

Arrest Toshiba: toepassing *ne bis in idem*-beginsel in kartelzaken

Mr. G. Oosterhuis en mr. A.M. Huijts*

Het te bespreken arrest betreft prejudiciële vragen gesteld door de regionale rechtbank te Brno, Tsjechië¹ met betrekking tot het gasgeïsoleerd schakelmateriaal-kartel. Aan de orde komen de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten op grond van Verordening 2003/1/EG en het *ne bis in idem*-beginsel.

HvJ EU 14 februari 2012, zaak C-17/10, Toshiba e.a./ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, n.n.g.

Feiten

De zaak begon door een clementiemelding van ABB Ltd. bij de Europese Commissie. De Commissie heeft vervolgens de Tsjechische mededingingsautoriteit (*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, hierna UOHS) bij brief van 30 september 2004 laten weten dat zij van plan was een procedure in te leiden met betrekking tot gasgeïsoleerd schakelmateriaal. Zij merkt daarbij op dat het mededingingsversturende gedrag grotendeels had plaatsgevonden vóór 1 mei 2004 – zijnde de datum dat Tsjechië tot de EU is toetreden. De procedure zou voor de Commissie dan ook slechts betrekking hebben op de activiteiten van het kartel die vóór die datum op het grondgebied van de EU waren verricht en geen betrekking hebben op Tsjechië. Het zou volgens de Commissie namelijk moeilijk zijn enkel voor de laatste dagen dat het gedrag had plaatsgevonden – van 1 mei 2004 tot 11 mei 2004 – een geldboete op te leggen.

De Commissie leidt uiteindelijk op 20 april 2006 een boeteprocedure in op grond van (toen) artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU) en artikel 53 van de EER-Overeenkomst jo. Verordening 2003/1/EG, tegen onder meer Toshiba en de overige verzoeksters in de hier besproken uitspraak.

De Commissie legt vervolgens bij beschikking van 24 januari 2007² boetes op aan alle bij de procedure betrokken ondernemingen, behalve clementiemelder ABB Ltd. De totale boete bedroeg ruim 750 miljoen euro en de hoogste individuele boete was voor Siemens: ruim 396 miljoen euro. Volgens de Commissie ging het om een complex kartel dat wereldwijd actief was, behalve in de VS en Canada. De Commissie heeft de inbreuk gekwalificeerd als één enkele voortdurende inbreuk die liep van 15 april 1988 tot 11 mei 2004 en die tevens vanaf 1 januari 1994 een inbreuk vormde op artikel 53 van de EER-Overeenkomst. De einddatum heeft de Commissie vastgesteld op de datum van de laatste werkvergadering van het kartel, waarop de vertegenwoordigers van Siemens de andere kartelleden ervan in kennis stelden dat bij haar *damn raids* waren uitgevoerd.

Op 2 augustus 2006, dus nadat de Commissie de boeteprocedure heeft ingeleid, maar vóór de boetebeschikking, heeft UOHS een procedure ingeleid wegens schending van de Tsjechische mededingingswet. De betrokken ondernemingen waren dezelfde als de leden van het door de Commissie beboete kartel. UOHS heeft op 26 april 2007 boetes opgelegd aan de betrokken ondernemingen. Volgens UOHS hebben de ondernemingen tot 3 maart 2004 de Tsjechische mededingingswet geschonden. Deze einddatum heeft UOHS bepaald onder verwijzing naar de laatste datum waarvoor bewijs van het bestaan van de inbreuk kon worden geleverd, zijnde de datum van het laatste e-mailbericht in het dossier waaruit blijkt dat de kartelleden banden met elkaar onderhielden. Volgens verklaringen namens Tsjechië en UOHS ter zitting baseert het Tsjechische mededingingsrecht zich op andere beoordelingscriteria ter bepaling van het einde van een inbreuk dan de Commissie.

In beroep bij de regionale rechtbank van Brno voeren Toshiba e.a. (hierna: verzoeksters) met name aan dat UOHS de duur van de inbreuk niet correct heeft bepaald en de einddatum bewust vóór toetreding van Tsjechië tot de EU heeft gesitueerd, om zo de toepassing van de Tsjechische mededingingswet te rechtvaardigen.

* Mr. G. Oosterhuis is advocaat bij Houthoff Buruma in Brussel. Mr. A.M. Huijts is eveneens advocaat bij Houthoff Buruma in Brussel.

1. Voluit: Krajský soud v Brně.

2. Zaak COMP/38.899, *Gasgeïsoleerd schakelmateriaal*.

digen. Met een beroep op artikel 11 lid 6 Verordening 2003/1/EG³ stellen verzoeksters dat UOHS niet langer bevoegd was om een nationale procedure te voeren, aangezien de Commissie al op Europees niveau een procedure had ingeleid. De nationale procedure vormde dus een inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel, dat dubbele bestraffing verbiedt.

De regionale rechtbank van Brno heeft de UOHS-beschikking daarop vernietigd, aangezien zij van oordeel was dat het gedrag van verzoeksters één enkele voortdurende inbreuk vormde en dat UOHS gelet op de Commissiebeschikking ten onrechte de einddatum van de inbreuk op 3 maart 2004 had bepaald. Volgens de rechtbank duurde de inbreuk voort tot 11 mei 2004, dus tot na de toetreding van Tsjechië tot de EU en daarmee tot na de inwerkingtreding van Verordening 2003/1/EG. De nieuwe procedure van UOHS is dus in strijd met het *ne bis in idem*-beginsel, nu de Commissie reeds een procedure had ingeleid op grond van artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU). De rechtbank was voorts van oordeel dat UOHS op grond van de eerste volzin van artikel 11 lid 6 Verordening 2003/1/EG niet langer bevoegd was om de betrokken zaak te behandelen op grond van artikel 81 EG-Verdrag.

De hoogste bestuursrechter van Tsjechië vernietigt in cassatie de uitspraak van de regionale rechtbank. Hij meent dat de regionale rechtbank de inbreuk ten onrechte als een voortdurende inbreuk kwalificeert en oordeelt dat sprake was van twee afzonderlijke inbreuken. De datum van toetreding van Tsjechië tot de EU vormde in dit verband een scharniermoment, omdat deze tot een bevoegdheidswijziging leidde: het kartel viel op het Tsjechische grondgebied tot de datum van toetreding uitsluitend onder de bevoegdheid van UOHS en kon enkel op basis van nationaal recht worden vervolgd. De hoogste bestuursrechter heeft de zaak vervolgens terugverwezen naar de rechtbank van Brno, die de volgende twee prejudiciële vragen stelt.

Prejudiciële vragen

1. Moeten artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU) en Verordening 2003/1/EG aldus worden uitgelegd dat die regelingen (in na 1 mei 2004 ingeleide procedures) van toepassing zijn op de gehele periode waarin het kartel actief is geweest, die in de Tsjechische Republiek is begonnen vóór toetreding van die staat tot de Europese Unie (dus vóór 1 mei 2004) en heeft voortgeduurd en tot een einde is gekomen na haar toetreding tot de Unie?
2. Moet artikel 11 lid 6 Verordening 2003/1/EG in samenhang met artikel 31 lid 1 Verordening 2003/1/
3. Dit artikellid luidt: 'Wanneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III [inbreukbeschikkingen, voorlopige maatregelen, toezeggingbeschikkingen en vaststelling niet-toepasselijkheid] moet leiden, ontnemt dit de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. (...)'.

EG en punt 17 van de considerans ervan, jo. punt 51 van de mededeling van de Commissie, het *ne bis in idem*-beginsel als neergelegd in het Handvest en de algemene rechtsbeginselen van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat wanneer de Commissie na 1 mei 2004 een procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG-Verdrag inleidt en een beschikking geeft in die zaak:

- a. vanaf dat moment de zaak automatisch is onttrokken aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten?
- b. de mededingingsautoriteiten van de lidstaten niet meer bevoegd zijn om op die zaak bepalingen van nationaal recht toe te passen die dezelfde regeling als artikel 81 EG-Verdrag bevatten?

Beantwoording door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie is het niet eens met de formulering van de eerste vraag. Deze wordt volgens het Hof van Justitie verklaard door het feit dat de verwijzende rechter vindt dat de inbreuk kwalificeert als één enkele voortdurende gedraging waaraan pas een einde is gekomen na de toetreding van Tsjechië tot de EU. In deze visie zou de gedraging in haar geheel moeten worden getoetst aan de regelgeving die van toepassing was op de dag waarop het gedrag is geëindigd, te weten artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU) en Verordening 2003/1/EG. De verwijzende rechter zou – met verzoeksters – menen dat de Commissiebeschikking ook betrekking heeft op Tsjechië zodat UOHS na toetreding van Tsjechië niet bevoegd was een vervolging in te stellen, zelfs niet voor de periode vóór toetreding.

Het Hof van Justitie merkt echter op dat de Commissie in de brief van 30 september 2004 aan UOHS heeft gepreciseerd dat haar onderzoek slechts betrekking zou hebben op de activiteiten van het kartel op het pre-uitbreiding grondgebied van de EU. Voorts worden in de Commissiebeschikking geen sancties opgelegd voor de gevolgen van het kartel op Tsjechisch grondgebied vóór 1 mei 2004. Tot slot geldt uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie dat de UOHS-beschikking uitsluitend betrekking heeft op mededingingsverstoringen die het kartel vóór 1 mei 2004 op het Tsjechische grondgebied heeft gehad, aldus het Hof van Justitie.

Eerste vraag

Het Hof van Justitie herformuleert de eerste vraag dus tot de vraag of artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU) en artikel 3 lid 1 Verordening 2003/1/EG in het kader van een na 1 mei 2004 ingeleide procedure van toepassing kunnen zijn op een kartel dat vóór 1 mei 2004 gevolgen heeft gehad op het grondgebied van een lidstaat die op die datum tot de EU is toegetreden. In dit verband herhaalt het Hof van Justitie allereerst zijn vaste rechtspraak dat procedureregels geacht wor-

den te gelden voor alle bij de inwerkingtreding ervan aanhangige geschillen.⁴ Materiële regels daarentegen gelden alleen ten aanzien van ná de inwerkingtreding ervan verworven rechtsposities, tenzij uit hun bewoordingen, doelstellingen of opzet anders blijkt.⁵ Artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU) en artikel 3 lid 1 Verordening 2003/1/EG zijn materiële regels en er zijn geen indicaties, ook niet in de toetredingsakte van Tsjechië, dat deze twee bepalingen in deze zaak met terugwerkende kracht mogen worden toegepast.

Met een beroep op het beginsel van de retroactieve toepassing van de lichtste straf hadden sommige verzoekers eveneens gesteld dat dit beginsel rechtvaardigt dat de gevolgen die het kartel vóór 1 mei 2004 had in Tsjechië, worden getoetst aan artikel 81 EG-Verdrag (nu art. 101 VWEU) en Verordening 2003/1/EG. Het Hof van Justitie erkent dat het beginsel van de retroactieve toepassing van de lichtste straf in het Unierecht geëerbiedigd moet worden, maar dat partijen met hun argument in werkelijkheid beogen te bereiken dat UOHS niet bevoegd is om voor de periode vóór 1 mei 2004 een boete op te leggen. Dit zou geen toepassing zijn van het beginsel van de retroactieve toepassing van de lichtste straf, maar van het *ne bis in idem*-beginsel, waardoor deze kwestie pas bij de beantwoording van de tweede vraag aan de orde komt.

Tweede vraag

De tweede vraag komt er volgens het Hof van Justitie op neer dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of een na 1 mei 2004 door de Commissie ingeleide boete-procedure de mededingingsautoriteit van een op die datum toetreden Lidstaat voorgoed de bevoegdheid ontnemt op grond van nationaal mededingingsrecht een vervolging in te stellen van een kartel dat vóór toetreding op het grondgebied van die staat gevolgen heeft gehad. De vraag valt uiteen in (1) de uitlegging van artikel 11 lid 6 jo. artikel 3 lid 1 Verordening 2003/1/EG en de afbakening van de bevoegdheden van de Commissie en UOHS; en (2) de speelruimte waarover UOHS beschikt om het nationale mededingingsrecht toe te passen, gelet op het *ne bis in idem*-beginsel.

1. Uitleg artikel 11 lid 6 jo. artikel 3 lid 1 Verordening 2003/1/EG

Het Hof van Justitie overweegt allereerst dat artikel 11 lid 6 Verordening 2003/1/EG – de mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn niet meer bevoegd artikel 81 en 82 EG-Verdrag (nu art. 101 en 102 VWEU) toe te passen zodra de Commissie een procedure begint – een procedurereguleerend vormt en bijgevolg vanaf 1 mei 2004 van toepassing is in alle lidstaten, ook waar het gaat om kartelprocedures die betrekking hebben op situaties die vóór die datum zijn ontstaan. Het Hof van

Justitie herinnert er direct aan dat de beschikking van UOHS uitsluitend ziet op de gevolgen van het kartel vóór 1 mei 2004. Artikel 11 lid 6 Verordening 2003/1/EG kan niet zonder meer verhinderen dat de bepalingen van nationaal mededingingsrecht op deze periode worden toegepast.

Het Hof van Justitie bespreekt vervolgens de reikwijdte van het bevoegdheidsverlies van de nationale mededingingsautoriteiten. Uit artikel 11 lid 6 jo. artikel 3 lid 1 Verordening 2003/1/EG blijkt dat de nationale mededingingsautoriteiten niet alleen het EU-mededingingsrecht, maar ook een deel van hun nationale mededingingsrecht niet meer mogen toepassen zodra de Commissie een procedure begint. De bepalingen die nog wel mogen worden toegepast, zijn strengere nationale wetten die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen, nationale fusiecontroleregels en nationale regels die overwegend een doelstelling nastreven die verschilt van de met artikel 81 en 82 EG-Verdrag (nu art. 101 en 102 VWEU) nagestreefde doelstellingen.⁶ Voor het overige geldt echter dat wanneer de nationale mededingingsautoriteit onbevoegd is om artikel 81 EG-Verdrag toe te passen omdat de Commissie een procedure is begonnen, deze autoriteit tevens de bevoegdheid verliest om het nationale kartelverbod toe te passen.

Echter, dit bevoegdheidsverlies is volgens het Hof van Justitie niet blijvend en definitief. Zodra de door de Commissie gevoerde procedure is beëindigd, worden de nationale mededingingsautoriteiten opnieuw bevoegd. Het mededingingsrecht van de EU en het nationale mededingingsrecht zijn volgens het Hof van Justitie naast elkaar van toepassing⁷ en deze situatie is door de inwerkingtreding van Verordening 2003/1/EG niet gewijzigd.

Het Hof van Justitie vindt steun voor deze uitleg in de totstandkomingsgeschiedenis van Verordening 2003/1/EG. In een eerder voorstel voor deze verordening had de Commissie namelijk opgenomen dat wanneer een inbreuk op artikel 81 of 82 EG-Verdrag (nu art. 101 en 102 VWEU) de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, uitsluitend het EU-mededingingsrecht van toepassing is, met uitsluiting van de nationale regels.⁸ Anders dan dit voorstel, bevat artikel 3 Verordening 2003/1/EG juist de mogelijkheid om in dezelfde zaak zowel EU-mededingingsrecht als nationaal mededingingsrecht toe te passen.

Ter onderbouwing wijst het Hof van Justitie voorts op artikel 16 lid 2 Verordening 2003/1/EG, dat nationale mededingingsautoriteiten verbiedt beslissingen te nemen over overeenkomsten of gedragingen die in strijd

4. Onder andere HvJ EG 12 november 1981, gevoegde zaken 212/80-217/80, *Meridionale Industria Salumi e.a.*, Jur. p. 2735, punt 9 en HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06, *Varec*, Jur. p. I-581, punt 27. Zie punt 47 van de besproken uitspraak voor een volledig overzicht.

5. HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-369/09 P, *ISD Polska e.a./Commissie*, n.n.g., punt 98.

6. Zie art. 3 lid 2 laatste volzin en lid 3 Verordening 1/2003/EG.

7. HvJ EG 9 september 2003, zaak C-137/00, *Milk Marque en National Farmers' Union*, Jur. p. I-7975, punt 61; HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Manfredi e.a.*, Jur. p. I-6619, punt 38.

8. Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1017/68, verordening (EEG) nr. 2988/74, verordening (EEG) nr. 4056/86 en verordening (EEG) nr. 3975/87 [COM(2000)582 def.], *PbEG* 2000, C 365 E, p. 284.

zijn met eerder door de Commissie over die overeenkomsten of gedragingen gegeven beschikkingen. Dit impliceert dat nationale mededingingsautoriteiten hun bevoegdheid behouden om op te treden, zelfs wanneer de Commissie al een beschikking heeft gegeven. Artikel 16 lid 2 Verordening 2003/1/EG zegt dit expliciet ten aanzien van het EU-mededingingsrecht, maar geldt – aldus het Hof van Justitie – *a fortiori* voor de toepassing van het nationale mededingingsrecht door nationale mededingingsautoriteiten. Het Hof van Justitie benadrukt dat artikel 16 lid 2 niet alleen is geschreven voor de situatie dat de Commissie vooraf heeft vastgesteld dat artikel 81 of 82 EG-Verdrag (nu art. 101 en 102 VWEU) niet van toepassing is – zoals sommige verzoeksters en de verwijzende rechter meenden – maar ook voor veroordelende beschikkingen.

Het Hof van Justitie concludeert over de uitleg van artikel 11 lid 6 jo. artikel 3 lid 1 Verordening 2003/1/EG dat een nationale mededingingsautoriteit niet blijvend en definitief haar bevoegdheid verliest om nationaal mededingingsrecht toe te passen, wanneer de Commissie een procedure begint die een beschikking op grond van de verordening moet leiden. Deze artikelen kunnen *a fortiori* niet in de weg staan aan oplegging van een sanctie voor gevolgen van een kartel vóór toetreding tot de EU op het grondgebied van de betreffende Lidstaat.

2. *Ne bis in idem*

Het *ne bis in idem*-beginsel moet in kartelprocedures in acht worden genomen.⁹ Het verbiedt dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd wegens een mededingingsversturende gedraging waarvoor zij is bestraft of juist niet-aansprakelijk is verklaard bij een eerdere beslissing waartegen geen beroep meer openstaat.¹⁰

Volgens het Hof van Justitie is voor de toepasselijkheid van het beginsel niet van belang dat de beschikking van UOHS betrekking heeft op een periode vóór toetreding van Tsjechië tot de EU. De vraag of het beginsel in een Unierechtelijke context *ratione temporis* van toepassing is, hangt niet af van de datum waarop de feiten zijn gepleegd, maar van de datum waarop de sanctieprocedure is ingeleid. Nu UOHS de sanctieprocedure op 2 augustus 2006, ruim twee jaar na toetreding, heeft ingeleid, moest UOHS het *ne bis in idem*-beginsel in acht nemen.

Het beginsel verzet zich volgens het Hof van Justitie echter niet tegen toepassing van Tsjechisch mededingingsrecht door UOHS in een zaak als de onderhavige. Toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel is in mededingingszaken afhankelijk van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn.¹¹ In de onderhavige zaak is hoe

dan ook niet voldaan aan de voorwaarde dat de feiten dezelfde zijn, aldus het Hof van Justitie.

Volgens het Hof van Justitie moet namelijk, bij de vraag of dezelfde feiten aan de orde zijn, gekeken worden naar het gebied en de periode waarin de mededingingsbeperkingen speelden. Het Hof van Justitie stelt vast dat de Commissiebeschikking geen betrekking heeft op de mededingingsbeperkende gevolgen van het kartel in de periode vóór 1 mei 2004 in Tsjechië – zoals o.a. blijkt uit de boeteberekening¹² – terwijl UOHS enkel voor dit grondgebied en voor deze periode boetes heeft opgelegd.

Het Hof van Justitie antwoordt daarom op het tweede deel van de tweede vraag dat het *ne bis in idem*-beginsel er niet aan in de weg staat dat een nationale mededingingsautoriteit boetes oplegt ter bestraffing van de gevolgen die een kartel vóór toetreding van de betreffende Lidstaat tot de EU had op het grondgebied van die Lidstaat, wanneer de boetes die de Commissie heeft opgelegd bij een beschikking die vóór de vaststelling van de beschikking van deze nationale mededingingsautoriteit is gegeven, niet tot doel hadden deze gevolgen te bestraffen.

Commentaar

De passages in het arrest over de toepassing van Verordening 2003/1/EG vormen een welkome herinnering dat het feit dat de Commissie een kartelzaak oppakt niet direct betekent dat van de nationale mededingingsautoriteiten niets meer valt te vrezen. Niet alleen blijven zij – ook gedurende een onderzoek van de Europese Commissie – bevoegd strengere nationale misbruikregels toe te passen (art. 3 lid 2),¹³ bovendien herleeft hun bevoegdheid om het kartelverbod toe te passen zodra de Commissie haar beschikking heeft genomen. Dit geldt niet alleen voor nationale kartelverboden¹⁴ maar ook voor het Europese kartelverbod.¹⁵ Verordening 2003/1/EG staat er dus volgens het Hof van Justitie niet aan in de weg dat de nationale mededingingsautoriteiten zowel hun nationale als ook het Europese kartelverbod opnieuw toepassen op een gedraging waarvoor de Commissie al een boete heeft opgelegd. Enkel het *ne bis in idem*-beginsel staat hieraan in de weg. Het is uiteraard de toepassing van dit beginsel die het arrest *Toshiba* interessant maakt.

Als inleiding kan daarover worden opgemerkt, dat het merkwaardig is dat de Commissie en de UOHS, die toch grotendeels van dezelfde feiten uitgaan, tot een verschillende einddatum van het kartel komen. Het is het voor de overzichtelijkheid van de rechtsvraag opvallend

9. HvJ EG 15 oktober 2002, zaak C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, Jur. p. I-8375, punt 59; HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-204/00, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, Jur. p. I-123, punten 338-340; en HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-289/04, *Showa Denko/Commissie*, Jur. p. I-5859, punt 50.

10. *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, punt 59.

11. *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 338.

12. Punt 478 van de beschikking bepaalt immers dat de Commissie de in 2003 door de karteldeelnemers in de EER behaalde omzet als basis voor de boeteberekening heeft genomen.

13. Net als regels over concentratiecontrole en bepalingen die in hoofdzaak een ander doel nastreven dan de bescherming van de mededinging.

14. R.o. 79 t/m 83.

15. R.o. 84 t/m 87.

handig dat het UOHS concludeert tot een einddatum die (net) vóór toetreding tot de EU ligt. Er is duidelijk veel procesenergie gestopt in dit punt, maar voor het Hof van Justitie lijkt de precieze einddatum niet relevant, zoals hieronder toegelicht.

Volgens het Hof van Justitie is toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel afhankelijk van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn. Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar zijn eerdere uitspraak in de zaak *Aalborg Portland*. Opmerkelijk is dat het Hof van Justitie in *Aalborg Portland* inderdaad deze drievoudige voorwaarde stelt, maar zonder daarbij een bron te noemen of expliciet aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM,¹⁶ de internationaal strafrechtelijke tribunaal of het Internationale Strafhof.

Volgens het Hof van Justitie is in onderhavige zaak niet voldaan aan de voorwaarde dat de feiten dezelfde zijn. De Commissiebeschikking ziet volgens het Hof van Justitie op de (toenmalige) EEG en EER, waartoe Tsjechië niet behoorde. De Commissiebeschikking legt voorts geen sanctie op voor de mededingingsverstoringe gevolgen van het kartel in Tsjechië, terwijl UOHS juist enkel voor die gevolgen in Tsjechië een boete had opgelegd. Daarom was sprake van verschillende feiten en staat het *ne bis in idem*-beginsel niet in de weg aan de beboeting door UOHS.

In dit kader is van belang dat het *ne bis in idem*-beginsel weliswaar een internationaal beginsel is, maar dat het – tot op heden – nauwelijks internationaal wordt toegepast,¹⁷ dat wil zeggen dat het verbiedt dat een persoon door een en dezelfde staat meerdere malen wordt veroordeeld voor dezelfde overtreding. Het staat er echter niet aan in de weg dat verschillende soevereine staten elk voor zich een persoon straffen voor dezelfde overtreding.¹⁸ Volgens de feiten zoals vastgesteld door het Hof van Justitie, had de beslissing van UOHS enkel betrekking op een inbreuk in de periode dat Tsjechië geen lid was van de EU. Het Hof van Justitie had dus kunnen oordelen dat het Tsjechië vrij stond een boete op te leggen voor het kartel, ook al had de Commissie voor (gedeeltelijk) dezelfde feiten een boete opgelegd, aangezien Tsjechië en de Commissie in de relevante periode twee afzonderlijke internationaalrechtelijke entiteiten waren. De vaststelling dat het kartel in Tsjechië net iets eerder was beëindigd dan in de rest van Europa, zou

met dit doel geconstrueerd kunnen zijn. Wat daar ook van zij, in het licht van de feiten zoals als vaststaand aangenomen door het Hof van Justitie – inhoudende dat de inbreuk in Tsjechië niet overlapt met die in de EU – en het feit dat het *ne bis in idem*-beginsel per soevereine staat moet worden toegepast, lijkt de toepassing door het Hof van Justitie van het beginsel correct. Voor zover de beëindiging van het kartel naar Tsjechische maatstaven vóór de toetreding van Tsjechië tot de EU lag, had de Europese Commissie voor deze feiten geen boete op kunnen leggen en is de uitkomst van dit arrest ook wenselijk voor de effectieve handhaving van het kartelverbod.

Echter, de uitleg van het Hof van Justitie van Verordening 2003/1/EG in combinatie met het *ne bis in idem*-beginsel lijkt ook tot minder wenselijke uitkomsten te kunnen leiden.

Immers, voorstelbaar is dat de Commissie voor een bepaald kartel boetes oplegt en aangeeft dat het kartel in lidstaten A, B en C gevolgen heeft gehad. Nadat de Commissie haar beschikking heeft genomen zijn de nationale mededingingsautoriteiten op grond van artikel 6 lid 2 Verordening 2003/1/EG opnieuw bevoegd het mededingingsrecht op dezelfde gedragingen toe te passen, daarbij enkel gelimiteerd door het *ne bis in idem*-beginsel. 's Hof's lezing van het *ne bis in idem*-beginsel zou dan betekenen dat de mededingingsautoriteit van lidstaat D het recht heeft een boete op te leggen, zelfs als deze zich beroept op hetzelfde bewijs als dat waarop de Commissiebeschikking is gebaseerd. Volgens het Hof van Justitie is in deze situatie immers geen sprake van dezelfde feiten – aangezien wel sprake is van dezelfde periode maar niet van hetzelfde gebied – en vindt het *ne bis in idem*-beginsel geen toepassing. Heeft het kartel – naar het oordeel van de nationale autoriteit – ook gevolgen gehad in een lidstaat die geen onderwerp was van de Commissiebeschikking, dan kan die autoriteit op basis van hetzelfde bewijs een boete opleggen voor de gevolgen in haar lidstaat. Wellicht heeft de betreffende autoriteit dan bewijsrechtelijk een probleem, aangezien zij die gevolgen ook moet kunnen bewijzen, maar het *ne bis in idem*-beginsel staat aan deze aanpak niet in de weg, zo kan uit deze afspraak worden afgeleid.

Dit kan leiden tot een vorm van *cherry picking* door de Commissie, waarbij zij de overtreding zelf gaat onderzoeken ten aanzien van lidstaten waar zij het bewijs eenvoudig te leveren acht, maar in overige lidstaten de nationale autoriteiten het werk laat opknappen. Voorstelbaar is dat de Commissie daarbij in de verleiding komt zelf geen onderzoek te doen in lidstaten waar de nationale autoriteit relatief vergaande onderzoeksbevoegdheden heeft (zoals Nederland) of waar de nationale rechter minder kritisch lijkt op beschikkingen van de nationale autoriteit. Een dergelijke gang van zaken zou de rechtszekerheid van ondernemingen niet ten goede komen. Zij is niettemin wellicht nog verdedigbaar vanuit het perspectief van de effectieve handhaving van het kartelverbod waar sprake is van kartels met een sterk nationale dimensie. Gedacht kan worden aan het liften-

16. Het artikellid luidt: 'Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde Staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die Staat.'

17. Zie echter ten aanzien van de overeenkomst ter uitvoering van het Schengen-akkoord: HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-436/07, *Van Esbroeck*, NJ 2006, 488, m.nt. M.R. Mok.

18. H.-J. Bartsch, 'Council of Europe *ne bis in idem*: the European perspective', *Revue internationale de droit pénal* 2002, vol. 73, p. 1163-1171. Vgl. (minder expliciet) art. 17.7 UN Verdrag [...]. Art. 13 en punt 18 van de considerans van Verordening 2003/1/EG lijken hiermee in overeenstemming, waar zij de nationale mededingingsautoriteiten van de Lidstaten de bevoegdheid – maar niet de plicht – geven een klacht af te wijzen wanneer een collega autoriteit dezelfde zaak al behandelt.

kartel waar schijnbaar sprake was van afzonderlijke afspraken met elk een zeer nationaal karakter.

Waar een kartel een duidelijk Europees karakter heeft – bijvoorbeeld omdat het gericht is op prijsstabilisering in geheel Europa of systematisch de interne markt tracht te verdelen in nationale markten – is echter meer kritiek op deze benadering mogelijk. Deze heeft te maken met de vraag wanneer, in de context van het *ne bis in idem*-beginsel, sprake is van hetzelfde feit. De Hoge Raad heeft hierover in de context van het strafrecht bepaald dat sprake is van hetzelfde feit

‘(...) onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking van artikel 68 Sr meebrengt, dat zij in de zin van dat artikel als hetzelfde feit zijn aan te merken.’¹⁹

Bovendien moet sprake zijn van een vergelijkbaar soort verwijt.²⁰ De Hoge Raad heeft later nog verduidelijkt dat gelet moet worden op de juridische aard van de feiten enerzijds en de gedraging van de verdachte anderzijds.²¹ Het Hof van Justitie zelf oordeelde met betrekking tot artikel 54 van de overeenkomst ter uitvoering van het Schengen-akkoord²² dat het beginsel in genoemd artikel

‘(...) aldus moet worden uitgelegd dat het relevante criterium voor de toepassing van dit artikel de gelijkheid van de *materiële* feiten is, begrepen als het bestaan van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang (...)’ (cursief auteurs).²³

Het EHRM heeft zich in 2009 in de uitspraak *Zolotukhin/Rusland* nog uitgelaten over de wenselijke benadering van het begrip ‘idem’, daarbij erkennende dat tot dat moment in de eigen rechtspraak van het EHRM verschillende benaderingen zichtbaar zijn. Het EHRM oordeelt dat artikel 4 van Protocol 7 bij het EVRM ‘must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a

second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.’²⁴

Aan de hand van deze criteria ligt de conclusie voor de hand dat een Europa omvattend kartel één feit vormt: het gaat daarbij immers om een samenhangend geheel van handelingen dat betrekking heeft op één tijdsvak en op één gebied, namelijk de gehele Unie of een deel daarvan. De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten lijken zich bij een dergelijk kartel op grond van het arrest *Toshiba* wel erg eenvoudig van de werking van het *ne bis in idem*-beginsel te kunnen onttrekken, namelijk doordat de Commissie bij de berekening van de boete een of meer lidstaten buiten beschouwing laat.

In theorie zal de door de Commissie op te leggen boete in deze situatie (proportioneel) lager zijn dan wanneer het territoir van alle (mogelijk betrokken) lidstaten meegenomen zou worden. Echter, de Commissie kan de boete – op niet geheel mathematisch bepaalbare wijze – verhogen, bijvoorbeeld met het oog op de afschrikkende werking en de omvang van de onderneming. Bovendien wordt de hoogte van een boete van de Commissie uiteindelijk alleen beperkt door de grens van 10% van de groepsomzet in het jaar voorafgaand aan dat waarin de boete wordt opgelegd. Dit geldt ook voor de lidstaten. Daarmee bestaat – in ieder geval in theorie – de mogelijkheid dat een onderneming meerdere malen een boete opgelegd krijgt van 10% van haar groepsomzet: door de Commissie en door de lidstaat of lidstaten waar de Commissiebeschikking geen betrekking op had.²⁵ Dit lijkt onwenselijk, zeker nu verdedigbaar is dat bij een ruimere toepassing, zoals door de Hoge Raad in het strafrecht gehanteerd, het *ne bis in idem*-beginsel wel van toepassing zou zijn.

Dit punt wint aan kracht als bedacht wordt dat in de literatuur kritiek is op het feit dat artikel 4 van Protocol 7 EVRM het *ne bis in idem*-beginsel toepast op het niveau van de staat en niet op het niveau van het individu.²⁶ Bij een toepassing op het niveau van het individu, zouden de cumulatieve veroordelingen door verschillende staten een schending kunnen vormen van het beginsel.²⁷ De EU, die een eigenstandige rechtsorde is en wil zijn, zou het *ne bis in idem*-beginsel op deze wijze royaal kunnen toepassen. In de praktijk zou dit betekenen dat, waar een kartel een duidelijk pan-Europees karakter heeft – zoals het gasgeïsoleerd schakelmateriaalkartel – de Commissie haar beschikking moet laten zien op alle

19. HR 17 december 1963, *NJ* 1964, 385.

20. HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 378. Van dat laatste is in de context van deze noot uiteraard steeds sprake, nu er steeds sprake zal zijn van een overtreding van het kartelverbod/mededingingsrecht.

21. HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma.

22. Overeenkomst ter uitvoering van het op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, ondertekend op 19 juni 1990.

23. HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-436/07, *Van Esbroeck*, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok, punt 42. NB het Hof van Justitie merkt terecht op dat art. 54 van de overeenkomst ter uitvoering van het Schengen-akkoord de formulering ‘dezelfde feiten’ gebruikt, terwijl art. 4 van Protocol 7 bij het EVRM het begrip ‘strafbaar feit’ hanteert, hetgeen volgens het Hof van Justitie impliceert dat de kwalificatie van de feiten relevant is voor de toepassing van het in dit protocol neergelegde beginsel *ne bis in idem*.

24. EHRM 10 februari 2009, nr. 14939/03, *Zolotukhin/Rusland*, *NJ* 2010, 36, m.nt. Y. Buruma. De Hoge Raad heeft ten aanzien van deze uitspraak overigens overwogen dat de Nederlandse maatstaf geen aanpassing behoeft, aangezien hiervan niet kan worden gezegd dat deze te veel nadruk legt op toetsing van juridische elementen (zie HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma).

25. Het beroep van partijen op het beginsel van retroactieve toepassing van de lichtste straf is in dit licht niet onzinnig. Eén alomvattende boete zal immers vrijwel altijd lager zijn dan meerdere boetes, zelfs al zien die op gebieden die volgens het arrest te onderscheiden zijn.

26. ‘The principle of *ne bis in idem* should be regarded as a human right that is also applicable on the international or transnational level.’ (Resolution Section IV B.4 adopted by the XVth International Congress of Penal Law, *70 International Review of Penal Law* 1999, p. 908.

27. Vgl. A. Klip en H. van der Wilt, ‘The Netherlands Non Bis In Idem’, *ERES Revue internationale de droit pénal* 2002/3 – vol. 73, p. 1090-1137.

lidstaten. De betrokken ondernemingen krijgen daarmee, ondanks de beperkte toepassing door het Hof van Justitie van het *ne bis in idem*-beginsel, de – wenselijke – zekerheid dat zij later niet ook nog beboet kunnen worden door een nationale mededingingsautoriteit.