

Het beginsel van proportionele bestraffing op enige gebieden van Europees (quasi-)strafrecht²

DD 2021/1

1. Inleiding

Het strafrechtelijke schuldbegin­sel houdt onder meer de regel in dat straffen niet onevenredig zwaar mogen zijn.³ Hiermee is niets controversieels gezegd. Dat verbaast ook niet, want eigenlijk is er nog hoegenaamd *niets* mee gezegd. De vraag is immers: *waaraan* precies moet een straf evenredig zijn? De vraag is ook: wanneer precies geldt een bepaalde ingreep als een *straf*? Beide vragen zijn, als bekend, met contro­versen omgeven. Het is bijvoorbeeld omstreden of een straf al dan niet zwaarder mag uitvallen dan is geïndiceerd (op welke mysterieuze manier dan ook) door de mate van schuld van de dader. Het antwoord op deze vraag hangt natuurlijk voor een groot deel af van het antwoord op een andere vraag, namelijk: wat wordt precies bedoeld met ‘de schuld van de dader’? Als ‘schuld’ hier wordt opgevat in de strikte, subjectieve zin van ‘verwijtbaarheid’ van de dader, dan zou het schuld­begin­sel de strafrechtspleging in dit verband vermoedelijk te zwaar belasten.

Dit verklaart waarschijnlijk waarom volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad “de stelling, dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd in geen rechtsregel steun vindt”.⁴ Maar we kunnen de term schuld in dit verband ongedwongen ook in een veel objectievere zin verstaan. De schuldnotie die een rol speelt bij de straftoemeting kan worden beschouwd als een inherent ‘relationeel’ begrip.⁵ Schuld moet worden vereffend. Schuld betekent in deze context dus dat iets aan een ander, of aan ‘de Ander’ (de maatschappij), verschuldigd is. Deze relationele vorm van schuld is door Antoine Mooij treffend aangeduid als ‘vereveningsschuld’.⁶ De omvang van deze schuld hangt niet alleen of zelfs primair af van de mate van persoonlijke verwijtbaarheid, maar hangt vooral af van meer objectieve factoren, zoals de gevolgen van het strafbare feit voor slachtoffer of nabestaande en de eventuele geschoktheid van de samenleving, oftewel: *de ernst van het delict*.

De (objectieve) ernst van een gedraging vormt ook het voornaamste gezichtspunt voor de wetgever bij de bepaling van de soort en maximale zwaarte van de straf waarmee de desbetreffende gedraging wettelijk dient te worden bedreigd. De ernst van een delict is op dit

1 Hoogleraar straf- en strafprocesrecht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall), Universiteit Utrecht.

2 Citeertitel: F. de Jong, ‘Het beginsel van proportionele bestraffing op enige gebieden van Europees (quasi-)strafrecht’, DD 2021/1.

3 F. de Jong, ‘Four Dimensions of Nulla Poena Sine Culpa. The Principle of Individual Culpability in Contexts of Criminal and Quasi-Criminal Law Enforcement in Europe’, in: V. Franssen & C. Harding (red.), *Criminal and Quasi-Criminal Enforcement Mechanisms in Europe: Origins, Concepts, Future*, Oxford: Hart Publishing (te verschijnen 2021). Delen van deze bijdrage zijn op dit hoofdstuk gebaseerd.

4 HR 24 juni 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4770, NJ 1969/63, m.nt. Ch.J. Enschedé; zie ook C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 340-341 en 577-578.

5 Zie R.A. Duff, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 23-30.

6 A.W.M. Mooij, ‘Schuld in strafrecht en psychiatrie’ (oratie Utrecht [1997]), opgenomen in: A.W.M. Mooij, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat. Over verantwoordelijkheid*, Amsterdam: Boom 1998, p. 55-73, p. 60-61: “Het gaat hier om wat wel de *ernst van het feit* heet, welke wordt bepaald door de omvang van de schade, maar ook de context ervan, de eventuele perfiditeit van de daad. Uiteindelijk gaat het om de geschoktheid van de omgeving (de rechtsorde, de samenleving).”

abstracte, algemene niveau van de wetgeving vooral geparenteerd aan het gewicht van het rechtsbelang ter bescherming waarvan de strafbaarstelling in het leven wordt geroepen. Maar het is duidelijk dat het proportionaliteitsvereiste een meer genuanceerde betekenis toekomt op het concrete niveau van de berechting van en straftoemeting in individuele gevallen. In die context is het mogelijk om rekening te houden met veel meer specifieke omstandigheden en subjectieve factoren, waaronder de omvang van de individuele verwijtbaarheid van de dader.⁷ In dit verband stellen Andrew von Hirsch en Andrew Ashworth in hun boek *Proportionate Sentencing*:

“Once one has created an institution with the condemnatory implications that punishment has, then it is a requirement of justice, not merely of efficient crime prevention, to punish offenders according to the degree of reprehensibility of their conduct. Disproportionate punishments are unjust not because they possibly may be ineffective or counterproductive, but because they purport to condemn the actor for his conduct and yet visit more or less censure on him than the degree of blameworthiness of that conduct would warrant.”⁸

Von Hirsch en Ashworth relateren de intensiteit van publieke afkeuring (*censure*) die in de straf tot uitdrukking komt en die wordt gerechtvaardigd door de omvang van de schuld (*blameworthiness*) dus eveneens uitdrukkelijk aan de ernst (*seriousness*) van het delict.⁹ De betekenis die de notie schuld in dit verband heeft, sluit dus nauw aan bij het eerder genoemde, relatief wijde en relationele begrip ‘vereveningsschuld’. Nu is over de relatie tussen de begrippen straf en schuld een uitgebreide literatuur voorhanden. Die literatuur heeft in overwegende mate betrekking op *strafrechtelijke* straffen. Maar als gezegd bestaan ook ten aanzien van inhoud en afbakening van het begrip ‘straf’ de nodige controversen. Zo is niet altijd eenvoudig uit te maken of een bepaalde *bestuursrechtelijke* sanctie kan of moet worden aangemerkt als een ‘straf’ als bedoeld in (bijvoorbeeld) artikel 7 EVRM.

In het vervolg van deze bijdrage zal de nadruk liggen op de betekenis en de rol van het proportionaliteitsbeginsel bij de sanctietoemeting binnen enkele (Europeesrechtelijke) rechtsdomeinen die ‘formeel’ niet of niet volledig strafrechtelijk van aard zijn, maar die wel ‘quasi-strafrechtelijk’ van aard zijn doordat zij worden gekenmerkt door het gebruik van punitieve sancties. Ik zal me daarbij vanzelfsprekend moeten beperken tot een nogal grove, pointillistische schets. Na een korte bespreking van het fenomeen van het quasi-strafrecht in paragraaf 2, gaat paragraaf 3 in op de methode die de Europese Commissie hanteert bij het vaststellen van boetes voor overtredingen van het EU-mededingingsrecht. In paragraaf 4 wordt vervolgens stilgestaan bij het fenomeen van *dual-track* handhavingssystemen in relatie tot het beginsel *ne bis in idem* zoals vastgelegd in artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest) en in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het EVRM.

7 Met betrekking tot andere dimensies van het strafrechtelijke schuldbeginnsel kunnen de verschillen tussen de wetgevende context en de context van berechting van en sanctietoemeting in individuele zaken natuurlijk aanzienlijk kleiner zijn. Bij de bepaling van het voor een bepaald delict vereiste schuldbestanddeel levert de wetgever bijvoorbeeld een actieve en niet te verwaarlozen bijdrage aan de verwerkelijking van een belangrijke dimensie van het strafrechtelijke schuldbeginnsel.

8 A. von Hirsch & A. Ashworth, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 134.

9 Zie Von Hirsch & Ashworth 2005, p. 137-162; vgl. M. Thorburn, ‘Proportionate Sentencing and the Rule of Law’, in: L. Zedner & J.V. Roberts (red.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice. Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 269-284.

2. Strafrechtelijke en quasi-strafrechtelijke handhaving van het Unierecht

Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in december 2009 is lang en fel gediscussieerd over de vraag of de Europese wetgever bevoegd was punitieve handhavingssystemen in het leven te roepen op terreinen waarop de EU een expliciete bevoegdheid tot strafrechtelijke wetgeving ontbeerde, dus ten aanzien van onderwerpen die niet thuishoorden onder de intergouvernementele ‘derde pijler’. De controverse gaat minstens terug tot 1992, in welk jaar het Europese HvJ arrest wees in de zaak *Duitsland/Commissie*.¹⁰ In dit gedenkwaardige arrest oordeelde het Hof dat de Europese wetgever de bevoegdheid bezat om in wetgeving administratieve sancties vast te stellen met het oog op de bescherming van de interne markt. De omstandigheid dat ‘officieel’ geen sprake was van strafrechtelijke sancties, liet naar luid van een door vele critici van dit arrest ingenomen standpunt onverlet dat de sancties wel degelijk beantwoorden aan de zogenoemde *Engel*-criteria en dus kwalificeren als ‘straf’ (*penalty*) in de zin van artikel 7 EVRM.¹¹ Bovendien zagen velen de inzet van punitief-bestuursrechtelijke handhavingssystemen als een vorm van *function creep* die zou kunnen uitmonden in een supranationaal Europees sanctiesysteem.¹²

We weten allemaal hoe het is verdergegaan. Het Verdrag van Lissabon heeft een einde gemaakt aan de pijlerstructuur die in 1992 met het Verdrag van Maastricht was ingevoerd. Alle EU-beleidsterreinen – inclusief dat van de politieke en justitiële samenwerking binnen de ‘ruimte van vrijheid, veiligheid en recht’ (RVVR) – zijn daarbij opgegaan in één institutioneel raamwerk. Als bekend heeft het Verdrag van Lissabon de wetgevende bevoegdheden van de EU op strafrechtelijk terrein aanzienlijk uitgebreid. De leden 1 en 2 van artikel 83 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bevatten een expliciete bevoegdheidsgrondslag voor wetgeving op strafrechtelijk terrein.¹³ Inmiddels is op voet van deze bepaling een indrukwekkende hoeveelheid wetgeving aangenomen.¹⁴ Daarmee heeft de EU – met het oog op de versterking van het *effet utile* van het Unierecht¹⁵ – de

10 HvJ EU 27 oktober 1992, C-240/90, ECLI:EU:C:1992:408 (*Duitsland/Commissie*); zie ook de conclusie van A-G F. Jacobs van 3 juni 1992, C-240/90, ECLI:EU:C:1992:237 (*Duitsland/Commissie*).

11 Zie EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071 (*Engel et al./Nederland*), r.o. 80-82; EHRM 26 februari 1996, nr. 17440/90, ECLI:CE:ECHR:1996:0226JUD001744090 (*Welch/Verenigd Koninkrijk*). De *Engel*-criteria werden door het HvJ EU overgenomen in zijn arrest van 5 juni 2012, C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319 (*Strafzaak t. Łukasz Marcin Bonda*); zie daarover A.H. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, derde druk, Cambridge: Intersentia 2016, p. 190-194.

12 Zie E. Herlin-Karnell, ‘Is Administrative Law Still Relevant? How the Battle of Sanctions Has Shaped EU Criminal Law’, in: V. Mitsilegas, M. Bergström & Th. Konstatidines (red.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 233-248, p. 234-235. Zie ook E. Herlin-Karnell, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 10-41.

13 De wetgevende competentie gegrond in art. 83 lid 1 VWEU is gebonden aan een *numerus clausus*-systeem, hetgeen betekent dat wetgevingsinitiatieven enkel betrekking mogen hebben op delicten die vallen onder één van de genoemde delictcategorieën. Art. 83 lid 2 VWEU voorziet in een aanvullende bevoegdheidsgrondslag voor het scheppen van strafbare feiten op basis van *effet utile*-overwegingen; zie V. Franssen, ‘EU Criminal Law and *Effet Utile*: A Critical Examination of the Union’s Use of Criminal Law to Achieve Effective Enforcement’, in: J.B. Banach-Gutierrez & C. Harding (red.), *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, Abingdon-on-Thames: Routledge 2017, p. 114-146. Onduidelijk is of art. 325 VWEU een zelfstandige grondslag biedt voor wetgeving op het gebied van fraude en andere illegale activiteiten die de financiële belangen van de EU raken; zie Klip 2016, p. 180-190.

14 Een overzicht daarvan wordt geboden door J.W. Ouwkerk & W. Geelhoed, ‘EU Criminal Law’, in: P.J. Kuijper, F. Amtenbrink, D. Curtin, B. De Witte, A. McDonnell & S. Van den Bogaert (red.), *The Law of the European Union*, Deventer: Kluwer Law International 2018, p. 691-714, p. 696-701; en door K. Ambos, *European Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 317-386.

15 Zie Franssen 2017; K. Nuotio, ‘A Legitimacy-based Approach to EU Criminal Law: Maybe We are Getting There, After All’, *New Journal of European Criminal Law* 2020 (1), p. 20-39, p. 21.

lidstaten in toenemende mate verplicht bepaalde gedragingen in hun nationale rechtsordes strafbaar te stellen en daarbij bepaalde ‘minimum maximumstraffen’ in te voeren.¹⁶

Dit alles betekent echter niet dat de inzet van punitief-bestuursrechtelijke sancties minder belangrijk is geworden. Zoals verderop nog zal blijken, heeft de Europese wetgever in de afgelopen decennia in zijn wetgeving herhaaldelijk een *dual-track* handhavingsmechanisme geïntroduceerd, bestaande in een combinatie van een strafrechtelijk en een bestuursrechtelijk aansprakelijkheidsregime.¹⁷ De EU-lidstaten hebben dientengevolge een grote hoeveelheid strafrechtelijke én ‘quasi-strafrechtelijke’, punitief-bestuursrechtelijke regelgeving – afkomstig van uiteenlopende deelreinen van het Unierecht – in hun nationale rechtsstelsels moeten omzetten. De in 1992 in de eerdergenoemde zaak *Duitsland/Commissie* door het HvJ van de EU bekrachtigde mogelijkheid voor de EU-wetgever om punitieve bestuursrechtelijke sancties in het leven te roepen, speelde volgens Ester Herlin-Karnell “an important role in expanding the competences of the EU and thereby, prior to the Lisbon Treaty, made possible a quasi-criminal law system at the expense of the due process safeguards traditionally associated with criminal law”.¹⁸

Tegelijkertijd kunnen we ons afvragen of de Europese quasi-strafrechtelijke handhavings-systemen niet ook ten koste gaan van waarborgen die van oudsher besloten liggen in het ‘algemeen deel’ van het *materiële* strafrecht.¹⁹ In de voorliggende bijdrage concentreer ik me op één van die waarborgen uit het algemeen deel van het materiële strafrecht, te weten het in de inleiding besproken deelveerste van het strafrechtelijke schuldbeginsel dat inhoudt dat een straf proportioneel is aan de schuld van de dader (waarbij ‘schuld’ wordt verstaan in de ‘relationele’ en ruime betekenis van dit begrip die Antoine Mooij heeft

16 In een recente studie van het European Criminal Policy Initiative wordt geconcludeerd dat het instrument van ‘minimum maximumstraffen’ niet effectief bijdraagt aan de harmonisatie van strafrechtelijke sancties. Integendeel: het instrument leidt tot een verhoging van het algemene niveau van punitiviteit en het heeft vaak een negatief effect op de onderlinge samenhang van nationale sanctieregels en op de proportionaliteit van sancties. Daarom bepleit het European Criminal Policy Initiative een alternatief model voor de harmonisatie van sancties, gebaseerd op een indeling van categorieën van relatieve zwaarte van sancties. Zie H. Satzger, ‘The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union. A New Approach’, *Eucrim* 2019 (2), p. 115-119. Zie ook M. Kaiafa-Gbandi, ‘The Post-Lisbon Approach towards the Main Features of Substantive Criminal Law: Developments and Challenges’, *European Criminal Law Review* 2015 (1), p. 3, 10-11 en 18; en H.G. Nilsson, ‘Some Reflections on the Development of an EU Criminal Policy, on Directives in Criminal Law and Sanctions Contained Therein’, in: M. Ulväng & I. Cameron (red.), *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala: Iustus Förlag 2014, p. 163-184, p. 178-181.

17 Zie paragraaf 4 hieronder. Belangrijke voorbeelden zijn de *Richtlijn 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik* (Richtlijn marktmisbruik), *PbEU* 2014, L 173/179, en de *Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik* (Verordening marktmisbruik), *PbEU* 2014, L 173/1. Zie hierover M.J.J.P. Luchtman & J.A.E. Vervaele, ‘Enforcing the Market Abuse Regime: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union’, *New Journal of European Criminal Law* 2014 (2), p. 192-220.

18 Herlin-Karnell 2016, p. 237.

19 Zie J. Blomsma, *Mens Rea and Defences in European Criminal Law* (diss. Maastricht), Cambridge: Intersentia 2012, p. 6; daar noemt hij het algemeen deel van het materiële strafrecht “a blind spot in a Union that focuses predominantly on the special part of substantive criminal law”. Zie ook A.H. Klip, ‘Towards a General Part of Criminal Law for the European Union’, in: A.H. Klip (red.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen: Maklu 2011, p. 15-33; Klip 2016, p. 195-196; Ambos 2018, p. 324; Ouwerkerk & Geelhoed 2018, p. 695. De weifelachtigheid ten aanzien van de vorming van een algemeen deel van Europees materieel strafrecht vindt vermoedelijk ten dele haar oorzaak in de door de EU beleden eerbied voor de diversiteit van de strafrechtelijke systemen van de lidstaten; zie V. Reding, ‘On Substantive Criminal Law of the European Union’, in: A.H. Klip (red.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen: Maklu 2011, p. 12: “Criminal law is an area where diversity within Europe is great, and these differences are bound to stay. This is because, like no other area of law, criminal law reflects the basic values, customs and choices of any given society.” Zie ook de zogenoemde ‘noodremprocedure’ van art. 82 lid 3 en 83 lid 3 VWEU.

aangeduid met de term ‘vereveningsschuld’). In hoeverre wordt aan dit vereiste van evenredige ‘bestrafing’ voldaan binnen de uiteenlopende quasi-strafrechtelijke handavingsregimes die hun oorsprong vinden in het Europese recht? Met de term ‘quasi-strafrechtelijk’ doel ik in het vervolg van deze bijdrage op regelingen en handavingsmechanismen die formeel of *stricto sensu* niet ‘strafrechtelijk’ van aard zijn, maar die wel voorzien in (soms bijzonder zware) sancties die gelden als *penalties* (*‘of a criminal nature’*) in de zin van artikel 7 EVRM.

Het spreekt vanzelf dat ik in wat volgt bij lange na geen representatief beeld kan geven van de invulling van het proportionaliteitsvereiste ten aanzien van sancties binnen de verschillende, en vele, quasi-strafrechtelijke regelingen die hun oorsprong vinden in het Europese recht. Op de volgende bladzijden wordt enkel verslag gedaan van een zeer beperkte verkenning. Dat het (desondanks) belangrijk is om aandacht te vragen voor het proportionaliteitsvereiste in relatie tot quasi-strafrechtelijke sancties, demonstreert een in 2009 gepubliceerd ‘Manifest’ van het European Criminal Policy Initiative (een groep wetenschappers op het gebied van het Europees strafrecht). In dit Manifest wordt onder meer benadrukt dat “*the European legislator has to justify that the requirements in European legislation as to the sanctions permits [sic] the imposition of penalties which correspond to the guilt of the individual and which are not disproportionate to the criminal offence*”.²⁰ Verwijzend naar (vooral) verschillende Kaderbesluiten met betrekking tot strafbare feiten is het volgens de opstellers van het Manifest “*alarming that the legislator does not pay attention to the fact that the penalty scale should be proportionate to the dangerousness of the offence*”.²¹ Deze kritiek kan het bange vermoeden wekken dat op quasi-strafrechtelijk terrein de zaken er nog beroerder voor staan. Daarbij moeten we uiteraard de Europese rechters niet vergeten. De beroemde uitspraak in de zaak *Griekse mais* kan in dit verband als uitgangspunt dienen. In dit arrest oordeelde het HvJ van de (toen nog) Europese Gemeenschappen dat de lidstaten,

“whilst the choice of penalties remains within their discretion, (...) must ensure in particular that infringements of Community law are penalized under conditions, both procedural and substantive, which are analogous to those applicable to infringements under national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty effective, proportionate and dissuasive.”²²

De zinsnede dat sancties “*effective, proportionate and dissuasive*” moeten zijn, heeft zich naderhand snel ontwikkeld tot een soort mantra van zowel het Europese HvJ als de Europese wetgever. De termen zijn op verschillende manieren geïnterpreteerd.²³ Wat in ieder geval duidelijk lijkt, is dat de eis van proportionaliteit beperkingen oplegt aan de mate waarin

20 European Criminal Policy Initiative, ‘A Manifesto on European Criminal Policy’, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, p. 707-716, p. 708. Zie ook voetnoot 16 hierboven.

21 Idem, p. 712, waar wordt verwezen naar *Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding*, *PbEG* 2002, L 164/3, en naar het (toenmalige) *Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers en tot intrekking van Kaderbesluit 2002/629/JBZ*, COM(2009) 136 definitief.

22 HvJ EG 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*; *Commissie/Helleense Republiek*), r.o. 24. Zie over dit arrest Klip 2016, p. 72-82.

23 Zie bijvoorbeeld M.G. Faure, ‘Effective, Proportional and Dissuasive Penalties in the Implementation of the Environmental Crime and Ship-source Pollution Directives: Questions and Challenges’, *European Energy and Environmental Law Review* 2010, p. 256-278.

een sanctie afschrikkend kan werken (en wellicht ook aan de effectiviteit van een sanctie).²⁴ In haar conclusie voor een drietal gevoegde zaken betreffende strafprocedures noteerde advocaat-generaal Juliane Kokott dat een proportionele straf “[is] appropriate (that is to say, in particular, effective and dissuasive) for attaining the legitimate objectives pursued by it, and also necessary. Where there is a choice between several (equally) appropriate penalties, recourse must be had to the least onerous”.²⁵ Deze definitie van het begrip evenredigheid heeft vooral betrekking op het abstracte niveau van wetgeving. Op het concrete niveau van de straftoemeting in individuele gevallen wordt het beginsel van proportionele bestraffing echter over het algemeen geacht te vereisen dat de opgelegde straf in verhouding staat tot de ernst van het delict en tot de schuld van de dader. Daarover handelen de volgende paragrafen.

3. Berekening en toetsing van boetebedragen binnen het Europees mededingingsrecht

In artikel 49 lid 3 van het Handvest is bepaald dat “de zwaarte van de sancties niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit”. Hoewel deze bepaling zich uitdrukkelijk concentreert op strafbare feiten, wordt het vereiste van evenredigheid van sancties ook van toepassing geacht op quasi-strafrechtelijke vergrijpen.²⁶ Het HvJ en het Gerecht van de EU passen artikel 49 Handvest toe – zij het niet overvloedig – in zaken betreffende overtredingen van het quasi-strafrechtelijke EU-mededingingsrecht.²⁷ Artikel 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* machtigt de Commissie om een geldboete op te leggen aan ondernemingen of ondernemingsassociaties die opzettelijk of uit onachtzaamheid artikel 101 of 102 VWEU hebben overtreden.²⁸ Ter versterking van de transparantie en onpartijdigheid van haar besluiten publiceerde de Commissie in 2006 een vier bladzijden tellend document met *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* die op grond van artikel 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* kunnen worden opgelegd.²⁹ Volgens deze richtsnoeren is het de taak van de Commissie:

“om een algemeen beleid te voeren dat erop is gericht om op het gebied van de mededinging toepassing te geven aan de door het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van de

24 Vgl. Nuotio 2020, p. 23-24: “Proportionality has, as is generally known, two possible interpretations. There is act-proportionality which requires that the punishment should be proportionate to the gravity of the offence. The second interpretation is means-end-proportionality. This second interpretation of proportionality would obviously be close to the effectiveness test. In criminal law, act-proportionality is particularly significant, since it reveals the penal value of the act in question. It is rather obvious that sentences that are both effective and proportionate may help with the internalization of those values and also give reasons for potential perpetrators not to engage in the forbidden conduct. Proportionality and effectiveness are thus internally linked.”

25 Conclusie van A-G J. Kokott van 14 oktober 2004, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2004:624 (*Strafzaken t. Silvio Berlusconi, Sergio Aldechi en Marcello Dell’Utri et al.*), punt 90.

26 Zie P. De Hert, ‘EU Criminal Law and Fundamental Rights’, in: V. Mitsilegas, M. Bergström & Th. Konstadinides (red.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 105-124, p. 122-123.

27 Zie M. Veenbrink, *Criminal Law Principles and the Enforcement of EU and National Competition Law: A Silent Takeover?* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 206.

28 Voorheen art. 81 en 82. Zie art. 23 lid 2 onder a van *Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag*, PbEG 2003, L 1/1.

29 *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd*, PbEU 2006, C 210/2. Deze vervingen de *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd*, PbEG 1998, C 9/3.

ondernemingen in overeenstemming met deze beginselen te sturen. Hiertoe moet de Commissie erop toezien dat haar optreden een voldoende afschrikkende werking heeft. (...) Hierbij moet het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat, niet alleen om de betrokken ondernemingen te bestraffen (specifieke afschrikkende werking), maar ook om andere ondernemingen ervan te weerhouden over te gaan tot gedragingen die in strijd zijn met de artikelen [101 en 102] van het Verdrag of dergelijke gedragingen voort te zetten (algemene afschrikkende werking).”³⁰

In de tamelijk sterke nadruk op het belang van (specifieke en algemene) *afschrikking* schuilt wellicht een gedeeltelijke verklaring voor het reeds vaak geconstateerde feit dat de door de Commissie wegens concurrentieverstorend gedrag opgelegde boetes de afgelopen decennia niet alleen in aantal maar ook in omvang sterk zijn toegenomen.³¹ Het HvJ en het Gerecht van de EU hebben in hun jurisprudentie op het gebied van de antitrustwetgeving de door de Commissie vastgestelde *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* bekrachtigd; de EU-rechters laten de Commissie echter een zekere beoordelingsvrijheid bij de toepassing van de richtsnoeren.³² Het lijkt dan ook nuttig om de betekenis en het gewicht van het vereiste van evenredigheid van sancties in dit verband wat nader te onderzoeken. Hoewel dit vereiste nergens expliciet wordt genoemd in de *Richtsnoeren*, wordt op enkele plaatsen impliciet naar aspecten ervan verwezen. Dit is bijvoorbeeld het geval waar wordt gesteld dat de Commissie rekening moet houden met “de duur en de ernst van de inbreuk”³³ en waar bepaalde verzachtende omstandigheden worden opgesomd op grond waarvan een boete voor een individuele onderneming kan worden verlaagd.³⁴

Deze aspecten zijn opgenomen in de ‘twee-stappenmethode’ die de Commissie moet volgen bij de vaststelling van de in individuele gevallen op te leggen geldboetes. In een eerste stap stelt de Commissie een ‘basisbedrag’ voor de geldboete vast op grond van de waarde van de verkopen van goederen en diensten, voor zover deze verkopen verband houden met het concurrentiebeperkende gedrag op de relevante markt. In de regel wordt het basisbedrag berekend door uit te gaan van maximaal dertig procent van de waarde van de verkopen in het voorafgaande volledige boekjaar,³⁵ vermenigvuldigd met het aantal jaren waarin de betrokken onderneming of ondernemingsassociatie aan de inbreuk heeft deelgenomen. Om de gewenste afschrikkende werking te waarborgen, wordt het resulterende bedrag vervolgens verder verhoogd met een bepaald percentage van de waarde van de verkopen.³⁶

30 *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* 2006, § 4 (voetnootverwijzingen weggelaten, FJ).

31 Zie bijvoorbeeld W. Bosch, ‘The Role of Fines in the Public Enforcement of Competition Law’, in: K. Hüschelrath & H. Schweitzer (red.), *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe. Legal and Economic Perspectives*, Heidelberg: Springer 2014, p. 53-61. In aanvulling op de quasi-strafrechtelijke EU-regelgeving inzake kartels (en de mogelijkheid van civielrechtelijke schadevergoedingsacties) hebben veel lidstaten ook (‘echte’) strafbaarstellingen ingevoerd die zien op concurrentieverstorend gedrag van ondernemingen en/of natuurlijke personen; zie C. Harding, ‘The Relationship Between EU Criminal Law and Competition Law’, in: V. Mitsilegas, M. Bergström & Th. Konstadinides (red.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 249-271, p. 250-251; en Th. Ackermann, ‘The Interaction of Public and Private Antitrust Enforcement. The Calculation of Fines and Damages’, in: K. Hüschelrath & H. Schweitzer (red.), *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe. Legal and Economic Perspectives*, Heidelberg: Springer 2014, p. 63-76.

32 Zie Veenbrink 2020, p. 207-217.

33 *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* 2006, § 2. Dit vereiste is neergelegd in art. 23 lid 3 van *Verordening (EG) nr. 1/2003*.

34 Zie *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* 2006, § 29 en 35.

35 Het percentage hangt onder meer af van de schadelijkheid en de geografische reikwijdte van de betrokken normovertreding; zie *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* 2006, § 22-23.

36 Namelijk met een bedrag dat varieert tussen 15 en 25 procent van de verkoopwaarde; *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* 2006, § 25.

In een tweede stap bepaalt de Commissie het definitieve bedrag van de op te leggen geldboete in het licht van een aantal verzwarende en/of verzachtende omstandigheden. Tot de verzwarende omstandigheden behoren onder meer voortzetting of herhaling van de inbreuken nadat deze zijn vastgesteld en weigering om met de Commissie samen te werken.³⁷ Verzachtende omstandigheden zijn bijvoorbeeld een niet-opzettelijke doch louter onachtzame of een (anderszins) zeer beperkte betrokkenheid bij de inbreuk en een doeltreffende samenwerking met de Commissie.³⁸ In dit stadium kan de Commissie het boetebedrag zelfs nog eens verhogen teneinde de afschrikkende werking van de geldboete te optimaliseren.³⁹ Het eindbedrag van de geldboete mag echter in geen geval méér bedragen dan tien procent van de totale omzet van de onderneming of ondernemingsassociatie in het voorafgaande boekjaar.⁴⁰

Zoals gezegd hebben het HvJ en het Gerecht van de EU de richtsnoeren van de Commissie voor de berekening van geldboetes onderschreven. Met betrekking tot karteldelicten maken de EU-rechters vaak een onderscheid tussen het stadium van de vaststelling van de 'objectieve ernst' van het delict en het stadium van de vaststelling van de 'relatieve ernst' ervan; bovendien wordt ruimte gelaten voor de mogelijkheid om de geldboete aan te passen op basis van omstandigheden waarmee in de twee voorgaande stadia geen rekening is gehouden.⁴¹ De objectieve ernst heeft betrekking op de algemene ernst van de inbreuk, die wordt beoordeeld op basis van omstandigheden die alle ondernemingen die aan het kartel hebben deelgenomen, gemeen hebben. De relatieve ernst heeft daarentegen betrekking op het gewicht van de bijdrage van een individuele onderneming ten opzichte van die van de andere kartelleden.⁴² In het stadium van de vaststelling van de relatieve zwaarte van de inbreuk wordt de geldboete dus geïndividualiseerd op basis van verzwarende en/of verzachtende factoren die uniek zijn voor het gedrag van één deelnemende onderneming. Hoewel deze benadering goed lijkt te resoneren met de twee-stappenmethode als beschreven in de *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten*, is recentelijk door Marc Veenbrink aangetoond dat de rechtspraak van het HvJ en het Gerecht van de EU vaak door onduidelijkheden wordt geplaagd en bovendien onvoorspelbare of zelfs arbitraire wijzen van vaststelling van geldboetes in de hand werkt.⁴³ Zo blijkt bijvoorbeeld dat het onderscheid tussen de objectieve en de relatieve ernst van mededingingsverstoringe gedragingen nogal eens inconsequent wordt toegepast bij de beoordeling van de wijze waarop de Commissie de hoogte van een geldboete in een individueel geval heeft vastgesteld. Enerzijds vertonen het HvJ en het Gerecht een neiging om onjuiste wegingen van individualiserende factoren door de Commissie met de mantel der liefde te bedekken. Anderzijds getuigt de jurisprudentie van de Europese rechters van een zekere formalistische teneur ten aanzien van de beoordeling van door ondernemingen ingediende bezwaren tegen door de Commissie opgelegde boetes. Dergelijke klachten worden soms vrij gemakkelijk verworpen wanneer

37 Idem, § 28.

38 Idem, § 29. De Commissie is gehouden de voorschriften van een zogenaamde clementiemededeling toe te passen (§ 34) en zij kan de boete verlagen indien de betrokken onderneming anders niet in staat zou zijn de boete te betalen (§ 35). Ten slotte kan de Commissie uiteindelijk besluiten slechts een 'symbolische' boete op te leggen (§ 36).

39 *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* 2006, § 30-31.

40 Idem, § 32-33. Dit vereiste is neergelegd in art. 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003*.

41 Zie Veenbrink 2020, p. 208; en zie bijvoorbeeld Gerecht EU 15 juli 2015, T-418/10, ECLI:EU:T:2015:516 (*voestalpine AG en voestalpine Wire Rod Austria GmbH/Commissie*), r.o. 417-423.

42 Deze factor was reeds toegepast in HvJ EU 16 december 1975, C-40/73, ECLI:EU:C:1975:174 (*Suiker Unie et al./Commissie*), r.o. 623.

43 Zie Veenbrink 2020, p. 207-217.

de aangevoerde argumenten niet op de juiste wijze of in de juiste volgorde door de onderneming zijn gepresenteerd (bijvoorbeeld wanneer zij niet onder de juiste 'rubriek' zijn geplaatst).⁴⁴

Bovendien kunnen klachten over het onevenredige karakter van een geldboete worden afgewezen op de enkele grond dat de geldboete niet méér bedraagt dan tien procent van de totale omzet van de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar. Met andere woorden, de naleving van het vereiste van artikel 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* wordt in sommige gevallen gezien als een garantie voor evenredigheid.⁴⁵ Deze voorbeelden van formalistische redeneringen lijken onverenigbaar met de basisregel dat de (objectieve en relatieve) ernst van een inbreuk op het EU-mededingingsrecht afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van de zaak in kwestie; de beoordeling van de evenredigheid van de voor een dergelijke inbreuk opgelegde geldboete vereist dan ook een onderzoek in het licht van alle relevante factoren waarmee (ook) de Commissie rekening moet (of had moeten) houden.⁴⁶

Hoewel gewezen kan worden op uitspraken die getuigen van een tamelijk diepgravende toetsing van door de Commissie opgelegde boetes,⁴⁷ kan toch worden gesteld dat zowel het HvJ als het Gerecht van de EU in het algemeen de neiging heeft om beschikkingen van de Commissie tot het opleggen van een geldboete overeenkomstig artikel 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* tamelijk marginaal te toetsen. Doorgaans beperken de EU-rechters zich ertoe na te gaan of de Commissie alle relevante factoren in aanmerking heeft genomen, dat wil zeggen: of zij haar eigen *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* heeft gevolgd. Afgezien daarvan zullen de rechters normaal gesproken alleen in geval van een overduidelijke fout aanleiding vinden om een beschikking van de Commissie nietig te verklaren of te wijzigen.⁴⁸ Bovendien lijkt uit de jurisprudentie van het HvJ en het Gerecht te kunnen

44 Zie Veenbrink 2020, p. 209-210, onder verwijzing naar Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, ECLI:EU:T:2015:500 (*Socritel/Sociedade Industrial de Trefilaria SA en Companhia Previdente-Sociedade de Controle de Participações Financeiras SA/Commissie*), r.o. 297-298.

45 Zie Veenbrink 2020, p. 215-216, onder verwijzing naar, onder andere, Gerecht EU 26 januari 2017, C-644/13 P, ECLI:EU:C:2017:59 (*Villeroy & Boch SAS/Commissie*), r.o. 81; Gerecht EU 9 september 2015, T-92/13, ECLI:EU:T:2015:605 (*Koninklijke Philips Electronics NV/Commissie*), r.o. 214-215. In andere gevallen is evenwel – terecht – gesteld dat de naleving van de in art. 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* opgetekende voorwaarde *niet* uitsluit dat een onderneming met succes kan aanvoeren dat de opgelegde geldboete disproportioneel is; zie bijvoorbeeld Gerecht EU 12 december 2012, T-410/09, ECLI:EU:C:2012:676 (*Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall/Commissie*), r.o. 228.

46 Voor een opsomming van relevante factoren en rechtspraak, zie Veenbrink 2020, p. 220 en 393-405. Vgl. de punten 98-103 in de conclusie van A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer van 11 februari 2003, C-204/00 P, ECLI:EU:C:2003:85 (*Aalborg-Portland A/S et al./Commissie*), daterend van vóór de *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* van de Commissie uit 2006: "(...) *the penalty must be proportionate to the gravity of the infringement and to the further circumstances, both subjective and objective, which are present in each case. (...) The Court of Justice has held that the gravity of infringements has to be determined by reference to numerous factors, such as the particular circumstances of the case, its context and the dissuasive effect of fines, and has further stated that no binding or exhaustive list of criteria has been drawn up. (...) The requirement that the penalty be proportionate to the gravity of the infringement has the consequence that when an infringement has been committed by a number of persons, it is necessary to examine, using the abovementioned guidelines, the relative gravity of the participation of each. That is a requirement of the principle of equal treatment, which demands that the fine be the same for all undertakings in the same situation and prevents those in a different situation from being punished with a similar penalty.*"

47 Zie bijvoorbeeld Baran & Doniec 2010, p. 245; Veenbrink 2020, p. 216.

48 Zie B. Vesterdorf, 'The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What Does it Mean in Practice?', *Global Competition Policy* 2009 (2), p. 2-3; M. Baran & A. Doniec, 'EU Courts' Jurisdiction over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law', *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2010 (3), p. 235, 238-239; Veenbrink 2020, p. 211-217; M.J. Frese, *Sanctions in EU Competition Law: Principles and Practice* (diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2012, p. 123.

worden opgemaakt dat sommige van de relevante factoren niet noodzakelijkerwijs of niet altijd in aanmerking hoeven te worden genomen bij de vaststelling van een geldboete.⁴⁹ De algemene strekking van de jurisprudentie van de EU-rechters geeft reden tot enige bezorgdheid, vooral wanneer we bedenken dat de aansprakelijkheid voor inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU wordt vastgesteld op het niveau van de betrokken ondernemingen als ‘economische entiteiten’.⁵⁰ Volgens het HvJ omvat het concept ‘onderneming’ “any entity engaged in economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed”.⁵¹ Het concept moet voorts “be understood as designating an economic unit even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal”.⁵² Dit impliceert dat een groep van rechtspersonen, of een groep bestaande uit natuurlijke personen en rechtspersonen, naar de maatstaven van het EU-mededingingsrecht kan doorgaan voor één ‘onderneming’ (of één ‘economische entiteit’).⁵³ Aangezien ‘economische entiteiten’ vaak als zodanig het vermogen ontberen drager te zijn van rechten en verplichtingen, moet de aansprakelijkheid voor mededingingsrechtelijke overtredingen in de regel worden afgewenteld op de rechts- en/of natuurlijke personen die feitelijk aan het roer stonden. Een op voet van artikel 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* opgelegde boete die in relatie tot de betrokken onderneming of ondernemingsassociatie – als ‘economische entiteit’ – nog proportioneel kan worden genoemd, hoeft dat (dus) niet te zijn in relatie tot de afzonderlijke rechtspersoon ten aanzien waarvan of de natuurlijke personen ten aanzien van wie de boetebeschikking van de Commissie (en het eventuele oordeel daarover van de Europese rechter) uiteindelijk daadwerkelijk wordt geëffectueerd.⁵⁴ Daar komt bij dat in enigszins spiegelbeeldige situaties een moedermaatschappij op grond van het EU-mededingingsrecht plaatsvervangend aansprakelijk kan worden gesteld voor een door haar dochteronderneming gepleegde inbreuk, zelfs wanneer er ten aanzien van de inbreuk geen sprake is van enige betrokkenheid of schuld van de moedermaatschappij.⁵⁵ En tot slot zij herhaald dat de gemiddelde hoogte van de door de Commissie opgelegde boetes voor concurrentiebeperkend gedrag de afgelopen decennia tamelijk spectaculair is toegenomen. Al met al lijkt de dominante focus op de zo gewenste afschrikkende of ‘ontmoedigende’ (*dissuasive*) werking van boetes de beschermende functie van het vereiste van proportionaliteit van sancties gemakkelijk te overvleugelen.⁵⁶

49 Interessant is dat het HvJ EU in zijn beschikking van 25 maart 1996, C-137/95 P, ECLI:EU:C:1996:130 (*Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO) et al./Commissie*) vaststelde dat “the Court of First Instance was not required to verify, in order to determine the gravity of the infringement, whether it had been committed intentionally or negligently, still less to distinguish between the two cases” (r.o. 57); zie Frese 2012, p. 120-121. Onder de vigeur van de *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten* van de Commissie uit 2006, echter, kan het een verzachtende omstandigheid zijn indien “de betrokken onderneming aantoonde dat de inbreuk uit onachtzaamheid is gepleegd” (§ 29). Zie verder Veenbrink 2020, p. 224-225.

50 Zie art. 101-102 VWEU. Zie voorts V. Franssen, ‘Corporate Criminal Liability and Groups of Corporations. Need for a More Economic Approach?’, in: K. Ligeti & S. Tosza (red.), *White Collar Crime. A Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 277-305; Veenbrink 2020, p. 169.

51 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel NV et al./Commissie*), r.o. 54.

52 Idem, r.o. 55. Zie W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Berlijn: Springer 2016, p. 224-225.

53 Dit wordt op een *ad hoc*-basis beoordeeld, in het licht van verschillende economische en organisatie-gerelateerde factoren; zie Franssen 2019, p. 299; Frese 2012, p. 64-65.

54 Zie C. Harding, ‘Sanction Accumulation in the Context of Business Offending. The Full Force of the Law?’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017 (2), p. 163-187; Frese 2012, p. 64.

55 HvJ EU 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel NV et al./Commissie*), r.o. 60. Zie ook Gerecht EU 17 mei 2011, T-299/08, ECLI:EU:T:2011:217 (*Elf Aquitaine SA/Commissie*), r.o. 122. Dit arrest werd bekrachtigd in HvJ EU 2 februari 2012, C-404/11, ECLI:EU:C:2012:56 (*Elf Aquitaine SA/Commissie*). Zie voorts Frenz 2016, p. 232-233; Frese 2012, p. 66-67; Franssen 2019, p. 301; V. Franssen, ‘The EU’s Fight Against Corporate Financial Crime: State of Affairs and Future Potential’, *German Law Journal* 2018, p. 1221-1249.

56 Zie over de (toegenomen) nadruk op punitiviteit en *effet utile* in het EU-mededingingsrecht bijvoorbeeld Franssen 2019, p. 298-303; Harding 2016, p. 269-270.

4. Sanctiecumulatie binnen dual-track handhavingssystemen

4.1 *De verhouding tussen schuld en ne bis in idem*

Niet zelden worden normen door de EU-wetgever en/of door wetgevers van EU-lidstaten onderworpen aan een ‘twee-sporenbenadering’ die bestaat uit een combinatie van een bestuursrechtelijk en een strafrechtelijk handhavingssysteem. Met name (maar zeker niet alleen) op de gebieden van het fiscaal recht en het milieurecht is het bepaald niet uitzonderlijk dat één en dezelfde normovertreding zowel tot administratiefrechtelijke als tot strafrechtelijke aansprakelijkheid aanleiding kan geven.⁵⁷ Deze twee-sporensystemen maken een gedifferentieerde handhaving mogelijk, bijvoorbeeld in de zin dat het in concrete gevallen toepasselijke ‘spoor’ afhangt van het antwoord op de vraag of de betrokken overtreder opzettelijk of niet opzettelijk is gepleegd.⁵⁸ Een twee-sporenaanpak kan echter in bepaalde gevallen ook aanleiding geven tot parallelle of opeenvolgende procedures – en dus mogelijk tot een opeenstapeling van (straf)sancties – met betrekking tot wat per saldo één en dezelfde normovertreding is. Cumulatie van sancties kan ook het gevolg zijn van samenloop van procedures in internationaal verband; saillante voorbeelden daarvan zijn (opnieuw) te vinden in het ingewikkelde quasi-strafrechtelijke deelgebied van het EU-mededingingsrecht. Verwijzend naar de internationaalrechtelijke context van de regulering van zakelijke kartels stelt Christopher Harding:

“A single international cartel, if detected and then subject to legal enforcement action, may attract a range of different measures, across a number of jurisdictions, which may be applied to a number of actors of both a corporate and an individual human nature, either sequentially or simultaneously. The complete programme of sanctions in the case of one cartel may be co-ordinated to some extent, but to an extent is also likely to be haphazard and unpredictable (...).”⁵⁹

Met andere woorden, verschillende factoren kunnen leiden tot een opeenstapeling van sancties in gevallen waarin meerdere rechtsstelsels, die daar belang bij hebben, rechtsmacht claimen en procedures starten met betrekking tot één enkele inbreuk. Vanwege de ‘*multi-jurisdictional patchwork*’ – bestaande uit uiteenlopende regels, beleidslijnen en belangen die samenhangen met de verschillende procedures – is het vaak moeilijk of zelfs onhaalbaar om te verzekeren dat in individuele gevallen wordt voldaan aan de eisen van rechtszekerheid, gelijkheid en evenredige bestraffing.⁶⁰ Deze gevallen – zoals alle gevallen waarin normovertredingen onderworpen zijn aan meer dan één nationaal of internationaal handhavingssysteem – roepen hoe dan ook vrijwel steeds vragen op in de sfeer van het

57 Zie punt 83 in de conclusie van A-G P. Cruz Villalón van 12 juni 2012, C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340 (*Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*). Zie ook voetnoot 17 hierboven.

58 Vgl. M. Mansdörfer, ‘The Treatment of Mere Regulatory Offences in German Criminal Law. Historical Developments, Today’s Concepts and General Criticisms’, in: M. Ulväng & I. Cameron (red.), *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala: Iustus Förlag 2014, p. 89-107; P. Asp, ‘Principles of Criminalization: What is “Criminal” in Criminal Law?’, in: M. Ulväng & I. Cameron (red.), *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala: Iustus Förlag 2014, p. 109-123.

59 Harding 2017, p. 164.

60 Zie Harding 2017, p. 172 en 186. In plaats van het huidige, nogal onoverzichtelijke en onvoorspelbare systeem pleit Harding voor een internationaal gecoördineerd, meer exclusief handhavingssysteem voor internationaal opererende kartels, idealiter in de vorm van “*a one-stop enforcement shop, which could estimate both victimhood and an appropriate quantum and kind of sanction at that level*” (p. 187).

ne bis in idem-beginsel. Dit beginsel is tamelijk nauw verbonden met de eis van proportionele bestraffing en dus met het strafrechtelijke schuldbegin­sel.⁶¹

Tussen het *ne bis in idem*-beginsel en het schuldbegin­sel bestaan duidelijk verschillen, zowel wat betreft hun inhoud en strekking als wat betreft hun grondslag. Het strafrechtelijke schuldbegin­sel strekt ertoe te voorkomen dat onschuldigen worden gestraft en dat schuldigen een zwaardere straf opgelegd krijgen dan gerechtvaardigd is op grond van de omvang van hun schuld (hier genomen in de meer objectieve, ‘relationele’ zin als besproken in de inleiding). Het beginsel *ne bis in idem* strekt er daarentegen toe te voorkomen dat degenen die na een vervolging zijn vrijgesproken of veroordeeld voor een bepaald delict, vervolgens worden onderworpen aan de onaangename of zelfs kwellende ervaring om voor hetzelfde delict opnieuw te worden vervolgd, berecht en/of gestraft.⁶² Terwijl het schuldbegin­sel zijn beschermende functie dus uitoefent gedurende de fase die voorafgaat aan een onherroepelijk vonnis over de aansprakelijkheid van een verdachte, geldt het beginsel *ne bis in idem* pas vanaf het moment van dat definitieve vonnis. Dit ‘temporele’ verschil hangt bovendien samen met een verschil in grondslag: het *ne bis in idem*-beginsel vindt zijn grondslag niet in het belang van individuele schuld maar vooral in het gezag van gewijsde en – dus – het belang van rechtszekerheid.

Toch vallen het schuldbegin­sel en het *ne bis in idem*-beginsel in ten minste één belangrijk opzicht samen: beide beginselen beogen te beschermen tegen de berokkening van *onverdiend leed*. Het starten van een nieuwe procedure in strijd met het *ne bis in idem*-beginsel is in strijd met het recht van de betrokkene op rechtszekerheid en veroorzaakt reeds in zoverre onverdiend leed. Bovendien kan een dergelijke procedure (opnieuw) uitmonden in de oplegging van een sanctie, waardoor de som van de voor één en dezelfde overtreding opgelegde sancties, in verhouding tot de schuld van de betrokkene, gemakkelijk disproportioneel en dus in die mate nog eens extra onverdiend kan zijn. De beginselen *ne bis in idem* en *nulla poena sine culpa* kruisen elkaar aldus precies op het punt waar beide beogen te voorkomen dat overtrokken reacties op een bepaalde normovertreding tot een onevenredige bestraffing leiden.

Gelet op deze inhoudelijke samenhang is het niet verwonderlijk dat het beginsel van *ne bis in idem* en het vereiste van proportionele bestraffing (als deelvereiste van het schuldbegin­sel) hun beslag hebben gekregen in twee opeenvolgende bepalingen in het Handvest. Het evenredigheidsvereiste is, zoals eerder is opgemerkt, opgenomen in artikel 49 lid 3; en artikel 50 omschrijft het *ne bis in idem*-beginsel als het recht van eenieder om niet opnieuw te worden “berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet”. Het HvJ heeft dit beginsel ook van toepassing verklaard op het quasi-strafrechtelijke terrein van het EU-mededingingsrecht.⁶³ Artikel 4 lid 1 van Protocol nr. 7 bij het EVRM

61 Zie P.H. van Kempen & J.H.B. Bemelmans, ‘EU Protection of the Substantive Criminal Law Principles of Guilt and *Ne bis in Idem* under the Charter of Fundamental Rights: Underdevelopment and Overdevelopment in an Incomplete Criminal Justice Framework’, *New Journal of European Criminal Law* 2018 (2), p. 247-264; Herlin-Karnell 2016, p. 243-44.

62 Behoudens voor zover het nationale recht voorziet in de mogelijkheid tot heropening van de zaak “if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case”, aldus art. 4 lid 2 Protocol nr. 7 bij het EVRM. Vgl. art. 52 lid 3 Handvest en voetnoot 65 hieronder.

63 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 februari 2012, C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 (*Toshiba Corporation et al./Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*), r.o. 940: “[T]he principle [of *ne bis in idem*] thus precludes an undertaking being found liable or proceedings being brought against it afresh on the grounds of anti-competitive conduct for which it has been penalised or declared not liable by an earlier decision that can no longer be challenged.”

bevat een aan artikel 50 Handvest soortgelijke begripsbepaling van het *ne bis in idem*-beginsel.⁶⁴ Er is echter een opmerkelijk verschil in toepassingsgebied.⁶⁵ De bescherming die op grond van het EVRM wordt geboden, is beperkt tot het recht om niet meer dan eenmaal binnen één en dezelfde lidstaat van de Raad van Europa te worden berecht of gestraft. Artikel 50 Handvest is daarentegen van toepassing op zowel nationale als transnationale situaties (“in de Unie”).⁶⁶

4.2 *Het bis-aspect volgens Straatsburg*

Zoals gezegd, kan een twee-sporenbenadering waarin een bepaald delict aan zowel een strafrechtelijke als een bestuursrechtelijke handhavings- en aansprakelijkheidsregeling is onderworpen, in bepaalde gevallen aanleiding geven tot parallelle of opeenvolgende procedures en tot een opeenstapeling van sancties.⁶⁷ Moeten dergelijke benaderingen daarom categorisch worden beschouwd als een ongerechtvaardigde inbreuk op het beginsel *ne bis in idem*? En zo nee, onder welke voorwaarden kan worden gesteld dat bij een twee-sporenaanpak de rechten neergelegd in artikel 4 lid 1 van Protocol nr. 7 bij het EVRM voldoende worden geëerbiedigd? Deze vragen behandelde de Grote Kamer van het EHRM in zijn bekende arrest van 15 november 2016 in de zaken *A. en B. tegen Noorwegen*.⁶⁸ De onderliggende zaken betroffen grootschalige belastingontduiking waarvoor de verzoekers op grond van de Noorse belastingwet van 1980 (*Ligningsloven*) een administratieve boete en daarnaast een gevangenisstraf hadden opgelegd gekregen. Voor het EHRM beklagden verzoekers zich erover dat zij voor hetzelfde delict tweemaal zijn vervolgd en gestraft en dat dit een schending van het *ne bis in idem*-beginsel inhoudt.

Over het *idem*-aspect van het beginsel was geen discussie: de feitelijke omstandigheden die ten grondslag lagen aan de strafvervolgning en aan de beslissing om een administratieve fiscale boete op te leggen, waren duidelijk voldoende gelijkaardig om te kunnen

64 Het beginsel is bovendien vastgelegd in art. 54 van het Schengen-acquis (*Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen*, PbEU 2000, L 239/19). Over de verschillende interpretaties van het *ne bis in idem*-beginsel op Europees niveau, zie J.A.E. Vervaele, ‘Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?’, *Utrecht Law Review* 2013 (4), p. 211-229.

65 Op grond van art. 52 lid 3 Handvest mag het door art. 50 Handvest geboden beschermingsniveau niet lager zijn dan de minimumnorm van art. 4 lid 1 van het zevende Protocol bij het EVRM. Bijgevolg zijn ook de lidstaten die dit Protocol (nog) niet hebben geratificeerd (momenteel: Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Nederland) aan deze minimumnorm gebonden (behalve voor zover deze lidstaten ervoor kiezen een zwakkere variant van het *ne bis in idem*-beginsel van toepassing te laten zijn op gevallen die niet onder het EU-recht vallen; zie ook de volgende voetnoot).

66 Krachtens art. 51 lid 1 Handvest is de werkingssfeer van art. 50 en van alle andere bepalingen in het Handvest beperkt tot situaties die betrekking hebben op het EU-recht. Het lijkt echter onpraktisch en – op de lange termijn – onhoudbaar voor lidstaten om verschillende standaarden van het *ne bis in idem*-beginsel toe te passen al naar gelang een zaak wel of niet betrekking heeft op het EU-recht. Zie Van Kempen & Bemelmans 2018, p. 262.

67 Opmerking verdient dat in Nederland uiteraard de *una via*-regeling van toepassing is op (mogelijke) samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving; zie art. 5:44 lid 1 Awb en art. 243 Sv. Zie ook O.S. Pluimer, ‘De Hoge Raad over het *ne bis in idem*-beginsel ten aanzien van het alcoholslotprogramma: een rechtvaardig doch onbevredigend arrest’, *DD* 2015/41, p. 414.

68 EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*), *NJB* 2017/164.

concluderen dat de opgelegde sancties betrekking hadden op ‘hetzelfde’ feit.⁶⁹ Het was voor het Hof ook geen ingewikkelde taak om vast te stellen dat beide procedures als ‘strafrechtelijk’ in de zin van artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het EVRM moeten worden aangemerkt.⁷⁰ De discussie concentreerde zich dan ook vooral op het *bis*-aspect van het beginsel, dat wil zeggen op de vraag of sprake is geweest van een (ongerechtvaardigde) ‘verdubbeling’ van procedures met betrekking tot het ene strafbare feit in kwestie. In dit verband oordeelde de Grote Kamer – ogenschijnlijk mede onder druk uitgeoefend door verschillende lidstaten die als *third-party interveners* hun praktijken van twee-sporen-handhavingssystemen verdedigden⁷¹ – dat een combinatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures met betrekking tot één en hetzelfde delict niet automatisch neerkomt op een door artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het EVRM verboden verdubbeling van procedures. Volgens het Hof staat deze bepaling niet in de weg aan dubbele procedures zolang sprake is van “*complementary legal responses to socially offensive conduct (...)* provided that the accumulated legal responses do not represent an excessive burden for the individual concerned”.⁷²

Om te voldoen aan de vereisten van artikel 4 lid 1 van Protocol nr. 7 is volgens het Hof daarnaast vereist dat de betrokken verdragsstaat aantoont dat de twee procedures “[are] sufficiently closely connected in substance and time”. In een poging om de betekenis van dit nogal vage criterium te preciseren, werd door het Hof teruggegrepen op een aantal eerdere arresten waarin dit criterium ook reeds was toegepast.⁷³ Uit deze eerdere arresten concludeerde het Hof dat het criterium van de gedaagde lidstaat verlangt dat hij op overtuigende wijze aantoont dat het betrokken twee-sporenhandavingsmechanisme bestaat in “*an integrated system enabling different aspects of the wrongdoing to be addressed in a foreseeable and proportionate manner forming a coherent whole, so that the individual concerned is not thereby subjected to injustice*”.⁷⁴ Bovendien noemde het Hof een aantal ‘materiële factoren’ waarmee rekening moet worden gehouden bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een “*sufficiently close connection in substance*”. Deze factoren omvatten onder meer:

69 Idem, r.o. 140-141 en 148. De betekenis van het *idem*-aspect wordt door zowel het HvJ EU als het EHRM vastgesteld op grond van de feitelijke omstandigheden van het ter beoordeling voorliggende geval, (goedeels) ongeacht de juridische kwalificatie van de betrokken misdrijven of de door de betrokken wettelijke strafbepalingen beschermde belangen. Zie HvJ EU 9 maart 2006, C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165 (*Strafzaak t. Leopold Henri Van Esbroeck*), r.o. 42; en EHRM 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 (*Sergey Zolotukhin/Rusland*), NJ 2010/36, r.o. 84; zie over dit arrest F. de Graaf, ‘Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens’, DD 2013/34. In het EU-mededingingsrecht is het beschermde rechtsbelang evenwel (nog steeds) een relevante factor bij de beoordeling van het *idem*-aspect; zie HvJ EU 14 februari 2012, C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 (*Toshiba Corporation et al./Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*); en Veenbrink 2020, p. 365-367.

70 Zie EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*), r.o. 136-139 en 148. Ook in dit verband passen het EHRM en het HvJ EU in hun respectieve jurisprudentie dezelfde reeks criteria – de zogenaamde *Engel*-criteria – toe. Zie voetnoot 11 hierboven.

71 Zie EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*), r.o. 94-100, 104 en 117-20. Zie ook Veenbrink 2020, p. 35-38.

72 EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*), r.o. 121.

73 Idem, r.o. 108-134. Het Hof verwijst onder meer naar EHRM 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 (*Sergey Zolotukhin/Rusland*), EHRM 30 mei 2000, nr. 31982/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0530DEC003198296 (*R.T./Zwitserland*); EHRM 13 december 2005, nr. 73661/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1213DEC007366101 (*Nilsson/Zweden*); en EHRM 20 mei 2014, nr. 11828/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0520JUD001182811 (*Nykänen/Finland*).

74 EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*), r.o. 122.

“[W]hether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved; (...) and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate.”⁷⁵

Het arrest *A. en B. tegen Noorwegen* is op nogal scherpe kritiek gestuit. Volgens Giulia Lasagni en Sofia Mirandola heeft de Grote Kamer met dit arrest de bescherming die het *ne bis in idem*-beginsel op grond van artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het EVRM biedt, aanzienlijk verzwakt.⁷⁶ Hieraan doet niet af dat het Hof in dit arrest verschillende criteria opvoert voor de beoordeling van de verenigbaarheid van een strafrechtelijke en een bestuursrechtelijke procedure ter zake van hetzelfde feit; die criteria zijn “either ‘empty shells’ or very ambiguous and difficult to apply in practice, and could possibly lead to arbitrary results”.⁷⁷ Latere jurisprudentie van het EHRM heeft deze tekortkomingen niet verholpen. Sterker, in enkele meer recente uitspraken lijkt het EHRM het belang van een aantal in het arrest *A. en B. tegen Noorwegen* uitdrukkelijk genoemde ‘materiële factoren’ te hebben afgezwakt. Uitgerekend de factor die ziet op de aanwezigheid van een ‘correctiemechanisme’ (*offsetting mechanism*) – waarmee de proportionaliteit van (cumulerende) sancties in een twee-sporensysteem moet worden gegarandeerd – lijkt een minder doorslaggevende betekenis te hebben dan aanvankelijk wel is aangenomen.⁷⁸ Lasagni en Mirandola concluderen dat,

“like in other matters, the Court’s scrutiny seems to take the form of a global assessment. Although it does verify the observance of each specific condition, neither of them is a *conditio sine qua non*. It is only their combination that decides whether the proceedings are sufficiently connected as a whole or not. Not to mention that such a condition [of an offsetting mechanism] becomes wholly irrelevant where the first procedure has resulted in an acquittal. In this latter case, there will not only be no sanction to offset, but a subsequent finding of guilt in the second set of proceedings will risk violating the presumption of innocence under Art. 6(2) ECHR.”⁷⁹

75 Idem, r.o. 132 (cursivering toegevoegd, *FJ*). Bij de toepassing van deze factoren op de onderhavige zaak stelt de Grote Kamer uiteindelijk vast dat art. 4 van Protocol nr. 7 EVRM ten aanzien van verzoekers niet is geschonden (r.o. 144-153).

76 G. Lasagni & S. Mirandola, ‘The European Ne Bis In Idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law’, *Eu crim* 2019 (2), p. 126-135. Zie ook de *dissenting opinion* van P. Pinto de Albuquerque; en zie M.J.J.P. Luchtman, ‘The ECJ’s Recent Case Law on Ne Bis In Idem: Implications for Law Enforcement in a Shared Legal Order’, *Common Market Law Review* 2018, p. 1717-1750, p. 1727-1728.

77 Lasagni & Mirandola 2019, p. 128. Onder verwijzing naar onder andere EHRM 16 april 2019, nr. 72098/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD007209814 (*Bjarni Ármannsson/IJsland*), r.o. 53, en EHRM juni 2019, nr. 47342/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0606JUD004734214 (*Antoine Nodet/Frankrijk*), r.o. 47, betogen deze auteurs bijvoorbeeld dat het vereiste van voorzienbaarheid vrijwel volledig is uitgehold doordat het EHRM deze eis als vervuld beschouwt op de enkele grond dat de nationale wetgeving voorziet in de mogelijkheid van meer dan één procedure ter zake van hetzelfde feit. Vgl. Luchtman 2018, p. 1727-1728.

78 Zie EHRM 4 december 2018, nr. 22779/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1204DEC002277914 (*Matthildur Ingvarsdottir/IJsland*), waarin het EHRM, ondanks het ontbreken van een dergelijk ‘correctiemechanisme’, concludeerde “that, while different sanctions were imposed by two different authorities, there was nevertheless a sufficiently close connection, both in substance and in time, for them to be compatible with the bis criterion in Article 4 of Protocol No. 7” (r.o. 64).

79 Lasagni & Mirandola 2019, p. 128-129 (voetnootverwijzingen weggelaten, *FJ*).

4.3 *Het bis-aspect in de benadering van Luxemburg*

Gelet op het feit dat *dual-track* handhavingssystemen zowel in het EU-recht als in de nationale rechtsstelsels van veel EU-lidstaten een tamelijk wijdverbreid fenomeen vormen, is het zinvol om na te gaan hoe het HvJ van de EU het vereiste van proportionele bestraffing interpreteert en toepast in gevallen waarin sprake is van een cumulatie van sancties in het grijze gebied tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Daarbij moet worden opgemerkt dat het Hof reeds in 2013 – dat wil zeggen drie jaar voordat het EHRM zijn arrest in de zaak *A. en B. tegen Noorwegen* wees – heeft geoordeeld dat twee-sporensystemen op zichzelf geen schending van het beginsel *ne bis in idem* inhouden. In zijn bekende arrest in de zaak *Åkerberg Fransson* oordeelde het Hof dat artikel 50 Handvest niet in de weg staat aan het achtereenvolgens opleggen van een administratieve sanctie en een strafrechtelijke straf voor één enkel delict “*as long as the remaining penalties are effective, proportionate and dissuasive*” en op voorwaarde dat “*the first penalty is not criminal in nature*”.⁸⁰

De mogelijkheden voor de lidstaten om overtredingen te onderwerpen aan twee-sporensystemen werden vijf jaar later verder uitgebreid. In drie arresten, die alle op 20 maart 2018 zijn geweest, heeft het HvJ gezien in hoeverre de bescherming van het in artikel 50 Handvest neergelegde *ne bis in idem*-beginsel rechtmatig kan worden beperkt in het licht van de vereisten van artikel 52 lid 1 Handvest. Eén van deze arresten is een prejudiciële beslissing in de zaak *Garlsson Real Estate*.⁸¹ De zaak had betrekking op vormen van marktmanipulatie als bedoeld in de toenmalige *Richtlijn 2003/6/EG*.⁸² Op grond van nationale wetgeving waarin deze richtlijn door de Italiaanse staat was omgezet, werd voor de strafbare feiten in kwestie een administratieve boete van enkele miljoenen euro's opgelegd aan de heer Stefano Ricucci en twee ondernemingen die onder zijn leiding stonden (Magiste International SA en Garlsson Real Estate SA). Daarnaast was Ricucci voor dezelfde feiten strafrechtelijk vervolgd. Deze strafprocedure was geëindigd in een onherroepelijke veroordeling tot een gevangenisstraf (die nooit is tenuitvoergelegd vanwege een latere gratieverlening).

Voor het Italiaanse Hof van Cassatie voerde Ricucci aan dat jegens hem het beginsel *ne bis in idem* is geschonden, aangezien hij voor dezelfde feiten twee keer is berecht en gestraft. Het Hof van Cassatie besloot daarop het HvJ van de EU om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Een van de vragen die aan het HvJ werden voorgelegd, was of artikel 50 Handvest toelaat dat een administratieve sanctie wordt opgelegd aan een persoon wegens een feit waarvoor diezelfde persoon reeds bij een onherroepelijk vonnis door een strafrechter

80 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*), r.o. 36-37. Zie ook HvJ EU 27 mei 2014, C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586 (*Strafzaak t. Zoran Spasic*), r.o. 55-59, welk arrest betrekking heeft op de mogelijkheid – krachtens art. 54 van het Schengen-acquis (zie voetnoot 64 hierboven) – van een tweede strafrechtelijke vervolging in gevallen waarin de eerste vervolging voor hetzelfde delict in een andere lidstaat heeft plaatsgevonden en daar heeft geleid tot een veroordeling en de oplegging van een strafrechtelijke sanctie, die vervolgens echter niet is tenuitvoergelegd. Zie daarover J.A.E. Vervaele, ‘Schengen and Charter-Related Ne Bis In Idem Protection in the Area of Freedom, Security and Justice: *M and Zoran Spasic*’, *Common Market Law Review* 2015 (5), p. 1339-1360.

81 HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA et al./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*). De twee andere uitspraken zijn HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Strafzaak t. Luca Menci*), handelend over marktmisbruik; en HvJ EU 20 maart 2018, C-596/16 en C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192 (*Enzo Di Puma en Antonio Zecca/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*), handelend over belastingfraude. Zie over deze arresten Luchtman 2018.

82 *Richtlijn (EG) nr. 2003/6 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik)*, PbEU 2003, L 96/16. Deze Richtlijn is in 2014 vervangen door *Verordening (EU) nr. 596/2014* (zie voetnoot 17 hierboven). Zie Luchtman & Vervaele 2014; Veenbrink 2020, p. 43-46.

is veroordeeld.⁸³ In antwoord op deze vraag merkt het Hof in de eerste plaats op dat een beperking van het beginsel *ne bis in idem* moet beantwoorden aan een “doelstelling van algemeen belang” in de zin van artikel 52 lid 1 Handvest. Aan deze voorwaarde is volgens het Hof voldaan wanneer een lidstaat, ter bescherming van “*the integrity of the financial markets of the European Union and public confidence in financial instruments*”, voorziet in een tweesporig handhavingssysteem gericht op de verwezenlijking van “*complementary aims relating, as the case may be, to different aspects of the same unlawful conduct at issue*”.⁸⁴ In de tweede plaats stelt het Hof dat twee-sporensystemen die een cumulatie van procedures en punitieve sancties mogelijk maken, moeten voldoen aan het in artikel 52 lid 1 Handvest genoemde evenredigheidsbeginsel, dat wil zeggen: een cumulatie van procedures en sancties mag “*not exceed what is appropriate and necessary in order to obtain the objectives legitimately pursued*”.⁸⁵ Om aan dit vereiste te voldoen, moet de nationale wetgeving voorzien in duidelijke en precieze regels die het mogelijk maken te voorspellen welke handelingen of omissies het voorwerp kunnen zijn van dubbele procedures die kunnen uitmonden in de oplegging van punitieve sancties. De nationale wetgeving moet daarom zorgen voor een doeltreffende *coördinatie* tussen beide sporen, zodat het extra nadeel van dubbele procedures voor de betrokken personen wordt beperkt tot wat strikt noodzakelijk is om de desbetreffende doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken.⁸⁶ Bovendien:

“the duplication of penalties of a criminal nature requires rules allowing it to be guaranteed that the severity of the sum of all of the penalties imposed corresponds with the seriousness of the offence concerned, that requirement resulting not only from Article 52(1) of the Charter, but also from the principle of proportionality of penalties set out in Article 49(3) thereof. Those rules must provide for the obligation for the competent authorities, in the event of the imposition of a second penalty, to ensure that the severity of the sum of all of the penalties imposed does not exceed the seriousness of the offence identified.”⁸⁷

Met andere woorden, de nationale wetgeving moet voorzien in een *compensatiemechanisme* dat ervoor moet zorgen dat bij de vaststelling van een tweede sanctie ten volle rekening wordt gehouden met de zwaarte van de in de eerste procedure opgelegde sanctie. Met betrekking tot de zaak die aan het verzoek om een prejudiciële beslissing ten grondslag lag, oordeelt het HvJ dat sprake was van onvoldoende waarborgen tegen een te zware cumulatie van sancties, omdat het verrekeningsmechanisme van de Italiaanse wetgeving alleen betrekking had op de cumulatie van geldboetes en niet op de cumulatie van een

83 Een tweede vraag was of art. 50 Handvest al dan niet rechtstreeks door een particulier kan worden ingeroepen voor de nationale rechter. Deze vraag werd door het HvJ EU bevestigend beantwoord; zie HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA et al./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*), r.o. 68. A-G M. Campos Sánchez-Bordona kwam tot dezelfde gevolgtrekking in zijn conclusie van 12 september 2017, C-537/16, ECLI:EU:C:2017:668 (*Garlsson Real Estate SA et al./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*).

84 HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA et al./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*), r.o. 46. Dat de bescherming van “the integrity of the financial markets of the European Union and public confidence in financial instruments” valt onder de “door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang” in de zin van art. 52 lid 1 Handvest, was reeds uitgemaakt in HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, ECLI:EU:C:2009:806 (*Spector Photo Group en Van Raemdonck/Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen*), r.o. 37 en 42.

85 HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA et al./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*), r.o. 48.

86 *Idem*, r.o. 51-55.

87 *Idem*, r.o. 56.

gevangenisstraf en een administratieve boete.⁸⁸ Het Hof merkt bovendien op dat ten aanzien van Ricucci de verdubbeling van procedures hoe dan ook niet zou kunnen worden beschouwd als “*strictly necessary in order to achieve the objective [of general interest]*” – en dus zou moeten worden aangemerkt als strijdig met artikel 50 Handvest – indien naar het oordeel van de verwijzende rechter als resultaat van de eerste, strafrechtelijke procedure het gepleegde feit reeds “*in an effective, proportionate and dissuasive manner*” is gestraft.⁸⁹ In vergelijking met de benadering van het EHRM in *A. en B. tegen Noorwegen* en latere jurisprudentie lijkt het erop dat het HvJ een iets strenger evenredigheidsvereiste hanteert, in die zin dat zijn uitspraak in de zaak *Garlsson Real Estate* erop kan wijzen dat strafrechtelijke procedures steeds voorrang hebben op (quasi-strafrechtelijke) administratieve procedures. Deze indruk wordt bevestigd door de twee andere arresten van 20 maart 2018 betreffende de verenigbaarheid van twee-spoorenbenaderingen met de vereisten van de artikelen 50 en 52 Handvest. In één daarvan (*Di Puma en Zecca*) oordeelde het Hof dat het beginsel *ne bis in idem* (ook) uitsluit dat na een onherroepelijke *vrijspraak* in een strafrechtelijke procedure ten aanzien van hetzelfde feit een punitief-bestuursrechtelijke procedure wordt geënta-meerd.⁹⁰ In het andere arrest (*Menci*) concludeerde het Hof dat artikel 50 Handvest daarentegen niet in de weg staat aan een strafrechtelijke vervolging voor een feit ter zake waarvan reeds een administratieve sanctie (*‘of a criminal nature’*) is opgelegd.⁹¹

Helemaal waterdicht is het in de drie arresten van 20 maart 2018 gevormde ‘systeem’ (uiteraard) niet. Op basis van de drie arresten is niet helemaal duidelijk wanneer en waarom precies een duplicatie van procedures en een cumulatie van sancties moeten worden beschouwd als onverenigbaar met het *ne bis in idem*-beginsel van artikel 50 Handvest.⁹² Moet het ervoor worden gehouden dat artikel 50 is geschonden (enkel) in de gevallen waarin een punitief-bestuursrechtelijke procedure volgt op een strafrechtelijke vervolging ter zake van hetzelfde feit die heeft geresulteerd in de oplegging van een ‘doeltreffende, evenredige en afschrikkende’ straf? Of moet het beginsel *ne bis in idem* toch vooral worden opgevat als een verbod op een aanvullende administratieve procedure wanneer deze volgt op een strafrechtelijke procedure die heeft geleid tot een *vrijspraak*? Geldt dit dan voor alle vormen van *vrijspraak*?⁹³ Hoewel deze alternatieve interpretaties elkaar niet noodzakelijkerwijs uitsluiten, zijn ze natuurlijk ook niet volledig congruent.

Het lijkt gerechtvaardigd te concluderen dat het HvJ van de EU zijn interpretatie van het *ne bis in idem*-beginsel heeft afgestemd op die van het EHRM, en *vice versa*. Beide Europese hoven erkennen intussen al geruime tijd dat, onder bepaalde voorwaarden, twee-spoorensystemen niet in strijd zijn met het beginsel *ne bis in idem*, zelfs niet wanneer deze systemen kunnen leiden tot een verdubbeling van procedures en een cumulatie van sancties met betrekking tot één en hetzelfde delict. Dit betekent dat de beschermende werking van artikel 4 lid 1 van Protocol nr. 7 bij het EVRM en artikel 50 Handvest in zoverre

88 Idem, r.o. 60.

89 Idem, r.o. 57 en 59. De omstandigheid dat de aan Ricucci opgelegde gevangenisstraf nimmer is tenuitvoergelegd, doet volgens het Hof in dit verband niet ter zake; zie r.o. 62.

90 HvJ EU 20 maart 2018, C-596/16 en C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192 (*Enzo Di Puma en Antonio Zecca/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*).

91 HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Strafzaak t. Luca Menci*).

92 Zie Lasagni & Mirandola 2019, p. 131, die betogen dat “*it appears at least peculiar that the CJEU explicitly highlighted this more demanding meaning of the proportionality requirement precisely in Garlsson, that is in the field of market abuse, where the duplication of punitive proceedings is a choice that does not find its legal basis in purely national law (as in the case of VAT examined in Menci), but derives from the transposition of Directive 2003/6/EC (the validity of which was not questioned by the Court)*”.

93 Vgl. M.S. Groenhuijsen, ‘De ene *vrijspraak* is de andere niet. Over schuld en onschuld in het systeem van het Nederlandse strafprocesrecht’, *DD* 2008/15.

is verminderd ten opzichte van het beschermingsniveau dat in oudere jurisprudentie nog werd gehandhaafd.⁹⁴ Het door het HvJ gehandhaafde beschermingsniveau lijkt wel nog iets hoger te liggen dan het door het EHRM geboden beschermingsniveau.⁹⁵ Hoe dan ook eist zowel het EHRM als het HvJ (in beginsel) dat twee-sporensystemen die een opeenstapeling van sancties voor hetzelfde feit mogelijk maken, voorzien in een compensatiemechanisme ter verzekering van de proportionaliteit van het totaal aan opgelegde sancties.

5. Besluit

De regel dat straffen proportioneel dienen te zijn aan de schuld van de dader (waarbij 'schuld' wordt opgevat in de 'relationele' en ruime betekenis van 'vereveningsschuld'), vormt een deelvereiste van het klassieke strafrechtelijke schuldbeginnel. Het proportionaliteitsvereiste heeft uitdrukking gevonden in artikel 49 lid 3 van het Handvest. En sinds de uitspraak van het HvJ in de *Griekse mais-zaak*⁹⁶ is er door de Europese wetgever en rechters aanhoudend op gehamerd dat sancties in het Unierecht altijd "*effective, proportionate and dissuasive*" moeten zijn. In dat verband gaat het zowel om strafrechtelijke als om quasi-strafrechtelijke sancties, zoals bestuurlijke boetes. De onderlinge verhouding van de eisen van doelmatigheid, evenredigheid en afschrikkende werking is lang niet altijd duidelijk en kan variëren al naar gelang de (strafrechtelijke of quasi-strafrechtelijke) aard van de betrokken regelgeving.

Over het algemeen heeft quasi-strafrechtelijke regelgeving een (overwegend) 'ordeningsrechtelijk' karakter. En aangezien ordeningsrechtelijke contexten bekendstaan om het feit dat daarbinnen instrumentele belangen en overwegingen van *effet utile* doorgaans de boventoon voeren, hoeft het niet misplaatst aan te doen dat binnen deze contexten navenant minder gewicht wordt gehecht aan rechtsbeschermende waarborgen, zoals de waarborgen die besloten liggen in het klassieke strafrechtelijke schuldbeginnel. Daarbij past echter de kanttekening dat onderscheidingen binnen het Unierecht en binnen nationale rechtsstelsels tussen strafrecht *stricto sensu* en (punitief) bestuursrecht nogal eens kunstmatig of zelfs willekeurig zijn. De verschillende vormen van mededingingsverstoring gedrag die het EU-mededingingsrecht verbiedt, bijvoorbeeld, zijn geclassificeerd als bestuursrechtelijke vergrijpen. Deze ongedifferentieerde allocatie aan het bestuursrecht is echter niet vanzelfsprekend. Het is in ieder geval niet heel vergezocht om bijvoorbeeld zogenoemde *hard-core cartel offences* te beschouwen als *mala in se* en dus als vormen van onrecht die zich lenen voor strafbaarstelling.⁹⁷

94 Zie bijvoorbeeld EHRM 10 februari 2009, nr. 14939/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 (*Sergey Zolotukhin/Rusland*), NJ 2010/36. Vgl. Lasagni & Mirandola 2019, p. 132: "[T]he case law of both European courts on the legitimacy of double-track punitive systems seems (...) to glide towards a downward competition. Ruling in favour of the admissibility of double-track systems (under certain conditions), both courts have lowered the level of protection previously granted to individuals, and shown that the equivalence clause is in itself insufficient to ensure an adequate level of fundamental rights safeguards."

95 Zie Luchtman 2018, p. 1748: "What is important to stress in that regard is that the ECJ – not the ECtHR – has upheld the almost binary status of the *ne bis in idem* guarantees. A second prosecution or sanction after a final first one is a limitation of the principle, requiring a solid justification. The ECJ has managed to avoid an open conflict with the ECtHR, but has also kept its options open to raise the standards over time. That is quite a remarkable – maybe even an impressive – balancing exercise."

96 HvJ EG 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais; Commissie/Helleense Republiek*); zie paragraaf 2 hierboven.

97 In de VS wordt kartelvorming reeds sinds het eind van de negentiende eeuw volgens het strafrecht aangepakt. En verschillende EU-lidstaten hebben in de voorbije jaren strafbaarstellingen ingevoerd die betrekking hebben op bepaalde vormen van 'hard-core' kartelactiviteit. Zie Harding 20116.

Enige aspecten van de handhaving van het Europese mededingingsrecht kwamen aan de orde in paragraaf 3. Daar werd de aandacht gevestigd op de boetes die door de Commissie op voet van artikel 23 lid 2 van *Verordening (EG) nr. 1/2003* worden opgelegd aan 'economische entiteiten' wegens opzettelijke of culpoze overtreding van de antitrustregeling van artikel 101 en 102 VWEU. Gebleken is dat in de afgelopen decennia sprake is geweest van een spectaculaire stijging van de aantallen opgelegde boetes en van de hoogte van het gemiddelde boetebedrag. Bij de beslissing tot oplegging van een boete en bij de berekening van het boetebedrag lijkt de Commissie relatief weinig aandacht te hebben voor de rechtsbeschermende functie van het proportionaliteitsvereiste; aan het afschrikkende effect dat met de boete wordt beoogd, wordt een preponderant belang toegeschreven. Daarbij lijkt de Commissie bovendien niet of nauwelijks te worden afgeremd door het HvJ en het Gerecht in Luxemburg.

In paragraaf 4 is voorts gebleken dat het HvJ en het EHRM beide aannemen dat *dual-track* handhavingssystemen niet zonder meer in strijd zijn met het *ne bis in idem*-beginsel van artikel 50 Handvest, respectievelijk artikel 4 van het zevende Protocol bij het EVRM. Wanneer dergelijke systemen geen *una via*-regeling kennen en (dus) aanleiding kunnen geven tot een verdubbeling van procedures en een cumulatie van (strafrechtelijke en quasi-strafrechtelijke) sancties met betrekking tot één en hetzelfde delict, eist zowel het HvJ als het EHRM dat is voorzien in een compensatiemechanisme om te verzekeren dat het totaal van de opgelegde sancties evenredig is aan de ernst van het delict. In zoverre kan worden gezegd dat beide hoven in ieder geval het belang onderschrijven van het proportionaliteitsvereiste met betrekking tot feiten die aanleiding kunnen geven tot een cumulatie van sancties. De status en de precieze betekenis van het proportionaliteitsvereiste blijven in dit verband echter tamelijk onzeker. Zo is niet duidelijk wat precies wordt begrepen onder het *correlaat* van het proportionaliteitsvereiste binnen het kader van twee-sporensystemen: in hoeverre impliceert de eis dat een cumulatie van sancties proportioneel is aan de 'ernst van het delict' dat (ook) rekening moet worden gehouden met (de mate van) individuele verwijtbaarheid?⁹⁸ Leggen aspecten van schuld in dit verband überhaupt gewicht in de schaal? En zouden *effet utile*-belangen in voorkomende gevallen de eis van evenredige sanctionering zelfs volledig kunnen doorkruisen?⁹⁹ Daarmee zijn we, ten slotte, weer terug bij precies de vragen en controversen die in de inleiding van deze bijdrage werden opgeworpen en aangeduid.

98 Vgl. de verwijzing naar "the harm caused (...) by the offence committed" in r.o. 59 en 63 van HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA et al./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*).

99 Lasagni & Mirandola 2019, p. 129. Zie ook Luchtman 2018, p. 1745-1746.