneje v sodbi A in B še enkrat preučilo razvoj sodne prakse.⁴⁷ Odločilo se je za dopolnitev sodne prakse Zolotukhin in v ospredje postavilo preizkus tesne vsebinske in časovne povezanosti (točka b).

a) Od *idem crimen* do *idem factum* v sodbi Zolotukhin

64. Pristop k *idem* v sodni praksi pred sodbo Zolotukhin je pretežno temeljil na *idem crimen*.⁴⁸ Temeljil je na predpostavki, da lahko isto ravnanje pomeni več kaznivih dejanj, ki jih je po zakonu mogoče obravnavati v ločenih postopkih. Dva primera sodne prakse pred zadevo Zolotukhin sta Oliveira⁴⁹ in Franz Fischer.⁵⁰ V zadnjenavedeni zadevi je ESČP istovetnost kaznivega dejanja preučilo tako, da je preizkusilo njegove bistvene elemente.⁵¹

65. Pristop, ki temelji na *idem crimen*, je bil v sodbi Zolotukhin opuščen. Ta zadeva se je nanašala na tožečo stranko, ki je med zaslišanjem verbalno zlorabljala policiste. V upravnem postopku proti njej, ki ga je ESČP izenačilo s kazenskim postopkom, je bila obsojena zaradi „lažjih kršitev“. Nekaj dni pozneje se je začel kazenski postopek, med drugim v zvezi z obtožbo „lažjih kršitev“. Ta obtožba se nanaša na isto ravnanje, za katero je bila tožeča stranka že obsojena. Tožeča stranka je bila oproščena te obtožbe, vendar je bila spoznana za krivo po drugih točkah obtožnice.

⁴⁴ Kot je na primer navedel generalni pravobranilec P. Cruz Villalón v sklepnih predlogih v zadevi Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2012:340, točka 77).

⁴⁵ Sodba ESČP z dne 10. februarja 2009, Sergey Zolotukhin proti Rusiji (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, točka 82).

⁴⁶ Prav tam, točka 78.

⁴⁷ Sodba ESČP z dne 15. novembra 2016, A in B proti Norveški (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011).

⁴⁸ Vendar glej sodbo ESČP z dne 23. oktobra 1995, Gradinger proti Avstriji (CE:ECHR:1995:1023JUD001596390). V tej odločbi je ESČP ugotovilo, da je prišlo do kršitve člena 4 Protokola št. 7 k EKČP, čeprav so bili opis, narava in namen obeh obravnavanih kaznivih dejanj različni, saj je šlo pri obeh odločbah za isto ravnanje.

⁴⁹ Sodba ESČP z dne 30. julija 1998, Oliveira proti Švici (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, točke od 25 do 29). Glej tudi sodbe ESČP z dne 14. septembra 1999, Ponsetti in Chesnel proti Franciji (CE:ECHR:1999:0914DEC003685597, točka 5); z dne 2. julija 2002, Göktan proti Franciji (CE:ECHR:2002:0702JUD003340296, točka 50), in z dne 24. junija 2003, Gauthier proti Franciji (CE:ECHR:2003:0624DEC0006117800, str. 14).

⁵⁰ Sodba ESČP z dne 29. maja 2001, Franz Fischer proti Avstriji (CE:ECHR:2001:0529JUD00379509, točka 29).

⁵¹ Glej na primer tudi sodbe ESŠP z dne 30. maja 2002, W. F. proti Avstriji (CE:ECHR:2002:0530JUD003827597, točka 28); z dne 6. junija 2002, Sailer proti Avstriji (CE:ECHR:2002:0606JUD003823797, točka 28); z dne 2. septembra 2004, Bachmaier proti Avstriji (CE:ECHR:2004:0902DEC00774130); z dne 14. septembra 2004, Rosenquist proti Švedski (CE:ECHR:2004:0914DEC006061900); z dne 7. decembra 2006, Hauser-Sporn proti Avstriji (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, točka 45); z dne 1. februarja 2007, Storbråten proti Norveški (CE:ECHR:2007:0201DEC001227704); z dne 26. julija 2007, Schutte proti Avstriji (CE:ECHR:2007:0726JUD001801503, točka 42); z dne 11. decembra 2007, Haarvig proti Norveški (CE:ECHR:2007:1211DEC001118705), in z dne 4. marca 2008, Garretta proti Franciji (CE:ECHR:2008:0304DEC000252904, točka 86).

66. Preden je EKČP zaključilo, da je drugi postopek pomenil kršitev člena 4 Protokola št. 7 k EKČP, je ugotovilo, da je „[njegov prejšnji] pristop, ki poudarja pravno opredelitev obeh kaznivih dejanj, preveč omejujoč za pravice posameznika“ in „da je treba člen 4 Protokola št. 7 razumeti, kot da prepoveduje, da bi nekoga preganjali ali ga obsodili za njegovo drugo ‚kaznivo dejanje‘, če se to nanaša na ista ali v bistvu ista dejstva“.⁵² ESČP je tako sklenilo, da bi se morala preiskava „osredotočiti na tista dejstva, ki predstavljajo skupek konkretnih dejanskih okoliščin, v katere je vpleten isti obdolženec ter so medsebojno časovno in prostorsko nerazdružljivo povezane, in katerih obstoj je treba dokazati, da se zagotovi obsodba ali uvede kazenski postopek“.⁵³

b) A in B: idem factum v kombinaciji s tesno vsebinsko in časovno povezavo

67. V nadaljnji sodni praksi se je (običajno) uporabljal pristop, sprejet v sodbi Zolotukhin.⁵⁴ Toda ta pristop ni bil splošno sprejet. ESČP se je odločilo, da ga ponovno preuči v zadevi A in B. Čeprav je načeloma ohranilo pristop *idem factum*, je vseeno menilo, da je kumulacija postopkov možna, če so bili ti postopki „kombinirani celovito, tako da sestavljajo skladno celoto“.⁵⁵ V takih okoliščinah ESČP meni, da pravi drugi postopek dejansko ni potekal.

68. Zadeva A in B se je nanašala na davčno globo, naloženo tožečima strankama v upravnem postopku zaradi neprijave dohodka v davčni napovedi. Tožeči stranki sta bili za ista dejanja tudi obsojeni v kazenskem postopku, ki je (do neke mere) potekal vzporedno. ESČP je sklenilo, da razmere ne pomenijo kršitve člena 4 Protokola št. 7 k EKČP z navedbo, da: „čeprav sta dva različna organa v različnih postopkih naložila različne sankcije, je kljub temu med postopkoma obstajala dovolj tesna vsebinska in časovna povezanost, da se štejeta za celovit sistem sankcij po norveški zakonodaji za nepredložitev podatkov o določenih dohodkih v davčni napovedi, zaradi česar je prišlo do pomanjkljive odmere davka.“⁵⁶

69. Drugače povedano, ESČP se je odločilo, da bo v ospredje postavilo preizkus zadostne vsebinske in časovne povezanosti, ki se je že pojavljala (čeprav ne sistematično) v njegovi prejšnji sodni praksi, tudi v sodbah pred sodbo Zolotukhin.⁵⁷

70. ESČP je pojasnilo, da je izpolnitev zahteve glede vsebinske povezave odvisna od naslednjih elementov: (i) komplementarni nameni obeh postopkov, ki obravnavata različne vidike družbeno škodljivega dejanja; (ii) ali je dualnost zadevnih postopkov pravno in praktično predvidljiva posledica; (iii) ali je podana koordinacija obeh postopkov, ki ju je treba voditi tako, da se prepreči podvajanje pri zbiranju in presoji dokazov; in (iv) sorazmernost vseh naloženih kazni.⁵⁸

⁵² Sodba ESČP z dne 10. februarja 2009, Sergey Zolotukhin proti Rusiji (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, točki 81 in 82).

⁵³ Prav tam, točka 84.

⁵⁴ Sodbe ESČP z dne 4. marca 2014, Grande Stevens proti Italiji (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, točki 221 in 227); z dne 27. januarja 2015, Rinas proti Finski (CE:ECHR:2015:0127JUD001703913, točki 45 in 46); z dne 10. februarja 2015, Österlund proti Finski (CE:ECHR:2015:0210JUD005319713, točka 41); z dne 30. aprila 2015, Kapetanios in drugi proti Grčiji (CE:ECHR:2015:0430JUD000345312, točki 64 in 74), in z dne 9. junija 2016, Sismanidis in Sitaridis proti Grčiji (CE:ECHR:2016:0609JUD006660209, točka 44). Glej tudi sodbo ESČP z dne 18. oktobra 2011, Tomasović proti Hrvaški (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, točke od 28 do 32).

⁵⁵ Sodba ESČP z dne 15. novembra 2016, A in B proti Norveški (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, točka 130).

⁵⁶ Prav tam, točka 147. Glej tudi točko 153.

⁵⁷ Glej sodbe ESČP z dne 13. decembra 2005, Nilsson proti Švedski (CE:ECHR: 2005:1213DEC007366101); z dne 20. maja 2014, Glantz proti Finski (CE:ECHR:2014:0520JUD003739411, točka 61); z dne 20. maja 2014, Nykänen proti Finski (CE:ECHR:2014:0520JUD001182811, točki 50 in 51); z dne 27. novembra 2014, Lucky Dev proti Švedski (CE:ECHR:2014:1127JUD000735610, točka 62), in z dne 17. februarja 2015, Boman proti Finski (CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, točki 42 in 43). Glej tudi sodbo ESČP z dne 30. maja 2000, R. T. proti Švici (CE:ECHR:2000:0530DEC003198296).

⁵⁸ Sodba ESČP z dne 15. novembra 2016, A in B proti Norveški (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, točka 132).

71. Časovna povezava je bila v veliki meri neopredeljena, razen splošnih smernic, da „čim šibkejša je časovna povezava, tem večje je breme države, da pojasni in upraviči vsako takšno zamudo“.⁵⁹

72. Da bi pojasnilo spremembo pristopa, je ESČP navedlo, da sodba Zolotukhin ne more zagotoviti „smernic za primere, ko postopki v resnici niso podvojeni, temveč so kombinirani celovito, da bi tvorili skladno celoto“,⁶⁰ kar je po mnenju ESČP veljalo za obravnavani primer. ESČP je tudi ugotovilo, da „med nacionalnimi sistemi držav pogodbenic ni soglasja in da države niso enako pripravljene sprejeti [Protokola št. 7 k EKČP] kot zavezujočega“.⁶¹

73. ESČP meni, da preizkus, ali je vsebinska in časovna povezava dovolj tesna, omogoča „vzpostavitev pravičnega ravnotežja med ustrezno zaščito interesov posameznika, ki je zavarovan z načelom *ne bis in idem*, na eni strani, in upoštevanjem posebnega interesa skupnosti, da lahko uporabi uravnotežen regulativni pristop na zadevnem področju, na drugi strani“.⁶²

74. V zadevi A in B naj bi bil novi preizkus prestan z obeh vidikov. Kasnejša sodna praksa je zagotovila nekaj dodatnih pojasnil. Vendar bi bilo pretirano trditi, da je zdaj jasno, kaj bo predstavljalo dovolj tesno povezavo, zlasti glede časovnega vidika.⁶³

4. Dvotirni režimi izvrševanja pred Sodiščem: od *idem factum* do *idem factum* v kombinaciji s klavzulo o omejitvi pravic

75. Sodišče se je na spremembo pristopa, ki ga je sprejelo ESČP, odzvalo s sklopom sodb, ki sestavljajo sodno prakso Menci.⁶⁴ Te sodbe, ki so bile v središču številnih znanstvenih razprav,⁶⁵ so se nanašale na drugi (kazenski ali upravni) postopek, sprožen zaradi utaje davkov, tržne manipulacije in deliktov v zvezi s trgovanjem na podlagi notranjih informacij, čeprav je bil zaradi istih dejanj že uveden prejšnji (kazenski ali upravni) postopek.

76. Zadeva Menci, ki bi se lahko opredelila kot glavna v tej skupini, se je nanašala na tožečo stranko, proti kateri je bil uveden upravni postopek zaradi neplačila DDV. Upravni postopek se je končal z naložitvijo globe v višini približno 85.000 EUR, kar je predstavljalo 30 % davčnega dolga.

⁵⁹ Prav tam, točka 134.

⁶⁰ Prav tam, točka 111.

⁶¹ Prav tam, točka 106.

⁶² Prav tam, točka 124.

⁶³ Sodbe ESČP z dne 18. maja 2017, Jóhannesson proti Islandiji (CE:ECHR:2017:0518JUD002200711); z dne 6. junija 2019, Nodet proti Franciji (CE:ECHR:2019:0606JUD004734214), in z dne 8. julija 2019, Mihalache proti Romuniji (CE:ECHR:2019:0708JUD005401210, točki 84 in 85). V sodbi z dne 13. junija 2017, Šimkus proti Litvi (CE:ECHR:2017:0613JUD004178811, točki 46 in 47), je ESČP očitno izključilo izpolnitev zahteve glede obstoja obeh povezav, čeprav se zdi pomembnost preizkusa iz zadeve A in B precej implicirana. ESČP je v sodbi z dne 8. oktobra 2019, Korneyeva proti Rusiji (CE:ECHR:2019:1008JUD007205117, točka 58), na preizkus opozorilo, vendar ga ni uporabilo, saj ni bilo zatrjevano, da sta oba obravnavana postopka „celovit pravni odziv“ v smislu zadeve A in B. Nasprotno pa se je v sodbi ESČP z dne 8. oktobra 2020, Bajčić proti Hrvaški, štelo, da obstajata obe povezavi (CE:ECHR:2020:1008JUD00673341, točka 45).

⁶⁴ Glej opombo 4 zgoraj v teh sklepnih predlogih.

⁶⁵ Glej na primer Burić, Z., „Ne Bis in Idem in European Criminal Law – Moving in Circles?“ EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, 2019, 507–520; Luchtman, M., „The ECJ’s Recent Case Law on Ne Bis in Idem: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order“, Common Market Law Reports, zv. 55, 2018, str. 1725–1750, str. 1717; Peeters, B., „The Ne Bis in Idem Rule: Do the EUCJ and the ECtHR Follow the Same Track?“, EC Tax Review, 2018, zv. 4, 2018, str.182–185, str. 182; Serneels, C., „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, zv. 11(2), 2020, str. 232–234; Lo Schiavo, G., „The Principle of Ne Bis In Idem and the Application of Criminal Sanctions: of Scope and Restrictions“, European Constitutional Law Review, zv. 14(3), 2018, str. 644–663; Vetzo, M., „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, zv. 11(55), 2018, str. 70–74.

Ko je odločba v tem postopku postala pravnomočna, se je zoper tožečo stranko sprožil kazenski postopek v zvezi z istimi dejstvi. Pojavilo se je torej vprašanje, ali je bil ta drugi postopek dopusten glede na člen 50 Listine.

77. Sodišče je bilo pred odločitvijo, ali naj sledi pristopu, ki ga je ESČP sprejelo v sodbi A in B, ali naj ohrani svoj prejšnji pristop, sprejet v podobnem okviru v sodbi Åkerberg Fransson. V slednjem primeru je ugotovilo, da načelo *ne bis in idem* ne nasprotuje temu, da država članica za ista dejanja nespoštovanja obveznosti v zvezi z DDV zaporedno naloži davčno sankcijo in kazensko sankcijo, če prva sankcija ni kazenska (na podlagi meril Engel).⁶⁶

78. Generalni pravobranilec M. Campos Sánchez-Bordona je v svojih sklepnih predlogih trdil, da bi se s sprejetjem novega preizkusa ESČP zmanjšala obstoječa zaščita po načelu *ne bis in idem*.⁶⁷ Sodišče je bilo kljub temu drugačnega mnenja. Kaže, da je Sodišče poskušalo v bistvu slediti ESČP, a je za to izbralo precej edinstven analitični okvir. Sodišče je analizo s člena 50 Listine preusmerilo na klavzulo o omejitvi pravic iz člena 52(1) Listine.

79. Sodišče je dovolilo drugi postopek pod pogojem, da zakonodaja, ki dovoljuje kumulacijo postopkov, „sledi cilju splošnega interesa, s katerim se lahko utemelji taka kumulacija [...], pri čemer morajo imeti ti postopki in sankcije komplementarne cilje [...], zajema pravila, s katerimi se zagotavlja uskladitev, ki dodatno breme, ki za zadevne osebe izhaja iz kumulacije postopkov, omejuje na nujno potrebno, in [...] določa pravila, ki omogočajo zagotavljanje, da je strogost vseh naloženih sankcij omejena na to, kar je nujno potrebno glede na težo zadevnega kaznivega dejanja“.⁶⁸

80. Sodišče je z analizo v skladu s členom 52(1) Listine najprej preverilo, ali je zadevna omejitev določena z zakonom in ali ohranja bistveno vsebino pravice iz člena 50 Listine. Glede slednjega je Sodišče ugotovilo, da zadevna zakonodaja dovoljuje „tako kumulacijo postopkov in sankcij le pod taksativno določenimi pogoji, s čimer je poskrbljeno, da pravica, zagotovljena s tem členom 50, ni ogrožena“.⁶⁹

81. Drugič, Sodišče je nato potrdilo obstoj cilja splošnega interesa (pobiranje celotnega dolgovanega DDV v zadevi Menci;⁷⁰ zagotavljanje integritete finančnih trgov in zaupanja javnosti v finančne instrumente v zadevah Di Puma⁷¹ in Garlsson⁷²), pa tudi obstoj komplementarnih ciljev, ki jim sledi zadevna zakonodaja. V sodbi Menci je Sodišče opredelilo, da so ti komplementarni cilji preprečiti in kaznovati „vsako – naklepno ali nenaklepno – kršitev pravil o obračunu in pobiranju DDV s tem, da [se] po potrebi naloži pavšalno določene upravne sankcije na eni ter odvrča in kaznuje hude kršitve teh pravil, ki so posebej škodljive za družbo in ki utemeljujejo sprejetje strožjih kazenskih sankcij, na drugi strani“.⁷³

⁶⁶ Sodba z dne 26. februarja 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, točka 37).

⁶⁷ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca M. Camposa Sáncheza-Bordone v zadevi Menci (C-524/15, EU:C:2017:667).

⁶⁸ Sodba z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, točka 63).

⁶⁹ Prav tam, točka 43.

⁷⁰ Prav tam, točka 44.

⁷¹ Sodba z dne 20. marca 2018, Di Puma in Zecca (C-596/16 in C-597/16, EU:C:2018:192, točka 42).

⁷² Sodba z dne 20. marca 2018, Garlsson Real Estate in drugi (C-537/16, EU:C:2018:193, točka 46).

⁷³ Sodba z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, točka 45).

82. Tretjič, Sodišče je preverilo *sorazmernost* zadevne omejitve. Preučilo je, ali „ne presega tega, kar je primerno in potrebno za uresničitev legitimnih ciljev, ki jim sledi ta ureditev, pri čemer se pri več primernih ukrepih izbere najmanj obremenjujoč, povzročene neugodnosti pa ne smejo biti nesorazmerne s cilji, ki se jim sledi“. ⁷⁴

83. V zvezi s tem je Sodišče ugotovilo, da lahko zadevna zakonodaja doseže navedeni cilj in da glede „nujno potrebnega“ določa jasna in natančna pravila, ki posameznikom omogočajo, da predvidijo, katera dejanja ali opustitve so lahko predmet kumulacije postopkov. Ugotovilo je tudi, da zadevna zakonodaja zagotavlja usklajevanje za to, da se dodatno breme, ki ga taka kumulacija pomeni za zadevne osebe, zmanjša na nujno potrebno, in da je strogost vseh naloženih sankcij omejena na to, kar je nujno potrebno glede na težo zadevnega kaznivega dejanja. ⁷⁵

84. Okoliščine v zadevi Menci so tako prestale novo vzpostavljeni preizkus. To ne velja za zadevo Garlsson, kjer je Sodišče odločilo, da bi naložitev upravne sankcije podjetjem, ki so že bila obsojena za kaznivo dejanje in kaznovana z učinkovito, sorazmerno in odvračilno sankcijo za ista dejstva, preseglo tisto, kar je nujno potrebno. Do enakega sklepa je Sodišče prišlo v zadevi Di Puma, ki je vključevala pravnomočno oprostitev v kazenskem postopku in kasnejše upravne postopke zaradi istih dejstev.

B. Težave zaradi obstoječih razdrobljenih ureditev načela ne bis in idem

85. Kot je razvidno iz pregleda v prejšnjem razdelku, se lahko sodna praksa Sodišča, razvita na podlagi tesne interakcije z ESČP, v najboljšem primeru opiše kot mozaik vzporednih ureditev. V tem razdelku obravnavam dve ključni vprašanji v zvezi s temi razmerami. Prvič, ali je to res težava? (podrazdelek 1) Drugič, če je tako, ali naj Sodišče preizkus, ki ga je nedavno razvilo v sodbi Menci, preprosto razširi na vse zadeve, ki spadajo v okvir člena 50 Listine, vključno z obravnavanim primerom? (podrazdelek 2)

1. Ali obstaja težava?

86. Morda bi se lahko trdilo, da težave glede doslednosti ni. Toda za to bi bila potrebna precej zahtevna utemeljitev podrobnih razlik, češ da se vsi zgoraj opisani pristopi med seboj razlikujejo iz tehtnega razloga. Preizkusi so različni, ker temeljijo na različnih zakonodajnih instrumentih in spadajo v različne regulativne okvire.

87. Prvič, člen 54 KISS in enakovredne določbe v instrumentih pravosodnega sodelovanja v kazenskih zadevah se nanašajo na *istovetnost dejanj*, medtem ko se člen 50 Listine (in tudi člen 4 Protokola št. 7 k EKČP) nanaša na *istovetnost kaznivega dejanja*. Zato med določbama obstaja jasna razlika v besedilu. Poleg tega KISS z vidika regulativnega okvira vsebuje poseben čezmejni izraz načela *ne bis in idem*, ki je pomemben le za (prave) kazenskopravne zadeve v schengenskem sistemu. Razlog, zakaj sta se upoštevnost pravnega interesa in pravna kvalifikacija zavrnila, je tako mogoče pojasniti s sklicevanjem na potrebo po premagovanju ovir za svobodo gibanja, ki jih je Sodišče ugotovilo v sodbi Van Esbroeck, v okviru Unije z več jurisdikcijami. ⁷⁶

⁷⁴ Prav tam, točka 46.

⁷⁵ Prav tam, točki 53 in 55.

⁷⁶ Točki 55 in 58 teh sklepnih predlogov.

88. Drugič, uporaba načela *ne bis in idem* v skladu s členom 4 Protokola št. 7 k EKČP je omejena na eno pogodbenico Konvencije. Zato ni verjetno, da bi se na podlagi te določbe pojavila čezmejna vprašanja. Dejstvo, da je uporaba načela *ne bis in idem* omejena na eno samo državo, kjer se lahko dejansko več poudarka nameni integriranim postopkom in nujnosti usklajevanja, bi morda lahko upravičilo strožji pristop k merilom za uporabo, določenim v sodbi A in B. Ugotavljam, da se je odziv na preizkus, opredeljen v sodbi A in B, v okviru sodne prakse Menci nanašal prav na okvir ene same države.

89. Ali je treba glede na te razlike preprosto priznati obstoj teh vzporednih ureditev v sodni praksi o načelu *ne bis in idem*? Ali ne bi bilo namesto prizadevanj, da se ponovno vzpostavi nekakšna enotnost glede člena 50 Listine, bolj smiselno pojasniti, zakaj se razlikujejo?

90. Mislim, da ne.

91. Prvič, pri tem obstajajo logične omejitve. Res je, da je mogoče med členom 50 Listine in sodno prakso, ki se nanaša na KISS in Okvirni sklep 2002/584, razlikovati na podlagi besedila in delno tudi okvira in namena. Vendar pa to razlikovanje postane precej manj očitno, če se primerjata člen 4 Protokola št. 7 k EKČP s člen 50 Listine. Čeprav se oba nanašata na istovetnost „kaznivega dejanja“, se preizkusi, razviti v skladu z vsako od določb, razlikujejo.

92. Poleg tega se pri razlikovanju nedvomno naleti na nepremostljivo oviro v zvezi z soobstoječima pristopoma v okviru sodne prakse Wilhelm/Toshiba na eni strani in Menci na drugi. Za primere, ki jih zajemata ta dva pristopa sodne prakse, se zdaj uporablja člen 50 Listine, zato je precej težko prepričljivo pojasniti, zakaj se opirata na drugačen preizkus. Vsekakor se lahko glede na okvir to vedno utemeljuje s posebno naravo konkurenčnega prava, ki se ne uvršča v nobene druge okvirje in klasifikacije. A podobno kot vse moje cenjene kolege, ki so v preteklosti zavzeli stališče o tem vprašanju,⁷⁷ me to ne prepriča. Tudi sam se ne morem strinjati s stališčem, da se danes področje konkurenčnega prava kot tako in abstraktno razlikuje od drugih področij prava.⁷⁸

93. Drugič, preizkus(-i) je (so) posledično nepredvidljiv(-i). Kadar se dve področji uporabe načela *ne bis in idem* v eni zadevi prekrivata, ni pravila, ki bi določalo, kateri od preizkusov velja, kar ponazarjajo različna stališča nacionalnih sodišč v postopku v glavni stvari. Ali je treba pri kombinaciji konkurenčnega in nekonkurenčnega upravnega postopka upoštevati preizkus Wilhelm/Toshiba, ki vključuje upoštevanje pravnega interesa? Ali pa je treba uporabiti sodno prakso Menci in pristop na podlagi klavzule o omejitvi pravic? Ali pa je sodna praksa Menci nadomestila preizkus, opredeljen v sodbah Wilhelm/Toshiba?

94. Ni videti, da bi preizkus Menci vseboval nekaj, kar bi izključevalo slednjo možnost. Menci se zanaša na razlago člena 50 Listine, ki se horizontalno uporablja na vseh področjih prava EU. Toda sodba Slovak Telecom,⁷⁹ ki je bila izdana po sodbi Menci, potrjuje, da se v sodbah Wilhelm/Toshiba določeni pravni preizkus, povezan s pravnim interesom, še vedno uporablja, brez pojasnila, zakaj je tako.

95. Tretjič, kar je morda najpomembnejše, precej težko je konceptualno trditi, da ima lahko ena in ista določba primarnega prava, to je člen 50 Listine, katerega spoštovanje je treba zagotoviti v vseh primerih, ki spadajo na področje uporabe prava EU, različno vsebino, ki je odvisna od področja

⁷⁷ Točka 52 teh sklepnih predlogov.

⁷⁸ Za podrobnosti glej moje vzporedne sklepne predloge v zadevi Nordzucker.

⁷⁹ Sodba z dne 25. februarja 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139).

prava EU, za katero se uporablja. A zdi se, da to še kako velja, če se elementa opredelitve prepovedi iz te določbe, in sicer *idem* in *bis*, na različnih področjih prava EU razlagata različno. To poraja vprašanje, kakšna je vloga člena 50 Listine v primerih, kot je ta v sporu v glavni stvari, kjer ne gre zgolj za konkurenčno pravo, vendar tudi ne ustreza primeru Menci, ker ne obstaja en (pravi) kazenski postopek?

96. Menim, da tega ni mogoče utemeljiti.

97. Priznavam pa, da bi bilo obravnavano zadevo morda mogoče zaključiti brez poskusa poenotenja preizkusa, ki se uporablja v skladu s členom 50 Listine. Preizkus, ki izhaja iz sodne prakse Menci, bi bilo mogoče razširiti, da bi zajemal tudi položaj iz postopka v glavni stvari, uporabo preizkusa Wilhelm/Toshiba pa bi lahko izključili.

98. V obravnavani zadevi pravzaprav ni treba rešiti vseh zgoraj navedenih težav, vključno z zapletenim vprašanjem, ali ohraniti ali opustiti merilo pravnega interesa v konkurenčnem pravu. V preteklosti je bilo vprašanje pravnega interesa jasno povezano s posebno strukturo za izvrševanje konkurenčnega prava v Evropski uniji, ki jo zdaj ureja Uredba št. 1/2003, pred tem pa jo je Uredba št. 17. Torej bi se lahko trdilo, da je zadevi v glavni stvari podan postopek s področja konkurenčnega prava, skupaj s postopkom s področja, ki ni konkurenčno pravo, zato uporaba merila pravnega interesa ni potrebna, saj primer ne spada med posebna vprašanja glede izvrševanja konkurenčnega prava v Uniji.

99. Toda če se na ta način zoži logika iz sodb Wilhelm/Toshiba, se pojavi vprašanje, kakšen preizkus se uporablja za zadevo v glavni stvari? Odgovor na to bi bil seveda Menci. Gre za – vsaj z vidika besedila – celosten preizkus, ki ga je pred kratkim določil veliki senat Sodišča. Zajemal naj bi vse primere, v katerih se uporablja člen 50 Listine. Kot tak bi se lahko izrecno potrdil kot ustrezen (in enoten) preizkus za načelo *ne bis in idem* v skladu s členom 50 Listine.

100. Kljub temu bi bilo pametno, da bi se iz razlogov, ki jih navajam v naslednjem razdelku, Sodišče temu izognilo. Po mojem mnenju je sodba Menci problematična odločitev.

2. *En Menci, ki velja za vse*

101. Sodba Menci je paradoks. V interesu zagotavljanja večje zaščite v skladu s sodno prakso ESČP je prišlo do presenetljive posledice, namreč ta sodna praksa ne zagotavlja učinkovite zaščite posameznika.

102. V tem okviru je treba najprej priznati, da del težave izhaja že iz opredelitve in dejstva, da ESPČ uporablja tisto, kar se običajno imenuje merila Engel,⁸⁰ na podlagi katerih je ESČP razvilo precej razširjeno pojmovanje tega, kaj je „kazenska“ zadeva.⁸¹ Ta široka razlaga pojma „kazenska“ zadeva se je uporabljala, da so se pod pristojnost ESČP uvrstili nacionalni postopki, ki sicer ne bi bili zajeti s členom 6 EKČP, ker so v nacionalni zakonodaji klasificirani kot upravne zadeve.

⁸⁰ Sodba ESČP z dne 23. novembra 1976, Engel in drugi proti Nizozemski (CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, točka 82).

⁸¹ Glej na primer Franssen, V., *La notion “pénale”: mot magique ou critère trompeur? Réflexions sur les distinctions entre le droit pénal et le droit quasi pénal* in Brach-Thiel, D. (ur.), *Existe-t-il encore un seul non bis in idem aujourd'hui?*, L'Harmattan, Pariz, 2017, str. od 57 do 91.

103. Vendar pa ni edini možni zaključek, da je treba isti obsežen pristop, razvit v danem okviru zaradi prevzema pristojnosti v skladu s členom 6(1) EKČP, samodejno uporabiti tudi za vsak drug koncept „kaznivega dejanja“ v EKČP. A vendar je ESČP potrdilo, da je treba „člen Protokola št. 7 razlagati ob upoštevanju splošnih načel v zvezi s pojmom „kazenska obtožba“ in „kazen“ iz členov 6 in 7 [EKČP]“. ⁸² Ta pristop je potrdilo tudi v sodbi A in B. ⁸³

104. Sodišče je sledilo tem smernicam. ⁸⁴ Glede na člen 52(3) Listine pravzaprav ne bi moglo ravnati drugače. Vendar ima ta prvotna izbira precejšnje posledice za preizkus *idem*, ki mora slediti. Z daljšanjem seznama različnih upravnih postopkov in sankcij, ki se štejejo za kazenske, narašča tudi število postopkov in sankcij, v zvezi s katerimi je potrebna presoja *idem*. Če se ne sprejme zaključek, da zaščita, ki jo ponuja načelo *ne bis in idem*, vključuje vse in kar koli, je treba neke sprejeti izbiro: bodisi pri opredelitvi, kaj pomeni „kazensko“, bodisi pri opredelitvi *idem*.

105. Zaenkrat je malo verjetno, da se bodo merila Engel ponovno obravnavala. Vendar to pomeni, da mora biti opredelitev pojma *idem* strožja, razen če prav vsak drugi upravno-kazenski postopek velja za nedopustnega, ne glede na različne namene ali cilje, ki jim lahko sledi. V nasprotnem primeru, če sta opredelitvi pojmov kaznivo in *idem* preširoki, bo pri izvrševanju večine vzporednih upravnih ureditev v državah članicah prišlo do precejšnjih težav, ne da bi se omenilo dejstvo, da lahko vzporedni upravni postopki potekajo v več državah članicah ali na ravni EU.

106. Ob tako nezavidljivih obeh se zdi, da je bil preizkus Menci namenjen zagotovitvi alternative. Preusmeritev analize s člena 50 Listine na člen 52(1) Listine bi se na prvi pogled lahko zdela eleganten način, da se izogne zapleteni opredelitvi pojma *idem* za namene člena 50 Listine. To pa zato, ker se precej široka razlaga pojma *idem* (ki kot taka zagotavlja zaščito) izravna z možnostjo omejitve pravice iz člena 50 Listine. S tako določenim pravilom se doseže ravnotežje. Ob podrobnejšem pregledu pa se bojim, da pravilo povzroča več težav, kot ponuja rešitev.

107. Prvič in predvsem, namen člena 50 Listine je, vsaj po mojem mnenju, zaščititi posameznika pred drugim postopkom. Člen 50 Listine določa prepoved. Če se veljavno uporabi, prepreči že *sam začetek drugega postopka*. ⁸⁵ Takšno prepoved je treba opredeliti kot *ex ante* in normativno.

108. Vendar pa bo v okviru preizkusa Menci ⁸⁶ šele po zaključku drugega postopka mogoče preveriti, ali so bili nekateri pogoji preizkusa izpolnjeni ter s tem, ali je drugi postopek zakonit, ali ne. Morda bi bilo nadaljevanje nekaterih „drugih“ postopkov mogoče ustaviti, ker ni cilja splošnega interesa, ali ker ni komplementarnih ciljev, ki bi se želeli doseči. Toda če so te zahteve izpolnjene, je sorazmernost posledične omejitve odvisna od pogojev, pod katerimi bo potekal drugi postopek, vključno z določitvijo sankcije.

⁸² Glej na primer sodbo ESČP z dne 18. oktobra 2011, Tomasović proti Hrvaški (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, točka 19 in navedena sodna praksa).

⁸³ Sodba ESČP z dne 15. novembra 2016, A in B proti Norveški (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, točke od 105 do 107).

⁸⁴ Sodišče je sprejelo merila Engel v sodbi z dne 5. junija 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, točka 37) in pozneje tudi v sodbi z dne 26. februarja 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105).

⁸⁵ Sodišče je bilo pred kratkim glede tega vprašanja pripravljeno iti tako daleč, da prepove že samo začasno pridržanje zaradi tega, da se preveri, ali se lahko oseba izroči, da bi proti njej potekal drugi kazenski postopek v tretji državi – glej sodbo z dne 12. maja 2021, Bundesrepublik Deutschland (Interpolova rdeča mednarodna tiralica) (C-505/19, EU:C:2021:376, točke od 72 do 82).

⁸⁶ Njegovi posamezni koraki so opredeljeni v točkah od 79 do 83 teh sklepnih predlogov.

109. Drugače povedano, uporaba načela *ne bis in idem* se ne opira več na *ex ante* normativno opredeljen preizkus. Namesto tega postane *ex post* korektivni preizkus, ki se lahko uporabi ali pa tudi ne, odvisno od okoliščin in natančne višine naloženih sankcij. To ni zaščita pred ponovnim sojenjem o isti stvari. Je le *ex post* zaščita pred nesorazmernostjo kombiniranih ali kumulativnih sankcij.

110. Drugič, s tega vidika mi ni povsem jasno, kako lahko tako zasnovano načelo *ne bis in idem* še vedno štiti bistveno vsebino pravice iz člena 50 Listine. Posebno pojasnilo v sodbi Menci⁸⁷ vprašanja ne razjasni nič bolj. Sodišče je v sodbi zgolj aksiomatično navedlo, da zadevna zakonodaja „spoštuje bistveno vsebino člena 50 Listine, saj [...] dovoljuje tako kumulacijo postopkov in sankcij le pod *taksativno določenimi pogoji*“.⁸⁸ Moje mnenje je, da se ta navedba bolj nanaša na pogoj pravne veljavnosti zadevne omejitve („predpisana z zakonom“). Glede bistvene vsebine pravic težko razumem, kako je bistvo načela *ne bis in idem* zaščiteno z jasno in izrecno navedbo v nacionalnem pravu, da bo potekal drugi postopek.⁸⁹

111. Tretjič, merila preizkusa, ki ni namenjen *ex ante* zaščiti, temveč *ex post* korektivu, so lahko le *odvisna od konkretnih okoliščin*.⁹⁰ Zlasti elementi, ki se nanašajo na sorazmernosti, so, kot kaže, zelo odvisni od okoliščin, pri čemer se koordinacija postopkov omenja, ni pa vedno obvezna, in se opisuje mehanizem, ki določi celotno višino sankcije in v katerem so navedeni različni elementi, vendar brez opredelitve kakršnega koli splošnega preizkusa.

112. Taka stopnja naključnosti konkretnih okoliščin v okviru zaščite, ki naj bi bila enaka za vse posameznike, je spet osupljiva. Postopka, ki vključujeta dve osebi v zelo podobnem položaju in ki ju vodijo isti organi, bi se kaj lahko presodila drugače zaradi hitrosti, s katero organi obravnavajo primer, ali glede na način izračuna globe.

113. Četrtrič, dejanska raven zaščite posameznika, ki jo zagotavlja sodba Menci, se zdi precej nizka. Bistvena vsebina pravice do zaščite pred drugim kazenskim postopkom za isto kaznivo dejanje velja za ohranjeno zgolj zato, ker bi obdolženec lahko predvidel, da bo še drugič preganjan.⁹¹ Za komplementarne cilje, ki se zasledujejo, se šteje, da temeljijo zgolj na dejstvu, da je kazenski pregon v nasprotju z upravnim omejen le na „resne“ kršitve, čeprav očitno zasleduje pretežno isti cilj.⁹² Morda je mogoče domnevati, da bo verjetno tak preizkus dejansko prestalo več vzporednih ureditev, ne da bi se pojavile znatne težave.

114. Petič, v sodbi Menci je določena zahteva, da je kumulacija omejena na to, kar je nujno potrebno za uresničitev cilja splošnega interesa. Natančneje, morala bi obstajati pravila, s katerimi bi se zagotavljala koordinacija nacionalnih postopkov, da bi se dodatno breme, ki za

⁸⁷ Ta vidik ni analiziran v sodbi z dne 20. marca 2018, Di Puma in Zecca (C-596/16 in C 597/16, EU:C:2018:192).

⁸⁸ Moj poudarek. Glej sodbi z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, točka 43), in Garlsson Real Estate in drugi (C-537/16, EU:C:2018:193, točka 45).

⁸⁹ Podobno kot sklepni predlogi generalnega pravobranilca M. Camposa Sáncheza-Bordone v zadevi Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, točka 82).

⁹⁰ Zanimivo je, da je Sodišče v številnih drugih zakonodajnih okvirih, tudi v zvezi s členom 325 PDEU, vedno poudarilo, da je treba področje uporabe določbe prava EU presojati normativno in predhodno glede na nekatere vrste nacionalnih postopkov. To področje ne sme biti odvisno od naknadnih rezultatov danega postopka. Za razpravo z dodatnimi navedbami v zvezi s tem glej moje sklepe predloge v združenih zadevah Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție in drugi (C-357/19 in C-547/19, EU:C:2021:170, točke od 109 do 115).

⁹¹ Točka 80 teh sklepnih predlogov.

⁹² Točka 81 teh sklepnih predlogov.

zadevne osebe izhajajo iz kumulacije takih postopkov, omejilo na nujno potrebno. Smisel in privlačnost tega predloga postaneta jasna v okviru kazenskega postopka in v eni državi članici.⁹³

115. Če pa kumulacija zadevnih postopkov vključuje več vzporednih upravnih ureditev in, pomembneje, več kot eno državo članico ali organe več držav članic in Evropske unije, bi lahko predlogi o zaželenih enotirnih sistemih namesto pobožnih želja kaj kmalu postali znanstvena fantastika.

116. Ob tem je treba še dodatno (ali bolje rečeno realno) omeniti, da je trajalo več desetletij, preden se je vzpostavila celovita mreža konkurenčnega prava, ki združuje Komisijo in NOK. Kljub opredelitvi pravil, ki jih je treba uporabiti, in začetku veljavnosti Uredbe št. 1/2003 so številna vprašanja glede izvrševanja v praksi še vedno neodgovorjena.⁹⁴ Pri drugih sistemih vzporednega odločanja, na primer z GDPR⁹⁵ nedavno uvedeni mehanizem „vse na enem mestu“, se, kot kaže, pojavljajo znatne začetne težave pri dodeljevanju pristojnosti.⁹⁶ Če je to trenutno stanje v namenskih in izrecno urejenih mrežah po vsej Evropski uniji, ni takoj očitno, kako bi lahko bilo mogoče razumno pričakovati in doseči potrebno raven koordinacije na različnih področjih prava, v različnih organih in v različnih državah članicah.

117. Če se povzame, vsi ti elementi skupaj vodijo do precej nezadovoljive splošne slike, omenjene na začetku tega razdelka. Da bi se morda ponovno vzpostavilo ravnotežje, se je Sodišče v sodbi Menci odločilo, da se opre na člen 52(1) Listine in omejitev pravic. Pri tem pa se je paradoksalno znašlo v položaju, v katerem se je izgubilo bistvo člena 50 Listine.

C. Predlagana rešitev

118. V prejšnjem razdelku sem opredelil težave, ki jih povzročajo sedanja ureditev, zdaj pa bom najprej na kratko povzel parametre, ki bi jih moral imeti ustreznejši pristop (podrazdelek 1). Zatem bom prešel na vprašanje varovanega družbenega ali pravnega interesa (podrazdelek 2), nato pa opredelil morebiten enoten preizkus za načelo *ne bis in idem* v skladu s členom 50 Listine (podrazdelek 3). Nato bom z več primeri dodatno ponazoril delovanje takega preizkusa (podrazdelek 4). Na koncu se bom posvetil obravnavani zadevi in uporabi preizkusa, ki sem ga predlagal (podrazdelek 5).

1. Parametri

119. Prvič, obseg varstva po členu 50 Listine mora biti vnaprej preverljiv. Normativno področje uporabe določbe prava EU, zlasti temeljne pravice, ne more biti odvisno od negotovih in torej nepredvidljivih okoliščin ali izida nekega postopka. Če je uporaba člena 50 Listine predhodno opredeljena, bi lahko načelo *ne bis in idem* zagotovilo, da ne bo prišlo do drugega postopka, in po potrebi preprečilo, da bi se drugi postopek sploh začel.

⁹³ Taki predlogi so bili prvotno podani v okviru EKČP – glej sodbo ESČP z dne 30. julija 1998, Oliveira proti Švici (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, točka 27), in v zadnjem času v sodbi ESČP z dne 15. novembra 2016, A in B proti Norveški (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, točka 130).

⁹⁴ Glej na primer moje sklepne predloge v vzporedni zadevi Nordzucker.

⁹⁵ Uredba (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (Splošna uredba o varstvu podatkov) (UL 2016, L 119, str. 1) (v nadaljevanju: GDPR).

⁹⁶ Kot je bilo pred kratkim prikazano v sodbi z dne 15. junija 2021, Facebook Ireland in drugi (C-645/19, EU:C:2021:483).

120. Drugič, v skladu s členom 52(3) Listine raven varstva, določena v členu 50 Listine, ne more biti nižja od tiste, ki jo določa člen 4 Protokola št. 7 EKČP. To po mojem mnenju ne pomeni nujno, da mora biti preizkus, namenjen za doseg takega združljivega rezultata, enak. To še toliko bolj velja takrat, kadar mora preizkus ustrezati posebnim značilnostim nekega sistema. Naloga tega sodišča je, da nacionalnim sodiščem vnaprej zagotovi smernice za uporabo prava EU. Njegova naloga ni, vsaj pri predlogih za sprejetje predhodne odločbe, da naknadno ugotavlja, ali je podpisnica v danem primeru kršila Konvencijo ali ne.

121. Tretjič, zagotoviti je treba, da preizkus, za katerega izhodišče se sprejme velik sklop tega, kar je „kazenska“ zadeva,⁹⁷ ne privede do nerazumnih rezultatov v posebnem sestavljenem pravnem okolju Evropske unije. Splošni preizkus v skladu s členom 50 Listine mora delovati ne samo v eni državi članici, ampak tudi oziroma bolj pomembno v vsej Evropski uniji, tako horizontalno (države članice – države članice) kot vertikalno (države članice – Evropska unija). Na tem zapletenem področju je treba ponovno vzpostaviti razumno ravnatežje med učinkovitim varstvom pravic posameznika in legitimnimi cilji držav članic ali Unije, da preganjajo dejanja, ki očitno posegajo v različne varovane družbene interese.

122. Nazadnje, za vse primere, ki spadajo na področje prava EU v skladu s členom 51(1) Listine, v okviru katerega se uporablja člen 50 Listine, mora biti preizkus enak, vsaj v skladu s členom 50, če se uporablja sam. V zvezi s tem se strinjam s trditvijo, da „iz temeljnega pomena načela *ne bis in idem* kot nosilnega načela prava Unije s statusom temeljne pravice izhaja, da njegova vsebina ne sme biti bistveno drugačna glede na to, za katero področje prava gre“.⁹⁸ Seveda to ne izključuje možnosti, da lahko v zakonodaji EU obstajajo posebne ureditve, ki zagotavljajo višjo raven zaščite. Če pa se uporablja Listina, mora biti privzeti preizkus v skladu s členom 50 te listine enak.

2. Kameleon

123. Najbolje je začeti z besedilom. Člen 50 Listine z naslovom „Pravica, da se za isto *kaznivo dejanje* kazensko ne preganja ali kaznuje dvakrat“, določa, da „nihče ne sme biti ponovno v kazenskem postopku ali kaznovan zaradi *kaznivega dejanja*, za katero je bil v Uniji v skladu z zakonom s pravnomočno sodbo že oproščen ali obsojen“.⁹⁹

124. To besedilo se razlikuje od člena 54 KISS, ki uporablja pojem „dejanja“. V tem členu je navedeno, da „[o]seba, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, se za ista *dejanja* ne sme preganjati v drugi pogodbenici, pod pogojem, da je bila izrečena kazen tudi izvršena, da je v postopku izvrševanja ali je po zakonodaji pogodbenice, ki jo je izrekla, ni več mogoče izvršiti“.¹⁰⁰

125. „Kaznivo dejanje“ ni [enako kot] „dejanje“. Pojem „kaznivo dejanje“ ima širši pomen. Na splošno se ne nanaša le na zadevna dejstva, ampak tudi na pravno kvalifikacijo določenega tipiziranega ravnanja ali vsaj na negativne učinke ali vplive, ki jih ima takšno ravnanje na interese, ki jih družba šteje vredne zaščite.

⁹⁷ Točke od 102 do 105 teh sklepnih predlogov.

⁹⁸ Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točka 117).

⁹⁹ Moj poudarek.

¹⁰⁰ Moj poudarek.

126. Kadar eno samo ravnanje vpliva na različne varovane pravne ali družbene interese, pogosto povzroči več različnih kaznivih dejanj (idealni stek). Sankcija, ki sledi, je običajno – odvisno od nacionalnega pravnega sistema – opredeljena na podlagi posebnih načel, pri čemer je bistveno, da se storjena kazniva dejanja presojuje celovito.¹⁰¹

127. To na splošno ni mogoče, če se storjena kazniva dejanja nanašajo na različna področja prava, od katerih vsako nadzoruje drug regulativni organ. Navedba, da drugi postopek v takih okoliščinah nikoli ni dopusten, ker se nanaša na ista dejstva, pravzaprav preprečuje možnost vzporednega uresničevanja različnih pravnih interesov.

128. Zato se prej ali slej pride do logičnega vprašanja varovanega družbenega ali pravnega interesa, da bi bilo mogoče razlikovanje. Zanimivo je, da tudi tam, kjer je bil upoštevan pristop *idem factum*, koncept varovanega pravnega interesa dejansko nikoli ni izginil. Podobno kot majhen kameleon je preprosto spremenil barvo in se pritrnil na različne vejice ali veje, ki so bile v danem času na voljo v posamezni usmeritvi sodne prakse.

129. Edino področje po pravu EU, kjer pojem varovanega pravnega interesa resnično izgine, sta člen 54 KISS in Okvirni sklep 2002/584. Nasprotno pa se je v konkurenčnem pravu upoštevnost varovanega pravnega interesa vedno potrdila. Celo generalni pravobranilci, ki so predlagali opustitev pravnega interesa kot ločenega merila, so na koncu storili tako, da se je njegova vsebina dejansko prekrivala s široko opredeljeno „istovetnostjo dejstev“.¹⁰² Podobno se je v sodbi Menci razprava o razliki med varovanimi pravnimi interesi preprosto prestavila v rubriko različnih ciljev splošnega interesa in komplementarnosti uresničevanih ciljev.¹⁰³

130. Koncept varovanega pravnega interesa pa pridobi prave kameleonske lastnosti ravno v sodni praksi ESČP. Prvič, pred sodbo Zolotukhin se je zdelo, da je razlika v uveljavljanem pravnem interesu vsaj v večini primerov del opredelitve pojma *idem*. To je še posebej dobro prikazano v sodni praksi ESČP, ki se nanaša na tožeče stranke, ki so povzročile prometne nesreče, za katere so jim bile naložene kazenske in upravne sankcije, pri čemer so slednje vključevale odvzem vozniškega dovoljenja. ESČP je sprejelo možnost te kombinacije, čeprav se je odvzem dovoljenja po merilih Engel običajno uvrščal na področje kazenskih zadev.¹⁰⁴ Drugič, res je, da v zadevi Zolotukhin upoštevnost razlike v pravnem interesu ni bila priznana. Tretjič, nekaj let pozneje je bila razlika v varovanem pravnem interesu dejansko znova uvedena v sodbi A in B. Tokrat – in kot je Sodišče to storilo pozneje v sodbi Menci – se je ta spremenila v preudarke v zvezi s komplementarnimi cilji, za katere si prizadevajo zakonodaje, uporabljene v obeh obravnavanih postopkih. V nasprotju s pristopom Sodišča v sodbi Menci in morda konceptualno nekoliko presenetljivo se je vprašanje, ali „različni postopki zasledujejo komplementarne namene in tako obravnavajo [...] različne vidike družbeno škodljivega dejanja“ nenadoma ponovno pojavilo kot del presoje merila bis in vprašanja, ali obstaja (ali ne) zadostna vsebinska povezava.¹⁰⁵

¹⁰¹ Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Camposa Sáncheza-Bordone v zadevi Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, točka 91 in opomba 79).

¹⁰² V že obravnavani zadevi Toshiba (točka 47 zgoraj) je moja cenjena kolegica generalna pravobranilka J. Kokott pravni interes konceptualno izključila iz koncepta *idem*. Pomembna je le istovetnost dejstev. Kljub temu je nato vanj vključila (škodljive) učinke kartela in protikonkurenčne posledice, ki jih je ta povzročil glede na dejstva zadeve. Vendar če se med dejstva vključijo škodljivi (družbeni) učinki (na varovane pravne interese), ali je pogoj istovetnosti varovanega pravnega interesa dejansko izginil?

¹⁰³ Točka 81 teh sklepnih predlogov.

¹⁰⁴ Sodbi ESČP z dne 13. decembra 2005, Nilsson proti Švedski (CE:ECHR: 2005:1213DEC007366101, str. 10 in 11). Vendar primerjaj s sodbo ESČP z dne 28. oktobra 1999, Escoubet proti Belgiji (CE:ECHR:1999:1028JUD002678095, točka 38).

¹⁰⁵ Sodba ESČP z dne 15. novembra 2016, A in B proti Norveški (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, točki 131 in 132).

131. Menim, da vse to ni naključje. Ko se sprejme odločitev, ki dovoljuje drugi postopek za ista dejanja, da bi se ugodilo zahtevam po večjih možnostih za pregon, ali s katero se preprosto sprejme dejstvo, da vsi postopki, v eni ali a fortiori več državah članicah, verjetno ne bodo enotirni postopki, postane pozornost, osredotočena na zasledovane cilje, edino razpoložljivo orodje za razlikovanje med dvema ali več postopki. Ker je jasno, da so pogoji v zvezi s sorazmernostjo odvisni od posebnih okoliščin posameznega primera, postane po mojem mnenju koncept komplementarnih ciljev, ki se zasledujejo, osrednji element vsake normativne analize. Vendar kot že rečeno, ta element je le še en način za opis iste ideje, kot je tista, ki je srž koncepta varovanega pravnega interesa.

3. Preizkus

132. Iz vseh teh razlogov je moj predlog precej preprost. Predlagam, da se preučitev varovanega pravnega interesa in s tem zasledovanega cilja vključi v obravnavo *idem*. Samo ta element omogoča normativno, jasno in vnaprejšnjo odločitev o tem, zakaj se zadevno ravnanje preganja v vzporednem ali naknadnem postopku, in omogoča ugotovitev, ali se isti domnevni kršitelj kaznuje iz istega razloga. Če natančnejša preučitev ne pokaže, da gre za ista pravna interesa, zavarovana z zadevnima zakonodajnama okviroma, bi bilo treba dovoliti njuno vzporedno uresničevanje, namesto da se eden od njiju dejansko izključi, ker se uporabljajo merila Engel in ker je razlaga pojma *idem* široka.

133. Zato bi morala presoja *idem* za namene člena 50 Listine temeljiti na *trojni istovetnosti*: kršitelja, zadevnih dejstev in varovanega pravnega interesa.

134. Prvič, pogoj v zvezi z istovetnostjo kršitelja je precej jasen in v obravnavani zadevi vsekakor ni sporen.

135. Drugič, glede zadevnih dejstev bi poudaril, da se dejansko zahteva njihova istovetnost in ne zgolj „podobnost“. Seveda je treba opozoriti, da se lahko zgodi, da se bo naknadni postopek nanašal le na del dejstev (časovna, vsebinska), ki so se upoštevala v prejšnjem postopku. Toda bistvo je, da v delu, v katerem se oba sklopa dejstev dejansko prekrivata, mora znotraj tega prekrivanja obstajati istovetnost.

136. Tretjič, kaj je varovani pravni interes? Družbena dobrina ali družbena vrednota, ki naj bi jo zadevni zakonodajni okvir ali njegov del varoval in ohranjal. Gre za tisto dobrino ali vrednoto, ki ji zadevno kaznivo dejanje škodi ali vanjo posega.

137. V kazenskem pravu ali upravnem pravu je razlikovanje med različnimi varovanimi pravnimi interesi na precej specifični ravni dobro uveljavljeno. V nacionalnem zakoniku bi bilo običajno navedeno, katere interese ali vrednote krši posamezno kaznivo dejanje (kazniva dejanja zoper življenje, lastnino, telesno nedotakljivost ali državo itd.). To razlikovanje bi dejansko lahko postalo veliko bolj zapleteno na različnih vzporednih področjih javne uprave in če bi se upoštevalo v različnih nacionalnih jurisdikcijah in na različnih področjih regulacije.

138. Kljub temu je mogoče poudariti, da varovani pravni interes *ni* enak objektivni strani kaznivega dejanja, kot ga opredeljuje nacionalna zakonodaja. Je le en njegov element, opredeljen bolj abstraktno. Določitev pravnega interesa ali vrednote, ki naj bi se zavaroval(-a) s kriminalizacijo nekaterih dejanj v nacionalni zakonodaji, je naravna izhodiščna točka. Vendar pa nikakor ni odločilna.

139. Opredelitev varovanega pravnega interesa, ocenjena za namen člena 50 Listine, ne sme kopirati nacionalnih oznak in nacionalnih pravnih posebnosti. Država članica se v praksi ne more izogniti uporabi načela *ne bis in idem* tako, da v svoj nacionalni pravni red preprosto uvede precej neobičajna kazniva dejanja. V takih primerih je treba pri uporabi načela *ne bis in idem* z ustrezno stopnjo abstraktnosti ponovno izpostaviti učinkovito varovani pravni interes glede na dejstva domnevnega kaznivega dejanja. Na neki način je to prizadevanje podobno presoji dvojne kaznivosti v različnih sistemih pravosodnega sodelovanja v kazenskih zadevah. Prav tako je treba v zvezi s tem natančen opis in dejstva „delokalizirati“ iz specifičnega nacionalnega zakonodajnega okvira.¹⁰⁶

140. Kot primer bi se lahko vzela kazniva dejanja zoper življenje in telesno nedotakljivost drugih oseb. Če nasilni napad na drugo osebo povzroči njeno smrt, za ugotavljanje varovanega pravnega interesa ni pomembno, ali nacionalna zakonodaja glede na posebne dejanske okoliščine to dejanje opredeljuje kot umor, uboj ali le hudo telesno poškodbo, ki povzroči smrt. Ključna točka je, da je z enim nasilnim dejanjem nad drugim človekom (istovetnost dejanja) isti kršitelj (istovetnost kršitelja) škodil isti vrsti varovanega pravnega interesa, in sicer življenju in telesni nedotakljivosti druge osebe (istovetnost varovanega pravnega interesa).

141. Ta primer zahteva končno ugotovitev. Koncept pravnega interesa, zavarovanega s posebnim pravilom, in cilj, ki mu to pravilo sledi, sta v praksi verjetno medsebojno tranzitivna. Sta dve oznaki, ki se nanašata na isto vprašanje – predmet in namen določenega pravila.

4. Ponazoritve

142. Delovanje in izvedljivost predlaganega razumevanja pojma *idem* v smislu člena 50 Listine bi se lahko ponazorila z naslednjimi tremi primeri.

143. Prvič, obstaja primer, ki vključuje dva kazenska postopka v dveh različnih državah članicah v zvezi z istim kaznivim dejanjem, katerega teritorialne elemente in posledice je mogoče razdeliti glede na mejo. Lahko bi se imenoval primer van Esbroeck. V takem primeru (izvoz prepovedanih drog iz ene države in njihov takojšnji uvoz v drugo, verjetno z istim dejanjem) bi se domnevalo, da je varovani pravni interes v okviru kaznovanja za to isto dejanje v obeh državah dejansko isti: zaščita družbe in javnega zdravja pred prepovedanimi drogami. Dejanska istovetnost varovanih pravnih interesov v obeh postopkih, ki v takih primerih še zdaleč ni nepomembna, bi preprečila poznejši pregon istega kaznivega dejanja v drugi državi članici.

144. Drugič, primer Menci. Nanaša se na kombinacijo kazenskega in upravnega postopka v isti državi članici, ki sta se na podlagi meril Engel preoblikovala v kombinacijo dveh kazenskih postopkov. Drugi postopek bi lahko bil dovoljen, če bi zakonodaja, ki se uporabi, štela drug pravni interes, na primer učinkovito pobiranje in izterjavo davkov v upravnem postopku ter kazen za kaznivo dejanje zoper javne finance.

145. Vendar v takih primerih, na primer v zvezi z DDV, konceptualno težavo predstavlja obstoj tega, kar bi se lahko označilo kot „presežek upravne kazni“. To se zgodi takrat, kadar (davčna) uprava ne zahteva le neplačanih zneskov, po možnosti z obrestmi, ampak naloži še dodatno globo (ki je označena kot: globa, davčna globa itd.). Zaradi tega presežka upravni postopek po merilih Engel običajno postane „kazenski“.

¹⁰⁶ Za dejanski primer in podrobno razpravo glej moje sklepne predloge v zadevi Grundza (C-289/15, EU:C:2016:622).

146. Naknadni postopek, s katerim je bil izvršen takšen „presežek“, v sodbi Menci ni veljal za problematičnega, v zadevah Garlsson in Di Puma pa se je štel za nedopustnega. Razlikovanje ciljev, ki se zasledujejo, in pravnih interesov, varovanih v takih primerih, ne bo enostavno. Če naj bi se z upravnim pravilom doseglo ne le plačilo zapadlih dolgov (z morebitnimi zamudnimi obrestmi), ampak tudi naložila kaznovalna globo, se ustrezna področja uporabe kazenskih in upravnih pravil prekrivajo z vidika ciljev, ki se zasledujejo.

147. Ta ideja je, kot kaže, dobro ponazorjena v zadevi Menci. V tej zadevi je Sodišče priznalo zakonitost naknadnega kazenskega postopka. Ker je Sodišče ugotovilo, da kombinacija zadevnih upravnih in kazenskih pravil sledi cilju splošnega interesa, to je pobiranju dolgovanega DDV, je dodatno pojasnilo, da „je kumulacijo postopkov in sankcij kazenske narave mogoče utemeljiti, če se te [...] nanašajo na komplementarne cilje, katerih predmet so glede na okoliščine različni vidiki istega zadevnega kršitvenega ravnanja“. ¹⁰⁷ Čeprav je Sodišče to nalogo prepustilo predložitvenemu sodišču, je dodalo tudi, da je „očitno legitimno, da država članica želi preprečiti in kaznovati [...] s tem, da [...] naloži pavšalno določene upravne sankcije na eni ter odvrča in kaznuje hude kršitve teh pravil, ki so posebej škodljive za družbo in ki utemeljujejo sprejetje strožjih kazenskih sankcij, na drugi strani“. ¹⁰⁸

148. Nasprotno pa je Sodišče v sodbi Garlsson ugotovilo, da bi izvedba upravnega postopka *po* obsodbi v kazenskem postopku „presegala to, kar je nujno potrebno za uresničitev cilja“, da se zagotovita integriteta finančnih trgov Evropske unije in zaupanje javnosti v finančne instrumente. ¹⁰⁹ Podobno sklepanje, ki opozarja na čezmerno kazen, se je uporabilo v sodbi Di Puma, ki je vključevala oprostilno kazensko sodbo v prejšnjem kazenskem postopku in poznejši upravni postopek za ista dejanja trgovanja na podlagi notranjih informacij. ¹¹⁰

149. Naj gre za člen 52(1) Listine ali obseg zaščite po členu 50 Listine, v obeh primerih je ključna razlika med varovanimi pravnimi interesi ali komplementarnimi cilji, ki se zasledujejo. Po mojem mnenju je konceptualno mogoče razlikovati samo med različnimi cilji in razlogi (in s tem pravnimi interesi) izterjave dolga na eni strani ter kaznovanja in odvrčanja na drugi strani. Vendar ko kaznovanje v davčnem/upravnem postopku presega izterjavo zneskov z obrestmi ali ko se v kazenskem postopku zahteva tudi izterjava kakršnih koli dolgovanih zneskov, konceptualna razlika med njima preprosto izgine in dejansko se sproži prepoved ponavljanja postopkov po načelu *ne bis in idem*, takšno je vsaj moje mnenje.

150. V takih razmerah, ki bodo najbrž omejene na eno in isto državo članico, je tudi povsem upravičeno zahtevati, da ta država članica koordinira zadevne postopke. Logično je, da bo davčna uprava verjetno najprej preiskovala in preganjala primere davčne utaje. Če ugotovljena davčna utaja doseže določeno težo ali prag, se lahko narava preiskave in pregona spremeni, iz zgolj upravne v kazensko. Natančno razmerje med obema postopkoma mora urediti posamezna država članica, pri čemer je treba opozoriti, da na koncu ne sme priti do tega, da davčna uprava in kazensko sodišče isto dejanje kaznujeta s sankcijo, ki je po naravi kazenska.

151. Tretjič, obstaja primer vzporednih ali naknadnih upravnih postopkov v različnih državah članicah, kjer se kazenska narava teh postopkov določi na podlagi meril Engel. Do teh primerov lahko pride v okviru ene in iste pravne ureditve v Evropski uniji (npr. konkurenca, varstvo podatkov), pa tudi v zvezi z istimi dejanji, ki pa jih različni organi preganjajo v različnih

¹⁰⁷ Sodba z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, točka 44).

¹⁰⁸ Prav tam, točka 45.

¹⁰⁹ Sodba z dne 20. marca 2018, Garlsson Real Estate in drugi (C-537/16, EU:C:2018:193, točki 46 in 59).

¹¹⁰ Sodba z dne 20. marca 2018, Di Puma in Zecca (C-596/16 in C-597/16, EU:C:2018:192, točki 43 in 44).

regulativnih okvirih.¹¹¹ Zlasti v takih primerih se bo pojavilo vprašanje istovetnosti varovanega pravnega interesa. Po drugi strani pa v takšnih primerih v praksi pogosto ni zagotovljena istovetnost dejstev zaradi teritorialnosti kaznivega dejanja, kot je na primer v okviru konkurenčnega prava razložila generalna pravobranilka J. Kokott v svojih sklepnih predlogih v zadevi Toshiba¹¹² in kar sem sam podrobneje pojasnil v svojih sklepnih predlogih v vzporedni zadevi Nordzucker.

5. Obravnavana zadeva

152. Obravnavana zadeva se nanaša na dva upravna postopka, ki sta bila a priori opredeljena kot kazenska po merilih Engel in ki se izvajata v eni državi članici. Tako predstavlja različico zgoraj navedenega tretjega primera, vendar je omejena na isto državo članico. Lahko pa bi se obravnavala tudi kot sprememba primera Menci: obstaja v isti državi članici, vendar vključuje dva postopka, ki sta kazenska, a ne zaradi svoje prvotne nacionalne zasnove, temveč zaradi meril Engel.

153. Sektorski postopek pred IBPT je temeljil na nacionalni zakonodaji, s katero se prenaša Direktiva 97/67. Namen te direktive je s prepovedjo diskriminacije in naložitvijo obveznosti preglednosti postopno uvajati tržne pogoje za poštno storitve. Postopek zaradi varstva konkurence se je začel zatem. Nanašal se je na uveljavljanje prepovedi zlorabe prevladujočega položaja, ki štiti svobodno konkurenco.

154. Omeniti je treba, da je ESČP kaznivo dejanje zlorabe prevladujočega položaja načeloma že priznalo kot kaznivo dejanje zaradi uporabe kazenskega dela člena 6 EKČP.¹¹³ Seveda obstaja ustaljena sodna praksa Sodišča, po kateri se načelo *ne bis in idem* uporablja na področju konkurenčnega prava EU.¹¹⁴

155. Očitno takšna presoja v zvezi s prekrški prepovedi diskriminacije in obveznosti preglednosti ponudnikov poštnih storitev ni bila izvedena. Vendar se zdi, da predložitveno sodišče in vsi intervenienti izhajajo iz predpostavke, da so glede tega kaznivega dejanja izpolnjena tudi merila Engel. Zato bom tudi jaz nadaljeval na podlagi te predpostavke, vendar kljub temu ugotavljam, da mora predložitveno sodišče ugotoviti, ali to res drži.

156. Kaže, da je istovetnost kršitelja ugotovljena. Glede istovetnosti dejstev ugotavljam, da je v zvezi s tem več intervenientov izrazilo dvom. Poleg tega so vprašanja predložitvenega sodišča oblikovana precej sporno, saj predpostavljajo, da je za izpolnitev merila istovetnosti dejstev dovolj, da so „dejstva podobna“.

157. Še enkrat poudarjam, da se morajo dejanja, na katera se nanašata oba obravnavana postopka, prekrivati, da se lahko ugotovi istovetnost dejstev. Ni dovolj, da so dejanja zgolj podobna. Predložitveno sodišče mora to vprašanje preveriti, da ugotovi, ali se oba postopka res opirata na

¹¹¹ V tem okviru glej na primer zadevo C-252/21, Facebook, ki je trenutno v obravnavi in ki med drugim odpira vprašanje pristojnosti nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, v drugi državi članici, kot je država članica, v kateri ima podjetje sedež, pri čemer je slednje merilo običajno odločilno za dodelitev pristojnosti nacionalnemu organu za varstvo podatkov v skladu s Splošno uredbo o varstvu podatkov.

¹¹² Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, EU:C:2011:552, točki 130 in 131).

¹¹³ Sodba ESČP z dne 27. septembra 2011, Menarini Diagnostics S.R.L. proti Italiji (CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, točka 440).

¹¹⁴ Točke od 43 do 52 teh sklepnih predlogov.

ista materialna dejstva, ki se razumejo kot med seboj neločljivo povezane konkretne okoliščine.¹¹⁵ Če istovetnost dejstev ne obstaja, zaščite na podlagi načela *ne bis in idem* ni mogoče sprožiti.

158. Nazadnje, obstaja istovetnost varovanega pravnega interesa, ki skupaj z istovetnostjo kršitelja in dejstev lahko pomeni *idem* v smislu istega kaznivega dejanja. Ali konkurenčno pravo, ki se uporablja v drugem postopku, in zlasti obravnavano kaznivo dejanje v okviru te regulativne ureditve ščitita iste pravne interese kot zadevno kaznivo dejanje v skladu z zakonodajo o poštnem trgu, ki se uporablja v sektorskem postopku?

159. Sektorski postopek je temeljil na členu 144b zakona z dne 21. marca 1991 o reformi nekaterih javnih gospodarskih podjetij, s katerim se izvajalcem univerzalne poštne storitve nalagajo nekatere obveznosti glede preglednosti in prepovedi diskriminacije pri sprejemanju in izvajanju njihovega sistema določanja tarif. V zvezi s tem je IBPT v svoji odločbi izrecno navedel, da ne presoja, ali je ravnanje družbe bpost v skladu s pravili EU o konkurenci ali nacionalnimi pravili o konkurenci, predvsem ker za to ni pristojen.

160. Kot je na obravnavi pojasnila belgijska vlada, je cilj zadevne ureditve poštних storitev liberalizacija notranjega trga poštних storitev. Prepoved diskriminacije in obveznost preglednosti naj bi določila okvir za ravnanje subjektov, ki so bili v preteklosti monopolisti. Ta cilj je načeloma časovno omejen. Sektorska ureditev temelji na predpostavki, da se bo trg poštних storitev postopoma preoblikoval, tako da bo na koncu zajel pogoje prostega trga.

161. Predložitveno sodišče v zvezi s konkurenčnim postopkom pojasnjuje, da belgijski organ, pristojen za konkurenco, družbe bpost ni kaznoval zaradi pomanjkanja preglednosti ali kakršnih koli diskriminatornih praks. Nacionalno konkurenčno pravo in zakonodajo EU je uporabil, da bi družbo bpost kaznoval zaradi protikonkurenčne prakse. Predložitveno sodišče je ugotovilo in belgijska vlada je na obravnavi potrdila, da je cilj te zakonodaje zaščititi konkurenco na notranjem trgu tako, da se gospodarskim subjektom prepove zloraba prevladujočega položaja. Po navedbah belgijskega organa, pristojnega za konkurenco, so prakse družbe bpost verjetno imele učinek izrinjenja na združevalce in potencialne konkurente družbe bpost na eni strani ter na drugi strani učinek ustvarjanja zvestobe pri največjih strankah družbe bpost, ki bi povečeval ovire pri vstopu v sektor distribucije.

162. Tako se zdi, da sta kaznivi dejanji, ki sta se preganjali zaporedoma v sektorskem in konkurenčnem postopku, povezani z varstvom drugačnega pravnega interesa in z zakonodajo, ki ima drugačen cilj, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče. Prvič, glede varovanega pravnega interesa doseganje liberalizacije nekaterih trgov, ki so bili pred tem monopolni, sledi drugačni logiki kot stalno in horizontalno varstvo konkurence. Drugič, to je očitno tudi iz neželenih učinkov, ki naj bi jih preprečilo kaznovanje vsakega od kaznivih dejanj. Če je cilj liberalizacija sektorja, potem morebitna škoda, ki bi se povzročila konkurenci višje in nižje v verigi, ni nujno vprašanje, ki bi ga moral obravnavati sektorski regulativni okvir. Nasprotno pa zloraba prevladujočega položaja, ki povzroči izkrivljanje konkurence višje in nižje v verigi glede na podjetje s prevladujočim položajem, še kako spada med pravila konkurence.

163. Pred zaključkom bi rad izpostavil, da se je v obravnavani zadevi veliko zatrjevalo, da je treba merilo pravnega interesa ohraniti, še posebej v konkurenčnem pravu. Razen družbe bpost vse stranke, ki so predložile pripombe, poudarjajo, da bi opustitev tega merila lahko povzročila, da bi konkurenčno pravo izgubilo ves učinek.

¹¹⁵ Sodba z dne 20. marca 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, točka 35).

164. Glede na preizkus, ki se predlaga v teh sklepnih predlogih, je to vprašanje brezpredmetno. Opozoril pa bi, da so natančno razmerje in posledice predlaganega preizkusa, ki se uporablja na posebnem področju konkurenčnega prava, bistvo mojih sklepnih predlogov v vzporedni zadevi Nordzucker. Zato je v tistih sklepnih predlogih na voljo bolj poglobljena razprava o tem vprašanju. Na tem mestu bi le spomnil, da se z vidika pogojev uporabe člena 50 Listine konkurenčno pravo s strukturnega vidika ne razlikuje od katerega koli drugega področja, ki ga zajema pravo EU. Zato bi moralo biti v skladu s pristopom, predlaganem v teh sklepnih predlogih, upoštevanje pravnega interesa del presoje vsakega *idem* v skladu s členom 50 Listine, za katerega velja posebna ureditev, kot na primer člen 54 KISS.

165. Iz vseh teh razlogov trdim, da načelo *ne bis in idem* iz člena 50 Listine ne preprečuje pristojnemu upravnemu organu države članice, da naloži globo zaradi kršitve konkurenčnega prava EU in nacionalnega konkurenčnega prava, kadar je bila ista oseba že pravnomočno oproščena v prejšnjem postopku, ki ga je vodil nacionalni poštni regulativni organ zaradi domnevne kršitve poštne zakonodaje, če je naknadni postopek na splošno drugačen z vidika bodisi istovetnosti kršitelja bodisi zadevnih dejstev ali z vidika varovanega pravnega interesa, katerega varovanje je cilj ustreznih zakonodajnih instrumentov v zadevnem postopku.

V. Predlog

166. Sodišču predlagam, naj na vprašanji, ki ju je predložilo Cour d'appel de Bruxelles (višje sodišče v Bruslju), odgovori, kot sledi:

- Načelo *ne bis in idem* iz člena 50 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah ne preprečuje pristojnemu upravnemu organu države članice, da naloži globo zaradi kršitve prava EU in nacionalnega prava, pod pogojem, da je naknadni postopek pred tem organom drugačen od prejšnjega z vidika bodisi istovetnosti kršitelja bodisi zadevnih dejstev ali z vidika varovanega pravnega interesa, katerega varovanje je cilj ustreznih zakonodajnih instrumentov v zadevnem postopku.