CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 29 november 2018 [1]

Zaak C-617/17

Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie
tegen
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
in tegenwoordigheid van:
Edward Detka e.a.

[verzoek van de Sąd Najwyższy (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Beginsel ne bis in idem – Draagwijdte – Mededinging – Misbruik van een machtspositie – Besluit van een nationale mededingingsautoriteit – Op grond van het nationale en het EU-mededingingsrecht opgelegde geldboete”

1. Moet het beginsel ne bis in idem worden toegepast in omstandigheden waarin een nationale mededingingsautoriteit aan een onderneming bij één enkel besluit een geldboete wegens mededingingsverstorend gedrag heeft opgelegd op basis van de gelijktijdige toepassing van nationale en EU-mededingingsregels? Dat is in essentie de vraag die aan het Hof is voorgelegd in de onderhavige zaak.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

2. Verordening (EG) nr. 1/2003 [2] bevat regels inzake de uitvoering van de bepalingen die thans zijn neergelegd in de artikelen 101 en 102 VWEU. De verordening bevat onder meer regels betreffende de situatie waarin het nationale mededingingsrecht parallel met het EU-mededingingsrecht wordt toegepast.

3. In overweging 8 wordt uitgelegd dat teneinde de daadwerkelijke handhaving van de EU-mededingingsregels te waarborgen, de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten ertoe moeten worden verplicht ook de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten en praktijken welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1).

4. Overweging 9 verklaart verder dat het doel van de artikelen 101 en 102 VWEU de bescherming van de mededinging op de markt is. De verordening belet de lidstaten niet om op hun grondgebied nationale wetgeving ten uitvoer te leggen ter bescherming van andere rechtmatige belangen, op voorwaarde dat deze wetgeving verenigbaar is met algemene beginselen en andere bepalingen van het Unierecht. Indien de nationale wetgeving overwegend een ander doel dan de bescherming van de mededinging op de markt nastreeft, mogen de bevoegde mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten deze wetgeving op hun grondgebied toepassen.

5. Artikel 3 van de verordening heeft betrekking op de verhouding tussen de artikelen 101 en 102 VWEU en het nationale mededingingsrecht. Het bepaalt:

„1. Wanneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties nationaal mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel [101 VWEU] welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, passen zij tevens artikel [101 VWEU] toe op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Wanneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties het nationale mededingingsrecht toepassen op door artikel [102 VWEU] verboden misbruiken, passen zij ook artikel [102 VWEU] toe.

2. De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel [101, lid 3, VWEU] niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel [101, lid 3, VWEU] voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel [101, lid 3, VWEU] vallen. Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.

[...]”

6. Artikel 5 van de verordening betreft de bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het luidt als volgt:

„De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn in individuele gevallen bevoegd tot toepassing van de artikelen [101 en 102 VWEU]. Zij kunnen te dien einde, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de volgende besluiten nemen:

– de beëindiging van een inbreuk bevelen;

– voorlopige maatregelen opleggen;

[...]”

B. Nationaal recht

7. Artikel 8 van de Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (wet betreffende de bescherming van de mededinging en de consument; hierna „wet betreffende de bescherming van de mededinging") van 15 december 2000 [3] bepaalt:

„1. Het is verboden dat een of meer ondernemers misbruik maken van een machtspositie op de relevante markt.

2. Dit misbruik kan met name bestaan in:

[...]

5) maatregelen die het ontstaan of de ontwikkeling van de mededinging beletten.

[...]"

8. Artikel 101 van die wet luidt:

„1. Het hoofd van de dienst voor bescherming van de mededinging en de consument kan bij besluit een ondernemer een geldboete opleggen van ten hoogste 10 % van de omzet in het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de geldboete wordt opgelegd, indien deze ondernemer, al dan niet opzettelijk, inbreuk heeft gemaakt op:

1) het in artikel 5 bedoelde verbod, voor zover niet uitgesloten krachtens de artikelen 6 en 7, of het in artikel 8 bedoelde verbod;

2) artikel [101 of 102 VWEU];

[...]"

II. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

9. De onderhavige zaak betreft een geschil tussen de Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (hoofd van de Poolse dienst voor bescherming van de mededinging en de consument; de nationale mededingingsautoriteit; hierna: „NMA"), en Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., een Poolse verzekeringsonderneming (hierna: „betrokken onderneming"), inzake een door de NMA aan de betrokken onderneming opgelegde geldboete wegens mededingingsverstorend gedrag.

10. De NMA had in haar besluit van 25 oktober 2007 het standpunt ingenomen dat de betrokken onderneming haar machtspositie op de markt van collectieve levensverzekeringen voor werknemers in Polen had misbruikt door maatregelen te nemen die erop waren gericht de mededinging in de sector te verhinderen. De betrokken onderneming had volgens de NMA dus inbreuk gemaakt op het verbod van artikel 8 van de wet betreffende de bescherming van de mededinging. Verder was de NMA van mening dat een dergelijke gedraging negatieve gevolgen kon hebben voor de kansen van buitenlandse verzekeraars om toegang te verkrijgen tot de Poolse markt en derhalve de handel tussen de lidstaten ongunstig kon beïnvloeden. Dientengevolge kwam de NMA tot de slotsom dat de betrokken onderneming naast het nationale mededingingsrecht ook het huidige artikel 102 VWEU had geschonden.

3 Dz. U. 2000, nr. 122, volgnr. 1319.

11. Gelet op deze vaststellingen heeft de NMA de betrokken onderneming een geldboete van 50 361 080 Poolse zloty (PLN) opgelegd. Die geldboete omvat twee afzonderlijk berekende bedragen, het ene wegens schending van het nationale mededingingsrecht en het andere voornamelijk wegens schending van het EU-mededingingsrecht. Meer in het bijzonder werd in het besluit van de NMA het volgende toegelicht:

„1. Als grondslag voor de strafmaat moet het tijdvak worden genomen waarin de betrokken feitelijke gedragingen van [de betrokken onderneming] hebben plaatsgevonden, van 1 april 2001 tot de datum van vaststelling van de schending van de bepalingen van de [wet betreffende de bescherming van de mededinging], dat wil zeggen 78 voltooide maanden (6 jaar en 6 maanden).

2. Van de in dit besluit uiteengezette ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten van de EU door de litigieuze feitelijke gedragingen kan sprake zijn vanaf het moment van toetreding van Polen tot de EU, dat wil zeggen 1 mei 2004.

3. De sanctie voor schending van artikel [102 VWEU] (in samenhang met artikel 5 van [verordening nr. 1/2003]) is opgelegd voor schending van deze bepalingen door feitelijke gedragingen van [de betrokken onderneming] gedurende het tijdvak van 1 mei 2004 tot en met de dag van vaststelling van de schending van deze bepalingen, dat wil zeggen 41 voltooide maanden (3 jaar en 5 maanden).

4. Voor het tijdvak van 1 april 2001 tot en met de dag van vaststelling van de schending van deze bepalingen heeft de sanctie voor de feitelijke gedragingen van [de betrokken onderneming] betrekking op de bepalingen van artikel 101, lid 1, punten 1 en 2, van de [wet betreffende de bescherming van de mededinging].

5. Gedurende het tijdvak van 1 mei 2004 tot en met de dag van vaststelling van de schending werd zowel de nationale markt als de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed door de feitelijke gedragingen van [de betrokken onderneming]. Naast de in punt [4] genoemde bepalingen is ook artikel 5 van [verordening nr. 1/2003] van de Raad van toepassing.

6. Voor schending van de nationale bepalingen [...] wordt [de betrokken onderneming], gelet op het tijdvak van toepassing van de feitelijke gedraging, een sanctie opgelegd ten belope van 33 022 892,77 PLN, hetgeen overeenkomt met 65,55 % van het aanvankelijk voorgestelde totale sanctiebedrag.

7. Voor schending van artikel [102 VWEU] in samenhang met artikel 5 van [verordening nr. 1/2003] wordt [de betrokken onderneming], gelet op het tijdvak van toepassing van de feitelijke gedraging en de potentiële ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten, een sanctie opgelegd ten belope van 17 358 187,23 PLN, hetgeen overeenkomt met 34,45 % van het aanvankelijk voorgestelde totale sanctiebedrag.”

12. Nadat de betrokken onderneming het besluit van de NMA bij twee lagere rechters had aangevochten, heeft zij thans beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter. Zij heeft bij die rechter aangevoerd dat beide bedragen betrekking hebben op dezelfde gedraging en dat zij derhalve, in strijd met het beginsel ne bis in idem, tweemaal is beboet voor dezelfde gedraging.

13. Aangezien de verwijzende rechter twijfels had over de correcte uitlegging van dat beginsel van Unierecht heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Mag artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat voor de toepassing van het beginsel ne bis in idem niet alleen de pleger van het strafbare feit en de feitelijke omstandigheden dezelfde moeten zijn, maar ook het beschermde rechtsgoed?

2) Moet artikel 3 van [verordening nr. 1/2003] in samenhang met artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat het EU-mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht, die door een mededingingsautoriteit van een lidstaat van de Unie naast elkaar worden toegepast, hetzelfde rechtsgoed beschermen?"

14. De betrokken onderneming, de NMA, de Poolse regering, de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. In overeenstemming met artikel 76, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof is geen pleitzitting gehouden.

III. Analyse

15. De verwijzende rechter wenst met zijn vragen in essentie te vernemen of het beginsel ne bis in idem zich ertegen verzet dat een nationale mededingingsautoriteit een onderneming bij één enkel besluit zowel op basis van het nationale mededingingsrecht als op basis van het EU-mededingingsrecht een geldboete oplegt wegens een mededingingsverstorende gedraging.

16. Alle partijen, behalve de betrokken onderneming, hebben in overweging gegeven de vraag ontkennend te beantwoorden. [4]

17. Om uit te leggen waarom dat noodzakelijk zo is, zal ik in drie fasen te werk gaan. In de eerste fase formuleer ik een aantal algemene beschouwingen over de ratio van het beginsel ne bis in idem. In de tweede fase bespreek ik de basisbeginselen van de rechtspraak van het Hof over de toepassing van het beginsel in de context van het mededingingsrecht. In de derde en laatste fase behandel ik de relevantie van het beginsel ne bis in idem in de procedure bij de verwijzende rechter.

A. De ratio van het beginsel ne bis in idem

18. Het beginsel ne bis in idem is ongetwijfeld een van de hoekstenen van elk op de rechtsstaat gebaseerd rechtsstelsel. [5] In het algemeen is de ratio van dat beginsel, dat direct voortvloeit uit het beginsel res judicata, het waarborgen van rechtszekerheid en gelijkheid, door ervoor te zorgen dat wanneer de betrokkene is vervolgd en, in voorkomend geval, bestraft, hij de zekerheid heeft dat hij niet meer zal worden vervolgd voor hetzelfde strafbare feit. Omgekeerd zorgt dat beginsel ervoor dat hij, indien hij wordt vrijgesproken, de zekerheid heeft dat tegen hem niet een ander proces zal worden ingesteld om hem opnieuw te berechten voor dezelfde inbreuk. [6]

4 Sommige van de partijen die opmerkingen hebben ingediend, hebben gesuggereerd dat het Hof moet weigeren de prejudiciële vragen te beantwoorden, aangezien die vragen niet relevant zouden zijn voor de oplossing van het bij de verwijzende rechter aanhangige geding. Ik ben het daarmee niet eens. Het feit dat het beginsel ne bis in idem mogelijkerwijs niet van toepassing is op de zaak waarvan de verwijzende rechter kennisneemt, betekent niet dat de vragen hypothetisch of irrelevant zijn. Integendeel, uit de verwijzingsbeslissing blijkt duidelijk dat het antwoord van het Hof betreffende het beginsel ne bis in idem de verwijzende rechter zal helpen bij zijn uitspraak in de bij hem aanhangige zaak.

5 Het Hof paste het beginsel voor het eerst toe in het arrest van 5 mei 1966, Gutmann/Commissie (18/65 en 35/65, EU:C:1966:24, blz. 119).

6 Zie conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, EU:C:2002:516, punt 49).

19. Het Hof heeft erop gewezen dat het beginsel ne bis in idem ook geldt in de context van het mededingingsrecht. Dat rechtsgebied ligt, afhankelijk van de invalshoek, ergens in de grijze zone tussen het strafrecht en het administratief recht.[7] Het Hof is van oordeel dat het beginsel ne bis in idem in kartelrechtelijke boeteprocedures in acht moet worden genomen: derhalve mag een onderneming niet opnieuw worden veroordeeld of vervolgd wegens een mededingingsverstorende gedraging waarvoor zij is bestraft of niet-aansprakelijk is verklaard bij een eerdere beslissing waartegen geen beroep meer openstaat.[8]

20. Zoals in andere rechtsgebieden kan het beginsel ne bis in idem in het kader van het mededingingsrecht echter alleen worden toegepast als is voldaan aan twee voorwaarden: ten eerste moet er sprake zijn van een herhaling van de procedure en ten tweede dient de tweede procedure betrekking te hebben op dezelfde mededingingsverstorende gedraging.

21. Die voorwaarden, dit wil zeggen het bestaan van een tweede procedure (bis) voor dezelfde inbreuk (idem), vloeien rechtstreeks voort uit de bewoordingen van artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), een bepaling die voorziet in het recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde strafbare feit te worden berecht of bestraft. Overeenkomstig die bepaling wordt „niemand [...] opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de [Europese] Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet". Artikel 50 van het Handvest, dat artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") overneemt, ziet dus specifiek op de herhaling van een procedure met betrekking tot dezelfde feitelijke handeling, die is afgesloten door een onherroepelijke beslissing.

22. In casu dient echter te worden benadrukt dat het beginsel ne bis in idem geen criterium is waaraan de evenredigheid van een (strafrechtelijke) sanctie in een bepaalde procedure moet worden getoetst. Het heeft een andere ratio: het waarborgt dat een overtreder niet meer dan eenmaal wordt berecht of bestraft voor dezelfde gedraging en dat hij er derhalve zeker van kan zijn dat „hij [...] zijn schuld heeft uitgeboet, zonder dat hij voor een nieuwe bestraffing hoeft te vrezen" met betrekking tot die specifieke gedraging.[9] Met andere woorden is dat beginsel niet van toepassing wanneer moet worden bepaald of één handeling meer dan één strafbaar feit kan vormen[10], dan wel of de cumulatie van sancties in een procedure evenredig is.

23. In het volgende deel zet ik de basisbeginselen van de rechtspraak van het Hof uiteen, die aan de basis liggen van de prejudiciële vragen in de onderhavige zaak.

B. Het idem-aspect in het mededingingsrecht

24. Het Hof heeft in zijn rechtspraak bijzondere criteria ontwikkeld die duidelijk de draagwijdte van het beginsel ne bis in idem in het kader van het mededingingsrecht bepalen. Die criteria hebben betrekking op de uitlegging van het zogenoemde idem-aspect van het beginsel – het gaat met andere woorden om de criteria ter vaststelling of de tweede procedure „hetzelfde strafbare feit" betreft.[11]

7 Zie voor de toepassing van het beginsel op andere gebieden dan „zuiver" strafrecht, Tomkins, J., „Article 50", in Peers, S., e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, blz. 1373-1412, met name blz. 1388-1390.

8 Arrest van 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 Zie conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, EU:C:2002:516, punt 49).

10 Zij bijvoorbeeld EHRM, 29 mei 2001, Fischer tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2001:0529JUD003795097, § 25).

11 Zie in het bijzonder EHRM, 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin tegen Rusland [Grote kamer] (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, §§ 81-84), en 17 februari 2015, Boman tegen Finland (CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33).

25. Vanuit het oogpunt van het Unierecht moet het feit dat het om een en hetzelfde strafbare feit gaat, in de regel worden vastgesteld op basis van een tweeledig criterium: de feitelijke omstandigheden en de pleger van het strafbare feit moeten dezelfde zijn. De juridische kwalificatie, of het beschermde rechtsgoed, is daarentegen niet bepalend voor de toepassing van het beginsel ne bis in idem. Die benadering, die nauw aansluit bij de recente rechtspraak van het EHRM [12], is door het Hof toegepast in zaken betreffende politiële en justitiële samenwerking in strafzaken. [13]

26. Anders is het evenwel voor het mededingingsrecht. In tegenstelling tot de in het vorige punt beschreven benadering, is het vaste rechtspraak van het Hof dat in het kader van het mededingingsrecht – en in het bijzonder in het kader van parallelle vervolging of bestraffing door de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten – ook het beschermde rechtsgoed in aanmerking dient te worden genomen. Met andere woorden kan het beginsel ne bis in idem alleen worden toegepast indien, wat het idem-aspect betreft, is voldaan aan drie cumulatieve criteria, namelijk dat in de vergeleken procedures de feitelijke omstandigheden dezelfde zijn, dat de overtreder dezelfde is en dat ook het beschermde rechtsgoed hetzelfde is. [14]

27. Dat beginsel kan worden teruggevoerd tot het arrest Wilhelm e.a. [15] In die zaak werd het Hof verzocht uitspraak te doen over de vraag of een nationale mededingingsautoriteit een ondernemersafspraak kon vervolgen ten aanzien waarvan de Commissie reeds een besluit had genomen. Het heeft aanvaard dat de nationale mededingingsautoriteit inderdaad over die mogelijkheid beschikte, aangezien het nationale mededingingsrecht en het EU-mededingingsrecht mededingingsverstorende gedragingen vanuit verschillende gezichtshoeken bezien. Terwijl het in het EU-mededingingsrecht wat die gedragingen betreft alleen gaat om de belemmeringen die zij voor de handel tussen lidstaten kunnen opleveren, worden zij ingevolge de nationale wettelijke regelingen bezien op grond van overwegingen die eigen zijn aan de betrokken nationale rechtsorde en uitsluitend in die context beoordeeld. Aldus heeft het Hof de toepasselijkheid van het beginsel ne bis in idem in dat kader verworpen. [16]

28. Op basis van het dictum van het arrest Wilhelm e.a. heeft het Hof de toepasselijkheid van het beginsel ne bis in idem, en in het bijzonder het bestaan van het idem-aspect, in een aantal verschillende omstandigheden binnen het gebied van het mededingingsrecht beoordeeld.

1. Benadering van het Hof

29. Het is zinvol om te beginnen met het soort situatie dat feitelijk het meest lijkt op de onderhavige omstandigheden, namelijk een situatie waarin de Commissie en een nationale mededingingsautoriteit maatregelen hebben genomen tegen dezelfde dader op basis van dezelfde mededingingsverstorende gedraging (kartelovereenkomst).

12 Ibid.

13 Zie bijvoorbeeld arresten van 9 maart 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, punt 32); 28 september 2006, Gasparini e.a. (C-467/04, EU:C:2006:610, punt 54); 28 september 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, punten 41, 47 en 48); 18 juli 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, punten 26 en 28), en 16 november 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, punt 39).

14 Arresten van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 338), en 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, punt 94).

15 Arrest van 13 februari 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4).

16 Idem, punten 3 en 9. Het Hof heeft echter een voorbehoud geformuleerd. Volgens het Hof brengen algemene billijkheidsbeginselen mee dat bij de bepaling van de straf met eerdere beslissingen van repressieve aard rekening dient te worden gehouden. Zie punt 11 van het arrest en het arrest van 14 december 1972, Boehringer Mannheim/Commissie (7/72, EU:C:1972:125, punt 3).

30. In het arrest Aalborg Portland [17] heeft het Hof het beginsel geformuleerd dat het beginsel ne bis in idem alleen kan worden ingeroepen indien de feitelijke omstandigheden, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn. Het Hof is van oordeel dat het beginsel aldus verbiedt om een persoon voor hetzelfde onrechtmatig gedrag meer dan één keer te bestraffen ter bescherming van hetzelfde rechtsgoed. [18] Het Hof heeft ook uiteengezet dat een onderneming zich niet op het beginsel ne bis in idem kan beroepen wanneer de Commissie een onderneming een sanctie heeft opgelegd voor een andere gedraging dan die welke aan dezelfde onderneming is toegerekend en het voorwerp is van een eerdere beslissing van een nationale mededingingsautoriteit. Dat is ook het geval in omstandigheden waarin de beide beslissingen betrekking hebben op nauw met elkaar verbonden overeenkomsten en akkoorden.

31. In het arrest Toshiba [19] heeft het Hof het in het arrest Aalborg Portland uitgedrukte beginsel herhaald met betrekking tot het vereiste dat de feitelijke omstandigheden, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn. Het Hof deed dit hoewel advocaat-generaal Kokott in overweging had gegeven het vereiste inzake hetzelfde beschermde rechtsgoed te laten varen en in plaats daarvan het tweeledige criterium inzake dezelfde feitelijke omstandigheden en dezelfde overtreder toe te passen, zoals dat op andere gebieden van Unierecht wordt gehanteerd. [20]

32. Het Hof heeft in zijn arrest geen uitdrukkelijk antwoord gegeven op de vraag of het rechtsgoed dat door het nationale mededingingsrecht en de EU-mededingingsregels werd beschermd, in dat geding hetzelfde was. De vraag kon namelijk uit een ander oogpunt worden behandeld: de feiten die ten grondslag lagen aan de beide procedures waren niet dezelfde, zodat het beginsel ne bis in idem in geen geval van toepassing was. De vaststelling van het Hof in dat verband was erop gebaseerd dat de nationale mededingingsautoriteit ondernemingen die hadden deelgenomen aan een kartel een geldboete had opgelegd wegens mededingingsverstorende gevolgen van dat kartel in de betrokken lidstaat vóór de toetreding van deze laatste tot de Europese Unie. De Commissie had van haar kant eerder een beschikking gegeven waarbij zij diezelfde kartelleden een geldboete had opgelegd, welke beschikking niet was bedoeld om de gevolgen voorafgaand aan de toetreding te bestraffen. [21]

33. Verder heeft het Hof in het arrest Limburgse Vinyl Maatschappij [22] geoordeeld dat het idem-aspect ontbrak in die zaak, waarin de vraag was gerezen of het beginsel ne bis in idem in de weg kon staan aan een tweede beschikking van de Commissie betreffende dezelfde mededingingsverstorende gedraging in omstandigheden waarin het Gerecht de eerste beschikking van de Commissie nietig had verklaard. Het Hof oordeelde dat dat beginsel slechts toepassing kan vinden als er uitspraak is gedaan over de vraag of de inbreuk wel degelijk is gepleegd, of als de wettigheid van de beoordeling van die inbreuk is getoetst. Aangezien dat in de zaak Limburgse Vinyl Maatschappij niet het geval was, heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel niet in de weg staat aan een nieuwe vervolging ten aanzien van dezelfde met de mededinging strijdige gedraging wanneer een eerste beslissing op formele gronden nietig is verklaard zonder dat ten gronde uitspraak is gedaan over de vermeende mededingingsverstorende gedraging. Volgens het Hof was dit zo omdat de nietigverklaring van de eerste beschikking niet gelijkstond aan „vrijspraak”. In een dergelijk geval komen de bij de nieuwe beschikking opgelegde sancties gewoon in de plaats van de sancties die waren opgelegd bij de eerste beschikking, waarvan is vastgesteld dat zij procedurefouten bevatte. [23]

17 Arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6).

18 Idem, punten 338-340.

19 Arrest van 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72).

20 Idem, punt 94. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, punten 97-134).

21 Arrest van 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, punten 97-103).

22 Arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582).

23 Idem, punten 59-62.

34. Ten slotte heeft het Hof ook onderzocht of het beginsel ne bis in idem toepasselijk is in omstandigheden waarin dezelfde mededingingsverstorende gedraging zowel binnen als buiten de Europese Unie wordt vervolgd en bestraft.

35. In het arrest Showa Denko [24] heeft het Hof bijvoorbeeld het argument afgewezen dat het beginsel ne bis in idem kan worden ingeroepen in een situatie waarin de Commissie haar bevoegdheden uit hoofde van het Unierecht uitoefent nadat de autoriteiten van een derde staat op grond van schending van in die staat toepasselijke mededingingsregels sancties hebben opgelegd aan ondernemingen wegens hun deelname aan een internationaal kartel, wanneer die autoriteiten binnen hun respectieve bevoegdheden zijn opgetreden. [25]

36. In het kader van die laatste rechtspraak met betrekking tot parallelle vervolging of bestraffing door de Commissie en mededingingsautoriteiten van derde staten heeft het Hof gewezen op het internationale karakter van de betrokken gedraging en op de verschillen tussen de respectieve rechtsstelsels, waaronder de doelstellingen van de desbetreffende materiële mededingingsregels, en het specifieke door de EU-mededingingsregels beschermde rechtsgoed. Het heeft ook in het bijzonder opgemerkt dat die situatie, waarin de Commissie en de autoriteiten van een derde staat binnen hun respectieve bevoegdheden optreden, los moet worden beschouwd van de situatie waarin een mededingingsverstorende gedraging zich uitsluitend binnen het territoriale toepassingsgebied van de rechtsorde van de EU (en haar lidstaten) voordoet. [26]

37. De rechtspraak van het Hof en met name het gebruik van het drieledige criterium met betrekking tot parallelle vervolging of bestraffing binnen de Europese Unie (of de Europese Economische Ruimte) doet (fundamentele) vragen rijzen, die ik hierna kort zal bespreken.

2. Opmerkingen betreffende het door het Hof toegepaste drieledige criterium

38. De logica achter de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest Aalborg Portland kan worden teruggevoerd op het hierboven aangehaalde arrest van het Hof in de zaak Wilhelm e.a. Daarbij mag echter niet worden vergeten dat in die zaak uitspraak werd gedaan in een vroeg stadium van de Europese integratie. Het was op dat moment zeker gerechtvaardigd om uit te gaan van de premisse dat het nationale mededingingsrecht en (het toenmalige) communautaire mededingingsrecht verschillende doelstellingen nastreefden en dus waren ontwikkeld om verschillende rechtsbelangen te beschermen. Verder was noch het Handvest, noch Protocol nr. 7 bij het EVRM op dat moment van kracht. [27]

39. In de Europese Unie van vandaag is het mijns inziens echter problematisch dat bij de vaststelling of aan het idem-aspect voldaan is belang wordt gehecht aan het beschermde rechtsgoed, en wel om twee belangrijke redenen.

24 Arrest van 29 juni 2006, Showa Denko/Commissie (C-289/04 P, EU:C:2006:431).

25 Idem, punten 52-56.

26 Arresten van 29 juni 2006, Showa Denko/Commissie (C-289/04 P, EU:C:2006:431, punten 51 en 53), en 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, EU:C:2006:433, punten 29 en 31). Zie de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie (C-397/03 P, EU:C:2005:363, punten 94-99) voor een uiteenzetting van de redenen waarom het beginsel ne bis in idem nooit van toepassing kan zijn wanneer dubbele vervolging in verschillende rechtsgebieden plaatsvindt, tenzij er een internationale overeenkomst bestaat waarin is bepaald dat het beginsel van toepassing is.

27 De moeilijkheden die zich toen bij de toepassing van het beginsel ne bis in idem in het kader van het mededingingsrecht voordeden, worden in detail besproken in de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de zaak Boehringer Mannheim/Commissie (7/72, EU:C:1972:107, blz. 1293 e.v.)

40. Ten eerste vallen het nationale recht en het EU-recht steeds meer samen: derhalve lijkt de uitspraak van het Hof in het arrest Wilhelm e.a. dat het nationale mededingingsrecht en het EU-mededingingsrecht mededingingsverstorende gedragingen vanuit verschillende gezichtshoeken bezien, niet langer volledig juist te zijn. In zekere mate kunnen vraagtekens worden gezet bij het praktische belang van het criterium in het kader van parallelle procedures of bestraffing door de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten.

41. Het is echter mogelijk dat de overlapping niet volledig is: dat wordt erkend in verordening nr. 1/2003, het instrument van afgeleid recht dat beoogt de toepassing van het EU-mededingingsrecht te harmoniseren en er indien nodig voor te zorgen dat de nationale mededingingsautoriteiten de artikelen 101 en 102 VWEU toepassen bij onderzoeken die verband houden met de handel tussen lidstaten. Derhalve staat in overweging 9 van die verordening te lezen dat in zoverre nationale wetgeving overwegend een ander doel dan de bescherming van de mededinging op de markt (de doelstelling van de artikelen 101 en 102 VWEU) nastreeft, de bevoegde mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten deze wetgeving op hun grondgebied mogen toepassen. Ik ben echter van mening dat dit thans zelden voorkomt.

42. Ten tweede – en belangrijker – kan een zekere spanning worden vastgesteld tussen het drieledige criterium dat op het gebied van het mededingingsrecht wordt toegepast en artikel 50 van het Handvest. Met andere woorden: is het drieledige criterium verenigbaar met artikel 50 van het Handvest?

43. Die vraag is mijns inziens gerechtvaardigd.

44. Ik meen dat die spanning het Hof niet is ontgaan. Het Hof heeft in het arrest Toshiba weliswaar naar het drieledige criterium verwezen, maar heeft de toepassing van het beginsel ne bis in idem in die zaak niettemin op een andere basis uitgesloten, namelijk op de grond dat de feiten die aan de twee achtereenvolgende beslissingen (van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteit) ten grondslag lagen, niet dezelfde waren. Het is wellicht dankzij dit verschil dat het Hof niet uitdrukkelijk hoefde in te gaan op het drieledige criterium, waarvan het lot in de toekomst zeker aan de orde zal worden gesteld.

45. Ik zie geen goede redenen om het drieledige criterium nog langer toe te passen op het gebied van het mededingingsrecht.

46. Ik ben het eens met advocaat-generaal Kokott dat het beginsel ne bis in idem, zoals neergelegd in artikel 50 van het Handvest, eenvormig moet worden uitgelegd in alle gebieden van het Unierecht, met inachtneming van de vereisten die in de rechtspraak van het EHRM worden gesteld.[28] Het feit alleen dat het mededingingsrecht niet tot de „kern” van het strafrecht behoort, of dat sancties in het mededingingsrecht voldoende afschrikkend moeten zijn om de doeltreffende bescherming van de mededinging te waarborgen, vormt voor mij geen voldoende reden om de door het Handvest geboden bescherming te beperken op het gebied van het mededingingsrecht.

47. Het risico dat verschillende mededingingsautoriteiten procedures inleiden tegen dezelfde onderneming wegens dezelfde handeling (omdat de werkelijke of mogelijke gevolgen van die handeling zich uitstrekken over de hele Europese Unie) lijkt inherent te zijn aan het gedecentraliseerde systeem van handhaving van het mededingingsrecht dat bij verordening nr. 1/2003 is ingevoerd. Dat is zo ondanks het feit dat de verordening aan aantal regels bevat om parallelle vervolging te vermijden.[29] Gelet op de opzet van het handhavingsstelsel van verordening nr. 1/2003, mag de toepassing van het beginsel ne bis in idem mijns inziens niet van al te omslachtige criteria afhankelijk worden gesteld.

28 Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, punten 120-122).

29 Zie in het bijzonder artikel 13 van de verordening, inzake schorsing of afsluiting van de procedure.

48. Een doeltreffende bescherming van de mededinging in de Europese Unie, die naar behoren rekening houdt met de rechten van ondernemingen die actief zijn op de interne markt, kan immers ook worden bereikt zonder het vereiste dat het beschermde rechtsgoed hetzelfde is. Op basis van het tweeledige criterium dat steunt op het feit dat de feitelijke omstandigheden en de overtreder dezelfde zijn, zou het beginsel ne bis in idem gewoon beletten dat binnen de Europese Unie verschillende mededingingsautoriteiten met betrekking tot hetzelfde gebied en dezelfde periode sancties opleggen wegens (daadwerkelijke of vermeende) mededingingsbeperkende gevolgen van een bepaalde gedraging. Daarentegen zou het niet de mogelijkheid uitsluiten dat verschillende mededingingsautoriteiten de mededingingsbeperkende gevolgen van een en dezelfde gedraging met betrekking tot verschillende gebieden of verschillende perioden vervolgen of bestraffen. [30]

49. Aangezien in het mededingingsrecht de gevolgen van de betrokken gedraging, die betrekking hebben op een bepaald gebied en een bepaalde periode, een noodzakelijk onderdeel van de feitelijke omstandigheden vormen, kan het tweeledige idem-criterium zorgen voor een doeltreffende vervolging van mededingingsverstorende gedragingen binnen de Europese Unie. Dat criterium biedt ook meer rechtszekerheid voor ondernemingen. Nog belangrijker echter is dat het in overeenstemming is met de vereisten van artikel 50 van het Handvest, zoals dat is uitgelegd in het licht van de EHRM-rechtspraak.

50. Spijtig genoeg leent de onderhavige zaak zich er niet toe om die kwestie op te helderen.

C. De onderhavige zaak: ontbreken van zowel het bis-aspect als het idem-aspect

51. Zoals ik hierboven reeds heb uiteengezet, blijkt uit de prejudiciële vragen dat de verwijzende rechter betwijfelt of het in het vorige deel besproken drieledige criterium ter bepaling of aan het idem-aspect is voldaan, in overeenstemming is met artikel 50 van het Handvest.

52. Het kan niet genoeg worden benadrukt dat om het beginsel ne bis in idem te kunnen toepassen, ook het bis-aspect aanwezig moet zijn. Dat blijkt zowel uit de bewoordingen van het beginsel zelf, als uit artikel 50 van het Handvest. Ook uit de rechtspraak van het EHRM kan dat worden afgeleid. [31] Begrijpelijkerwijs heeft het Hof een mogelijke schending van dat beginsel bij mijn weten alleen onderzocht in situaties waarin er sprake was van opeenvolgende procedures. [32]

53. In de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak ontbreekt het bis-aspect. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat de NMA één enkel besluit heeft genomen waarbij één enkele (uit twee delen bestaande) geldboete werd opgelegd op basis van de gelijktijdige toepassing van de nationale en de EU-mededingingsregels.

54. Het beginsel ne bis in idem is in die omstandigheden *niet* van toepassing.

30 Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, punt 131). In die omstandigheden moet het algemene vereiste dat in het arrest Wilhelm e.a. is vastgesteld echter naar behoren in aanmerking worden genomen. Dit betekent dat bij de bepaling van de straf rekening moet worden gehouden met elke eerdere beslissing van repressieve aard. Zie arrest van 13 februari 1969, Wilhelm e.a. (14/68, EU:C:1969:4, punt 11).

31 Zie bijvoorbeeld EHRM, 7 december 2006, Hauser-Sporn tegen Oostenrijk (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf (geraadpleegd op 19 oktober 2018), punten 30 e.v.

32 De uitleggingskwestie in het kader van het bis-aspect had dus doorgaans betrekking op het begrip „onherroepelijke beslissing". Zie bijvoorbeeld arresten van 28 september 2006, Gasparini e.a. (C-467/04, EU:C:2006:610, punten 31 en 32); 28 september 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, punten 51 en 58), en 22 december 2008, Turansky (C-491/07, EU:C:2008:768, punten 35 en 36). Het Gerecht heeft recent het argument afgewezen dat het beginsel ne bis in idem kan worden aangevoerd wanneer verschillende geldboeten bij één enkele beslissing zijn opgelegd. Zie arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753, punten 307-344). Thans is een hogere voorziening tegen dat arrest aanhangig bij het Hof.

55. Op basis van de informatie waarover het Hof beschikt, lijkt de vraag die in het hoofdgeding moet worden beantwoord veeleer te zijn of de methode op basis waarvan de NMA de boete heeft opgelegd, evenredig is.[33]

56. Hoewel het uiteindelijk aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen of de sanctie evenredig is, verdient verordening nr. 1/2003 hier bijzondere aandacht. Met de vaststelling van verordening nr. 1/2003 wilde de Uniewetgever ervoor zorgen dat de nationale autoriteiten (in plaats van of gelijktijdig met het nationale mededingingsrecht) de artikelen 101 en 102 VWEU zouden toepassen. Zoals blijkt uit artikel 3, beoogt de verordening ook ervoor te zorgen dat de nationale mededingingsautoriteiten geen besluiten nemen die de doeltreffendheid van de EU-mededingingsregels ondermijnen. Met andere woorden moedigt de verordening (in voorkomend geval) de gelijktijdige toepassing van het nationale mededingingsrecht en het EU-mededingingsrecht door de nationale mededingingsautoriteiten aan. Wat de evenredigheid van de geldboeten betreft, stelt de verordening echter geen regels vast over de wijze waarop nationale mededingingsautoriteiten een geldboete in bepaalde omstandigheden moeten berekenen. Artikel 23 van de verordening legt enkel een strikte bovengrens op voor boeten van de Commissie, namelijk 10 % van de totale omzet die de onderneming in het voorafgaande boekjaar heeft behaald.

57. In casu is er mijns inziens niets dat op schending van het evenredigheidsbeginsel wijst.

58. In feite blijkt de methode die de NMA heeft toegepast voor de vaststelling van de geldboete een schoolvoorbeeld te zijn van de wijze waarop een nationale mededingingsautoriteit het nationale mededingingsrecht en het EU-mededingingsrecht in een bepaald geval gelijktijdig kan toepassen. De geldboete bestaat uit twee delen die de gevolgen van de betrokken gedraging met betrekking tot twee verschillende perioden bestraffen: het eerste deel is gebaseerd op de schending van het nationale mededingingsrecht vóór de toetreding van Polen tot de Europese Unie op 1 mei 2004 en het tweede op de schending van de EU-mededingingsregels (en het nationale mededingingsrecht) na die datum. Wat in het bijzonder die tweede periode betreft, heeft de NMA er rekening mee gehouden dat de betrokken gedraging de handel tussen de lidstaten (mogelijk) ongunstig beïnvloedt (naast de gevolgen van de gedraging in Polen). Die „overlapping” houdt verband met de methode die is toegepast bij de berekening van een geldboete wegens schending van het mededingingsrecht. Zij wordt niet verboden door het beginsel ne bis in idem.

59. In het licht van het voorgaande dienen de prejudiciële vragen te worden beantwoord in die zin dat het beginsel ne bis in idem niet van toepassing is in omstandigheden als die van het hoofdgeding.

IV. Conclusie

60. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Sąd Najwyższy als volgt te beantwoorden:

„Het beginsel ne bis in idem is niet van toepassing in omstandigheden als die van het hoofdgeding.”

33 Zie in die zin arrest van 18 december 2008, Coop de France Bétail et Viande e.a./Commissie (C-101/07 P en C-110/07 P, EU:C:2008:741, punt 130). Uit de redenering van het Hof kan worden afgeleid dat de vraag of een onderneming tweemaal voor dezelfde inbreuk is beboet, moet worden beoordeeld in het licht van het evenredigheidsbeginsel.