

ANNOTATIE

Slovak Telekom (HvJ EU, C-857/19) – Het ne bis in idem-beginsel bij vervolgning door nationale en Europese mededingingsautoriteiten

D.A.G. van Toor en I. de Wit

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 25-02-2021,
ECLI:EU:C:2021:139 (EHRC-2021-0075)*

1. In de onderhavige zaak staat het *ne bis in idem*-beginsel en de werking daarvan in het mededingingsrecht centraal.[1] Het zojuist genoemde beginsel houdt in, dat een (rechts)persoon niet tweemaal voor hetzelfde feit mag worden vervolgd, berecht of gestraft. In de afgelopen jaren hebben het HvJ EU en het EHRM in verschillende zaken uitleg gegeven aan het *ne bis in idem*-beginsel. In het arrest *Zolotukhin* laat het EHRM zich over zijn eigen inconsistente rechtspraak over de betekenis van *idem* uit: wanneer is sprake van *dezelfde feiten* die ten grondslag liggen aan beide vervolgingen?[2] Volgens het EHRM is een tweede vervolging uitgesloten wanneer de tweede vervolging is gebaseerd op ‘identical facts, or facts which are substantially the same’.[3] Omdat de beoordeling van de feiten wordt gebaseerd op de omschrijving daarvan in de tenlastelegging of de bewezenverklaring speelt de juridische kwalificatie een (marginale) rol bij de beoordeling van de *idem*.[4] Het HvJ EU is strenger in de leer: in *Mantello* oordeelt hij dat het voldoende is om *idem* vast te stellen als is voldaan aan *idem factum*; *idem crimen* speelt geen rol van betekenis.[5] In bijvoorbeeld een andere zaak over misbruik van de machtspositie (*Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*) maakt het HvJ EU duidelijk dat artikel 50 Hv niet van toepassing is als er geen herhaling is van een procedure met betrekking tot dezelfde *feitelijke* handeling.[6]

2. Enkele jaren later – *Zolotukhin* en *Mantello* zijn uit 2009 en 2010 –, in de door het EHRM als

key case bestempelde *A. & B.*, is de *bis* aan herziening toe.[7] Volgens het EHRM is sprake van een *tweede* vervolging als er onvoldoende temporele en materiële samenhang tussen de twee procedures bestaat. Aldus zijn consecutieve procedures of duplicatie van procedures problematisch in het licht van het *ne bis in idem*-beginsel, maar schenden parallelle procedures waarin de autoriteiten samenwerken en bewijs uitwisselen in beginsel het *ne bis in idem*-beginsel niet. Voor wat betreft de *bis* sluit het HvJ EU aan bij de rechtspraak van het EHRM en dus bestaat op dat punt convergentie van rechtspraak.[8] Wat betreft de *bis* bestaat ook de mogelijkheid om een tweede vervolging bij voorbaat te voorkomen via het *una via*-beginsel. Als de (Europese) wetgever “een weg” voorschrijft, dan is de andere procedure uitgesloten en kan er (in theorie) geen sprake zijn van twee vervolgingen.

3. In de onderhavige zaak staan beide hierboven besproken punten centraal. In deze zaak gaat het om het gedrag van *Slovak Telekom* (een onderdeel van *Deutsche Telekom*). Zowel de nationale mededingingsautoriteit als de Europese Commissie onderzoeken *Slovak Telekom*'s machtspositie afzonderlijk en leggen beide boetes op. Omdat in de onderhavige zaak zowel de nationale autoriteiten als de Commissie boetes hebben opgelegd, klaagt *Slovak Telekom* over schending van het *ne bis in idem*-beginsel, omdat volgens hem (a) *dezelfde gedraging (idem)* tweemaal (*bis*) is bestraft, ondanks dat (b) een *una via*-bepaling van toepassing is.

4. Zoals al kort aangestipt, heeft in onderhavige zaak zowel de Slowaakse mededingingsautoriteit als de Europese Commissie een boeteprocedure jegens het telecombedrijf *Slovak Telekom* gevoerd. De mededingingsautoriteit van de Slowaakse Republiek besloot een geldboete van 17.453.362,54 euro op te leggen wegens misbruik van machtspositie. *Slovak Telekom* is in Slowakije de exploitant van het koper- en glasvezelnetwerk en op basis van EU-brede liberalisering van de telecommarkt in 2000 moeten exploitanten concurrenten toegang verschaffen tot het netwerk. *Slovak Telekom* zou echter een strategie hebben ontwikkeld waarbij de marges tussen retailtarieven voor telecommunicatiediensten en de wholesaletarieven voor de totstandbrenging van verbindingen werden uitgehouden. De inbreuken hebben plaatsgevonden in de periode van 1 mei 2001 tot en met 9 april 2009 (punt 12). Het nationale onderzoek vond plaats in de periode van 26 september 2005 (punt 7) tot en met 9 april 2009 (punt 12).

De Europese Commissie heeft op 8 april 2009 ook een procedure tegen *Slovak Telekom* ingeleid (punt 11). De Commissie deed onderzoek naar de mogelijke weigering van *Slovak Telekom* om toegang te verlenen tot ontbundelde aansluitnetten en andere wholesalebreedbandtoegangsdiensten, alsook op een praktijk van uitholling van de marges wat betreft de wholesaletoeegang tot het aansluitnet, andere wholesalebreedbandtoegangsdiensten en retailtoegangsdiensten in Slowakije (punt 11). Met andere woorden, *Slovak Telekom* heeft concurrenten structureel de toegang tot het netwerk

onmogelijk gemaakt, en aan het enige (!) bedrijf dat zich ook op de markt begaf zo'n hoge toegangsprijs gevraagd dat sprake is van marge-uitholling. De Commissie heeft uiteindelijk vastgesteld dat de onderneming in de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU had gepleegd.[9] De zaak van de Commissie werd op 15 oktober 2014 afgerond (punt 15). Wat direct opvalt, is dat de periode waarover *Slovak Telekom* wordt beboet in beide procedures overlap vertoont.

5. Tegen de in de nationale procedure opgelegde boete heeft *Slovak Telekom* dan ook rechtsmiddelen ingediend. De hoogste rechtelijke instantie van de Slowaakse Republiek (de *Najvyšší súd Slovenskej republiky*) heeft tijdens die zaak prejudiciële vragen gesteld. De eerste vraag betreft de *una via*-bepaling van artikel 11, lid 6, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003, waarin is bepaald dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun vervolgingsrecht verliezen wanneer de Commissie *een procedure inleidt*. Het gaat daarbij om de vraag of de Slowaakse autoriteiten de handhavingsbevoegdheid volledig verliezen na het inleiden van de procedure door de Commissie. De tweede vraag betreft de uitleg van het begrip *idem*, omdat de nationale rechter twijfelt of sprake is van dezelfde *feitelijke* gedraging in zowel het boetebesluit van de Commissie als de beboete gedraging in de nationale procedure (punt 18-19): het gaat immers om dezelfde rechtspersoon die voor gedeeltelijk hetzelfde tijdsvenster twee boetes krijgt opgelegd. Hieronder worden beide prejudiciële vragen achtereenvolgens behandeld.

6. Artikel 11, lid 6, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid verliezen om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen zodra de Commissie een procedure inleidt om een schending van de artikelen 101 en 102 VWEU vast te stellen. Er is sprake van een “inleiding van een procedure” wanneer uit ‘een gezagshandeling van de Commissie haar wil blijkt om een besluit te nemen op grond van eerstgenoemde verordening’ (punt 26). Hiermee wordt bedoeld dat van de Commissie een kennisgeving uitgaat naar de onderneming waartegen zij een procedure inleidt, zodat de onderneming op de hoogte is van de procedure (punt 27). Uit de bewoording “wanneer de Commissie een procedure begint” moet ook worden afgeleid dat de Commissie daarmee de verplichting heeft de omvang van het geding af te bakenen (punt 28). Hiermee wordt duidelijk op welke gedragingen de Commissie haar onderzoek richt, en welke gedragingen dus niet meer door de nationale autoriteiten mogen worden berecht. *A contrario* betekent dit dat de nationale autoriteiten *andere* gedragingen (natuurlijk) wel mogen vervolgen.

7. Hieruit volgt dat de Slowaakse mededingingsautoriteit in de onderhavige zaak enkel haar bevoegdheid heeft verloren om misbruik van machtspositie te vervolgen voor zover dit besluit betrekking had op *dezelfde vermeende mededingingsversturende gedragingen* van *Slovak*

Telekom. De vraag is of het hier om dezelfde gedragingen gaat (*idem*), waarbij niet wordt getwijfeld aan de eenheid van persoon en tijd – want het is dezelfde rechtspersoon die voor een overlappende periode twee boetes krijgt opgelegd –, maar of het om machtsmisbruik voor dezelfde producten en productenmarkten gaat. Uit deze beantwoording blijkt duidelijk de samenhang tussen *una via* en *ne bis in idem*. De Slowaakse autoriteiten verliezen door de *una via*-bepaling de bevoegdheid om hand te haven, maar alleen als sprake is van *idem* (punt 38).

8. Het HvJ EU oordeelde over het tweede deel van de prejudiciële vragen dat het *ne bis in idem*-beginsel in *casu* niet zover reikt dat de rechtspersoon *Slovak Telekom* niet (opnieuw) vervolgd mocht worden. Dat is namelijk afhankelijk van de onderzochte feitelijke gedragingen. Om te spreken van *idem* moeten de feiten, de overtreder en het beschermende rechtsgoed dezelfde zijn (punt 43). De verschillende procedures in deze zaak hadden betrekking op afzonderlijke *productmarkten* (punt 37, 45). De Commissie heeft de *wholesalebreedbandtoegang* tot het aansluitnet onderzocht, terwijl de nationale autoriteiten zich hebben gericht op het misbruik van de machtspositie op *smalbanddiensten* per inbelverbinding (punt 35-36).

9. Ook als de nationale rechter van oordeel zou zijn dat het misbruik op dezelfde productmarkten betrekking heeft, zou het *ne bis in idem*-beginsel in onderhavige zaak niet van toepassing zijn. Er is volgens het HvJ EU namelijk evenmin voldaan aan de *bis*. De Slowaakse mededingingsautoriteit had haar bevoegdheid tot toepassing van artikel 102 VWEU namelijk verloren door het besluit van de Commissie (punt 47). Uit het arrest blijkt zeer duidelijk dat *bis* en *una via* twee zijden van dezelfde medaille zijn: met beide concepten wordt een ongerechtvaardigde tweede vervolging of bestraffing voorkomen.

10. De keuze tussen *una via* en *bis* is eigenlijk een keuze tussen *ultimum remedium* en *optimum remedium*. Door de keuze voor een vorm van handhaving wettelijk af te sluiten, geeft de wetgever aan dat bepaalde gedragingen niet ook bestuursrechtelijk kunnen worden afgedaan wanneer de strafrechtelijke weg wordt ingestoken. Het afsluiten van bepaalde wegen is een duidelijke uitkomst van de overweging dat het strafrecht (als *ultimum remedium*) voorrang heeft.[10] Daarbij ligt het misschien wel voor de hand dat de wetgever niet alleen abstracte *una via*-bepalingen creëert, maar ook nadenkt over de concrete afsluiting van handhavingstrajecten voor bepaalde gedragingen.[11] Daarbij wordt bijvoorbeeld gedacht aan het onderscheid in de ernst van de gedraging op basis van de strafbare feiten waarvoor een strafbeschikking kan worden opgelegd.[12]

10. Bij twee parallelle procedures daarentegen, waar bij de strafoplegging rekening wordt gehouden met de uitkomst van beide procedures, is duidelijk sprake van een optimale benutting van de handhavingsmechanismen. Wattel schrijft dan ook dat ‘een *una via*-stelsel

zoals het Nederlandse niet nodig is; een verrekeningsstelsel is veelal voldoende, juist als cumulatie min of meer standaard en daarmee voorzienbaar is en temporeel niet te veel uiteenloopt.’^[13] Voor Nederland zou dit kunnen betekenen dat in het bestuurs- en strafrecht naast elkaar dezelfde gedragingen kunnen worden vervolgd, zolang de procedures en de straftoemeting goed op elkaar afgestemd zijn (zodat wordt voldaan aan de voorwaarden van de *bis*). Hoe dan ook, linksom (via *una via*) of rechtsom (via *bis*) is de bescherming tegen ongerechtvaardigde cumulatie van straffen gewaarborgd.

I.N. (Iris) de Wit

Junior docente straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] Parallel liep een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht van de Europese Unie met betrekking tot de boete opgelegd door de Europese Commissie. *Slovak Telekom*, 25 maart 2021, C|165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239.

[2] *Zolotukhin t. Rusland*, EHRM (GK) 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, «EHRC» 2009/58.

[3] *Zolotukhin t. Rusland*, EHRM (GK) 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 «EHRC» 2009/58, punt 82.

[4] Vgl. F.C.W. de Graaf, ‘Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Euro- pees Hof voor de Rechten van de Mens’, *DD* 2013/34.

[5] *Mantello*, HvJ EU (GK) 16 november 2010, C|261/09, ECLI:EU:C:2010:683, punt 38 e.v.

[6] *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, HvJ EU 3 april 2019, C-617/17, EU:C:2019:283, punt 32.

[7] *A. & B. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 15 november 2016, nr. 24130/11,

ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, «EHRC» 2017/61 m.nt. W.B. van Bockel.

[8] M.J. Vetzò, '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', *Review of European Administrative Law* 2018, 2, p. 55- 84.

[9] Eerder in deze zaak ontstond discussie of voor de beoordeling van misbruik van machtspositie de *Bronner*-criteria moeten worden toegepast. *Slovak Telekom t. Commissie*, Gerecht 13 december 2018, zaak T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929.

[10] Vgl. P. de Haas, 'Opent de una-viaregeling in de Vierde tranche Awb nieuwe wegen?', *MBB* 2009, 12.

[11] L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

[12] B. van der Vorm, 'De keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering en het criterium van de ernstige gedraging', *PROCES* 2017 (96), 4.

[13] P. Wattel, 'Bis in idem', *NJB* 2017/205, afl. 4.