

Noot

Het “non bis in idem”-beginsel toegepast op de beslissingen van regulatoren: naar een definitief einde van de saga omtrent het “per sender”-model van bpost?Jeroen Dewispelaere¹

SAMENVATTING

Het geannoteerde arrest biedt een zeer interessante toepassing van het “non bis in idem”-beginsel. Voor het eerst wordt dit beginsel immers toegepast in het kader van een beroep tegen een beslissing van een nationale Mededingingsautoriteit die een boete heeft opgelegd voor feiten die ook reeds door een nationale sectorregulator werden gesanc-tioneerd. Hierbij diende het hof van beroep te Brussel zich uit te spreken over de vraag of er in dergelijk geval rekening moet worden gehouden met de strikte rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van het Europees mededin-gingsrecht volgens dewelke de toepassing van het “non bis in idem”-beginsel afhankelijk is van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn. Het hof van beroep beantwoorde deze vraag op negatieve wijze en vernietigde bijgevolg de beslissing van de Mededingingsautoriteit omdat dezelfde feiten intussen aanleiding hadden gegeven tot een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde. Het geannoteerde arrest voedt dan ook de discussie omtrent de nood aan een meer doorgedreven vorm van coördinatie en samenwerking tussen de verschillende regulatoren in België.

RÉSUMÉ

L'arrêt annoté offre une application très intéressante du principe « non bis in idem ». C'est la première fois que ce principe est appliqué dans le cadre d'un recours contre une décision d'une autorité nationale de la concurrence qui a imposé une amende pour des faits qui ont déjà été sanctionnés par un régulateur sectoriel national. Dans ce cadre, la cour d'appel de Bruxelles devait se prononcer sur la question de savoir si, dans un cas pareil, il y a lieu de tenir compte de la stricte jurisprudence déployée par la Cour de justice de l'Union en droit de la concurrence européen selon laquelle l'application du principe « non bis in idem » est soumise à la triple condition d'identité de faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé. La cour d'appel a répondu à cette question par la négative et, par conséquent, a annulé la décision de l'Autorité de la concurrence au motif que les mêmes faits avaient déjà donné lieu à un jugement coulé en force de chose jugée. Ce faisant, l'arrêt annoté alimente le débat sur la nécessité d'une coordination et d'une coopération plus étendue entre les divers régulateurs en Belgique.

1. INLEIDING

1. Het arrest van het Brusselse hof van beroep (“hof”) vormt het – voorlopige² – orgelpunt van de betwistingen betreffende het “per sender”-model dat bpost in 2010 heeft ingevoerd.

2. Dit nieuwe tariefmodel van bpost was van meet af aan zeer omstreden en zowel het Belgisch Instituut voor post-diensten en telecommunicatie (“BIPT”) als de (toenmalige) Belgische Raad voor de Mededinging (“Raad”) hebben uiteindelijk vastgesteld dat dit model onrechtmatig was. Vol-

gens het BIPT was er sprake van een inbreuk op de speci-fieke sectorregels die gelden voor de aanbieders van univer-sele postdiensten³. De Raad oordeelde dat de invoering van dit model als een misbruik van machtspositie diende te wor-den beschouwd⁴.

3. Bpost heeft deze twee beslissingen in rechte betwist en heeft op 10 maart 2016 een positief arrest verkregen van het hof inzake het beroep tegen het besluit van het BIPT⁵. Dit arrest was in grote mate gesteund op de vaststellingen van

¹. Advocaat bij & De Bandt advocaten | avocats in Brussel.

². De Belgische Mededingingsautoriteit (“BMA”) heeft tegen dit arrest intussen een cassatieberoep ingesteld.

³. Besluit van de Raad van het BIPT van 20 juli 2011 met betrekking tot de conventionele tarieven van bpost voor het jaar 2010 (zie www.bipt.be/public/files/nl/571/3565_nl_2011_07_20_besluit_per_sender_final_-_publiekn.pdf) (“het besluit van het BIPT”).

⁴. Besl. nr. 2012-P/K-32 van de Raad van 10 december 2012 (zie www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/2012PK32_PUB.pdf) (“de beslissing van de Raad”).

⁵. Brussel 10 maart 2016, *TBH*, 2016/8, 759-760.

het Hof van Justitie dat, ingevolge een prejudiciële verwijzing door het hof, had verduidelijkt dat de toekenning van kwantumkortingen per afzender geen aanleiding geeft tot ongeoorloofde discriminatie⁶. Deze interpretatie kwam voor velen als een verrassing, maar enkele auteurs susten de gemoederen door te stellen dat de beoordeling van het Hof van Justitie slechts een sectorspecifieke toepassing van het non-discriminatiebeginsel betrof en helemaal geen afbreuk deed aan de mededingingsrechtelijke beoordeling van de zaak⁷.

2. FEITELIJKE CONTEXT EN PROCEDURELE ANTECEDENTEN

5. De feiten die aanleiding hebben gegeven tot het geannoteerde arrest hebben betrekking op de zogenaamde “*conventionele tarieven*” van bpost waarbij deze laatste aan bepaalde klanten individuele (kwantum)kortingen toekent. Deze bijzondere tarieven zijn zowel toegankelijk voor aanbieders van grote volumes/hoeveelheden eigen post als voor tussenpersonen (ook wel “*routeurs*” genoemd) die de verzendingen van verscheidene afzenders groeperen. De ondernemingen Spring, Link2Biz en Publimail waren destijds elk actief als een dergelijke tussenpersoon. Tot voor 2010 konden die ondernemingen kwantitatieve kortingen verkrijgen op basis van de geconsolideerde volumes van hun verschillende klanten. Vanaf 2010 besliste bpost evenwel om de kwantitatieve korting te berekenen aan de hand van de individuele volumes van elke aanbieder van post, ongeacht of deze afgifte rechtstreeks door de afzender of via een tussenpersoon gebeurt. Bijgevolg konden de tussenpersonen geen grotere kwantitatieve kortingen meer genieten, berekend op basis van de gebundelde volumes van hun verschillende klanten. De korting werd voortaan berekend op basis van het eigen volume van elke klant van de tussenpersoon afzonderlijk. Dit nieuwe model wordt aangeduid als het “*per sender*”-model.

6. Na een voorafgaand onderzoek, besloot het BIPT op 17 mei 2011 om de inbreukprocedure voorzien in artikel 21 van de BIPT-wet te lanceren⁹. Deze procedure spitste zich voornamelijk toe op de vraag in hoeverre het “*per sender*”-

4. Toch heeft bpost thans ook in het beroep tegen de beslissing van de Raad haar slag thuis gehaald. In het geannoteerde arrest wordt voormelde beslissing immers vernietigd omdat dezelfde feiten reeds door het BIPT zijn beoordeeld en aanleiding hebben gegeven tot een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde. Het hof baseert zich hierbij op de “algemene” en niet op de striktere “mededingingsrechtelijke” invulling van het beginsel “*non bis in idem*”⁸.

model in overeenstemming was met het non-discriminatiebeginsel dat is neergelegd in artikel 144ter, § 1, 5° van de wet overheidsbedrijven¹⁰.

In het kader van zijn analyse onderstreepte het BIPT vooreerst dat de eisen betreffende de non-discriminatie van de speciale tarieven absoluut noodzakelijk zijn om concurrentievervalsing te voorkomen tussen de universele dienstverlener en de tussenpersonen die de verzendingen van verschillende klanten groeperen. Ze moeten garanderen dat alle operatoren op de markt eerlijk worden behandeld en moeten de tussenpersonen in staat stellen progressief hun activiteiten te ontwikkelen. Het BIPT merkte voorts op dat het nieuwe “*per sender*”-model tot gevolg had dat tussenpersonen voor de samengevoegde zendingen van hun klanten voortaan geen kortingen meer konden genieten die equivalent waren aan diegene die aan de grote afzenders voor identieke volumes en een identieke kwaliteit van voorbereiding werden verleend, hoewel de dienst die bpost in beide gevallen verstrekte volledig gelijk is. Volgens het BIPT introduceerde het “*per sender*”-model aldus een ongeoorloofde tariefdiscriminatie tussen de grote afzenders en de tussenpersonen die vergelijkbare volumes van samengevoegde zendingen afgeven. Deze discriminatie had een negatieve invloed op het vermogen van de tussenpersonen om hun activiteiten te ontwikkelen en druiste “*heel ernstig*” in tegen de streefdoelen van het postbeleid¹¹.

In het licht van deze vaststellingen, en rekening houdende

⁶ HvJ 11 februari 2015, C-340/13, *bpost*, ECLI:EU:C:2015:77.

⁷ Zie bv. G. MALOS, “The bpost Ruling: An ‘Unsuccessful’ Attempt to Square the Circle. The *ne bis in idem* Principle Standing Between Regulatory and Competition Law”, *ENLR*, 2015/2, 82-92 en C. KOENIG, “The Principles of Non-Discrimination and Transparency in Postal Markets with Regard to Abusive Rebate Conditions applied by the Incumbent Universal Service Provider”, *ENLR*, 2015/2, 117-121.

⁸ In de rechtspraak en de rechtsleer wordt zowel de formulering “*non bis in idem*” als “*ne bis in idem*” gehanteerd. Beide formuleringen hebben evenwel dezelfde inhoud. In deze bijdrage wordt geopteerd voor een verwijzing naar “*non bis in idem*” omdat dit ook door het geannoteerde arrest wordt gehanteerd.

⁹ Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (*BS* 24 januari 2003) (“BIPT-wet”).

¹⁰ Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (*BS* 27 maart 1991) (“wet overheidsbedrijven”). Art. 144ter, § 1, 5° van de wet overheidsbedrijven stelt meer bepaald dat “wanneer een aanbieder van de universele dienst speciale tarieven toepast, bijvoorbeeld voor diensten voor zakelijke gebruikers, aanbieders van grote partijen post of tussenpersonen die post van verschillende gebruikers samenvoegen, past hij de beginselen van transparantie en non-discriminatie toe ten aanzien van zowel de eigenlijke tarieven als de betreffende voorwaarden. De tarieven en de voorwaarden dienaangaande worden steeds op dezelfde wijze toegepast zowel tussen derden onderling als tussen derden en aanbieders van de universele dienst die gelijkwaardige diensten aanbieden. (...)”.

¹¹ Zie punt 83 van het besluit van het BIPT.

met een aantal verzwarende en verzachtende omstandigheden, heeft het BIPT aan bpost uiteindelijk een geldboete van 2,3 miljoen EUR opgelegd¹². Dit bedrag is (veel) lager dan het in artikel 21 van de BIPT-wet voorziene maximum van 5% van de omzet verwezenlijkt door de overtreder in de postsector.

7. Ingevolge de klachten van Spring, Link2Biz en Publi-mail, heeft ook de Raad zich over het “*per sender*”-model gebogen. De beslissing van de Raad is specifiek toegespitst op de vraag of de invoering van dit model door bpost in overeenstemming is met de mededingingsregels en in het bijzonder met het verbod op misbruik van machtspositie voorzien in artikel 102 VWEU¹³.

Net zoals het BIPT vertrok de Raad vanuit de vaststelling dat de directe afzenders en de tussenpersonen verschillend werden behandeld. De Raad meende evenwel dat deze verschillende behandeling op zich geen aanleiding gaf tot een “*strikte discriminatie*” in de zin van artikel 102, *sub c*) VWEU en dat het derhalve niet opportuun was om zich enkel toe te spitsen op de relatie tussen deze beide categorieën¹⁴. Volgens de Raad diende daarentegen rekening te worden gehouden met het feit dat de tussenpersonen niet enkel klant zijn van bpost, maar tegelijk ook een belangrijke concurrent. Elke afzender die beslist om met een tussenpersoon te werken, heeft immers tot gevolg dat bpost een directe klant verliest¹⁵. Bovendien werden de tussenpersonen ook beschouwd als mogelijk nieuwe actoren op het gebied van de postverdeling¹⁶. Volgens de Raad had het door bpost geïntroduceerde “*per sender*”-model evenwel tot gevolg dat de activiteiten van de tussenpersonen werden bemoeilijkt en dat de grote afzenders rechtstreeks met bpost bleven samenwerken. Het is dan ook vanuit die optiek dat de Raad uiteindelijk

tot de conclusie kwam dat bpost haar machtspositie had misbruikt¹⁷.

Voor deze inbreuk werd een bijkomende boete opgelegd van *circa* 37,4 miljoen euro¹⁸. Bij de vaststelling van deze boete heeft de Raad, omwille van redenen van billijkheid en proportionaliteit, rekening gehouden met de boete die reeds door het BIPT was opgelegd.

8. Op 23 september 2011 en 9 januari 2013 heeft bpost voor het hof een annulatieberoep ingesteld tegen respectievelijk het besluit van het BIPT en de beslissing van de Raad.

9. In de zaak tegen het besluit van het BIPT heeft het hof op 12 juni 2013 een tussenarrest geveld waarbij het een aantal prejudiciële vragen stelde omtrent de interpretatie van artikel 12 van de postdienstenrichtlijn¹⁹. Met name wenste het hof te vernemen of het in deze bepaling vervatte non-discriminatiebeginsel met betrekking tot de posttarieven, die in de nationale rechtsorde werd omgezet door het voormelde artikel 144ter van de wet overheidsbedrijven, aldus dient te worden begrepen dat het zich verzet tegen een systeem van kwantumkortingen per afzender.

In het reeds geciteerde arrest van 11 februari 2015 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat deze vraag negatief dient te worden beantwoord²⁰. Het Hof van Justitie verwees in dit verband naar het feit dat de litigieuze kwantumkortingen specifiek tot doel hebben om de afzenders ertoe aan te zetten meer post aan bpost toe te vertrouwen²¹. Volgens het Hof van Justitie bevinden afzenders en tussenpersonen zich niet in een vergelijkbare situatie ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling, vermits de activiteiten van tussenpersonen op zich niet zouden bijdragen tot de toename van het aan bpost toevertrouwde postvolume. Bijgevolg conclu-

¹². Zie punten 81-93 van het besluit van het BIPT.

¹³. Voor een samenvatting van deze beslissing, zie J. LEONARD en K. DE VliegHER, “Rechtspraak in kort bestek. Raad voor de mededinging 10/2012-12/2012”, *TBM*, 2013/2, 206-208 en J. YSEWYN en M. VAN SCHOORISSE, “Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2012”, *TBM*, 2013/3, 251-252.

¹⁴. Zie punt 169 van de beslissing van de Raad.

¹⁵. Zie punt 184 van de beslissing van de Raad.

¹⁶. Zie punten 257 en 259 van de beslissing van de Raad.

¹⁷. Deze beslissing van de Raad vormt het voorwerp van (hevige) kritiek; zie bv. D. GERARDIN en P. VAN CAYSEELE, “De behandeling van misbruiken op basis van de prijs in het Belgisch mededingingsrecht (‘Happy Time’, bpost en Presstalis)”, *TBM* 2013/3, 262-264 en Y. DESMEDT en K. STAS, “Eerste toepassing van het mededingingsrecht in de Belgische postsector: should the messenger have been shot twice?”, *TBM*, 2013/4, 343-361. Deze auteurs stellen onder andere dat de door de Raad aangemerkte concurrentie tussen bpost en de tussenpersonen in feite het gevolg is van de artificieel ruime marktdefinitie die door de Raad werd weerhouden. Het argument van de Raad dat de routeurs ook actief zouden kunnen worden op de markt van de postverdeling betreft volgens hen louter speculatie. Zij vragen zich bovendien af of de verantwoordelijkheid van bpost als dominante onderneming op de markt voor postverdelingsdiensten zover strekt dat deze laatste verplicht zou zijn om de economische leefbaarheid van de tussenpersonen te ondersteunen. Zij menen immers dat er niet zozeer sprake is van een mededingingsprobleem, maar wel van een probleem met betrekking tot het zakenmodel dat door de routeurs wordt toegepast.

¹⁸. Zie punt 310 van de beslissing van de Raad.

¹⁹. Richtlijn nr. 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (*Pb.L.* 21 januari 1998, afl. 15, 14) (“*postdienstenrichtlijn*”).

²⁰. Voor een bespreking van dit arrest, zie X. TATON en G. CROISANT, “Le principe de non-discrimination dans l'accès aux réseaux: une application dépendant des objectifs poursuivis”, *TBH*, 2015/9, 912-920; G. MALOS, “The bpost Ruling: An ‘Unsuccessful’ Attempt to Square the Circle. The *ne bis in idem* Principle Standing Between Regulatory and Competition Law”, *ENLR*, 2015/2, 82-92 en C. KOENIG, “The Principles of Non-Discrimination and Transparency in Postal Markets with Regard to Abusive Rebate Conditions applied by the Incumbent Universal Service Provider”, *ENLR*, 2015/2, 117-121.

²¹. HvJ 11 februari 2015, C-340/13, *bpost*, ECLI:EU:C:2015:77, overw. 47.

deerde het Hof van Justitie dat het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van het ‘*per sender*’-model geen door artikel 12 van de postdienstenrichtlijn verboden discriminatie vormt²².

Het hof heeft deze zienswijze van het Hof van Justitie logischerwijs gevolgd en heeft het besluit van het BIPT dan ook vernietigd door middel van zijn arrest van 10 maart 2016.

3. DE ARGUMENTEN VAN DE PARTIJEN EN DE VASTSTELLINGEN VAN HET HOF VAN BEROEP

11. In haar besluiten onderstreept bpost dat het “*per sender*”-model reeds het voorwerp heeft uitgemaakt van een procedure voor het BIPT en dat het hof door middel van voormeld arrest van 10 maart 2016 heeft beslist dat dit model geen inbreuk maakt op het algemene non-discriminatiebeginsel en de postdienstenrichtlijn. bpost merkt bovendien op dat dit arrest intussen kracht van gewijsde heeft verkregen. Gelet op deze omstandigheden, meent bpost dat het beginsel inzake “*non bis in idem*” zich verzet tegen het feit dat zij nogmaals zou worden berecht voor identiek dezelfde feiten waarvoor zij reeds definitief werd vrijgesproken²⁴.

12. De Belgische Mededingingsautoriteit (“BMA”) betwist de toepassing van dit principe. In hoofdorde meent de BMA dat de sanctie vanwege het BIPT geen strafrechtelijk karakter heeft en betwist zij dat er *in casu* sprake zou zijn van een dubbele sanctie vermits, gelet op het vernietigingsarrest van 10 maart 2016, de sanctie van het BIPT niet langer bestaat²⁵. In ondergeschikte orde beroept de BMA zich op de rechtspraak van het Hof van Justitie op basis waarvan, in het kader van mededingingszaken, de toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel afhankelijk is van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn. *In casu* meent de BMA dat de laatste voorwaarde niet vervuld is vermits de postreglementering en het mededingingsrecht een ander rechtsgoed beschermen²⁶.

13. De door de BMA aangebrachte argumenten worden door het hof integraal verworpen.

In de eerste plaats bevestigt het hof dat de sanctie die door het BIPT aan bpost werd opgelegd wel degelijk een strafrechtelijk karakter heeft²⁷. Het hof verwijst hiervoor naar de

10. Ook in het kader van het beroep tegen de beslissing van de Raad zijn er, voorafgaand aan het geannoteerde arrest, reeds een aantal procedurele ontwikkelingen geweest. Zo heeft het hof middels een tussenarrest van 24 mei 2013 aan de Raad toestemming verleend om vrijwillig in de procedure tussen te komen. Op 30 april 2015 heeft het hof voorts beslist dat het verzoek van Link2Biz om toegang te verkrijgen tot een op vraag van bpost gerealiseerde studie gegrond was²³. In het geannoteerde arrest van 10 november 2016 beslecht het hof deze zaak definitief.

aard van de gesanctioneerde inbreuk, alsook naar de aard en de zwaarte van de opgelegde sanctie.

Voorts stelt het hof dat de BMA niet kan worden gevolgd wanneer zij aanvoert dat de retroactieve vernietiging van het besluit van het BIPT tot gevolg heeft dat geen enkele sanctie voorafgaat aan degene die zij aan bpost heeft opgelegd door middel van de beslissing van de Raad²⁸. Het hof merkt met name op dat deze vernietiging de eerdere vervolgingen vanwege het BIPT niet doen verdwijnen. Volgens het hof dient de vernietiging dan ook te worden beschouwd als een vrijpraak of als een beslissing tot onontvankelijkheid van de eerder ingestelde vervolgingen.

Tot slot oordeelt het hof dat *in casu* geen rekening dient te worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de nationale en Europese vervolging van inbreuken op het mededingingsrecht, vermits de feiten zich *in casu* allen in dezelfde lidstaat afspelen²⁹. Dit impliceert met name dat het hof de toepassing van het beginsel “*non bis in idem*” niet (bijkomend) afhankelijk stelt van de voorwaarde inzake de overeenstemming van het beschermde rechtsgoed. Volgens het hof dient de toepassing van dit beginsel in voorliggend geval enkel afhankelijk te worden gesteld van (i) de aanwezigheid van twee strafrechtelijke vervolgingen, (ii) de aanwezigheid van een niet voor beroep vatbare beslissing tot vrijpraak of veroordeling en (iii) de aanwezigheid van identieke feiten of feiten die in hoofdzaak dezelfde zijn.

14. In het licht van bovenstaande elementen, oordeelt het hof dat bpost gerechtigd is zich op het “*non bis in idem*”-principe te beroepen. Het hof vernietigt bijgevolg de beslissing van de Raad.

22. *Ibid.*, overw. 48.

23. Brussel 30 april 2015, *TBM*, 2015/3, 228-234.

24. Zie overw. 27 van het geannoteerde arrest.

25. Zie overw. 31 van het geannoteerde arrest.

26. Zie overw. 33 van het geannoteerde arrest.

27. Zie overw. 55 van het geannoteerde arrest.

28. Zie overw. 57 van het geannoteerde arrest.

29. Zie overw. 39 van het geannoteerde arrest.

4. DE ALGEMENE VERSUS DE MEDEDINGINGSRECHTELIJKE INVULLING VAN “NON BIS IN IDEM”

4.1. Inleiding

15. In voorliggende noot zal niet dieper worden ingegaan op de vraag in hoeverre het “*per sender*”-model in overeenstemming is met de mededingingsregels. Voor dit vraagstuk wordt verwezen naar de diverse doctrinale bijdragen die hierboven werden geciteerd en waaruit een opvallende tegenstelling naar voren komt tussen de “Belgische” doctrine die eerder negatief staat tegenover het optreden van de Raad³⁰ en de “internationale” doctrine die wel nog ruimte ziet voor een bijkomende toetsing door de Mededingingsautoriteiten op basis van artikel 102 VWEU³¹.

16. Als gevolg van de toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel is de discussie over de grond van de zaak sowieso minder belangrijk geworden. Wél van belang is de vraag in hoeverre de in het geannoteerde arrest gehanteerde benadering van dit principe in overeenstemming is met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (“EHRM”) en van het Hof van Justitie. Hierna wordt eerst stilgestaan bij de algemene draagwijdte van het “*non bis in idem*”-beginsel (4.2.). Vervolgens stellen wij vast dat dit beginsel in het Europees mededingingsrecht een striktere uitlegging en toepassing heeft gekregen door het bijkomende vereiste inzake de overeenstemming van het beschermde rechtsgoed (4.3.). Tot slot bekijken wij op welke manier het hof in het geannoteerde arrest heeft geprobeerd om deze verschillende interpretaties met elkaar te verzoenen in het kader van de dubbele berechting en bestraffing van dezelfde feiten door een nationale Mededingingsautoriteit en een nationale regulator (4.4.).

4.2. De algemene draagwijdte van het “*non bis in idem*”-beginsel

17. Het “*non bis in idem*”-beginsel houdt in dat niemand kan worden vervolgd of berecht voor feiten waarvoor hij al berecht is door middel van een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde³². Dit algemene rechtsbeginsel maakt inherent deel uit van ons rechtstelsysteem³³.

18. Voormeld rechtsbeginsel is eveneens neergelegd in het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (“EVRM”) en in het handvest van de grondrechten van de Europese Unie (“handvest”). Op grond van artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM kan niemand opnieuw worden berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die staat. Artikel 50 van het handvest stelt op zijn beurt dat “[n]iemand opnieuw [wordt] 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”. Deze beide bepalingen zijn rechtstreeks van toepassing in de Belgische rechtsorde.

19. Ondanks deze duidelijke verankering, bestond er in de rechtspraak van het EHRM lange tijd onduidelijkheid over de precieze draagwijdte van dit beginsel. Het EHRM hanteerde *grosso modo* twee benaderingen: een strikt feitelijke benadering gebaseerd op het begrip “*même comportement*”³⁴ en een meer juridische benadering waarbij de klemtoon werd gelegd op het aspect “*même infraction*”³⁵. In het arrest *Zolotukhin* van 10 februari 2009 heeft het EHRM hierover eindelijk duidelijkheid geschept door te stellen dat artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM aldus dient te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen een tweede strafrechtelijke vervolging of bestraffing die voortvloeit uit identieke of wezenlijk dezelfde feiten³⁶. Dit werd later ook bevestigd in het arrest *Ruotsalainen*³⁷. Sinds deze arresten is de juridische kwalificatie van de betrokken feiten in het nationaal recht bijgevolg zonder belang.

20. Het EHRM heeft voorts verduidelijkt dat ook de juridische kwalificatie van de nationale procedure geen beslissende invloed heeft op de toepassing van het in artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM voorziene “*non bis in idem*”-beginsel. De verwijzing naar het begrip “*strafrechtelijke procedure*” in voormeld artikel dient immers te worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 6

³⁰. Zie bv. J. YSEWYN en M. VAN SCHOORISSE, “Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2012”, *TBM*, 2013/3, 251-252; D. GERARDIN en P. VAN CAYSEELE, “De behandeling van misbruiken op basis van de prijs in het Belgisch mededingingsrecht (‘Happy Time’, bpost en Presstalis)”, *TBM*, 2013/3, 262-264 en Y. DESMEDT en K. STAS, “Eerste toepassing van het mededingingsrecht in de Belgische postsector: should the messenger have been shot twice?”, *TBM*, 2013/4, 343-361.

³¹. Zie bv. G. MALOS, “The bpost Ruling: An ‘Unsuccessful’ Attempt to Square the Circle. The *ne bis in idem* Principle Standing Between Regulatory and Competition Law”, *ENLR*, 2015/2, 82-92 en C. KOENIG, “The Principles of Non-Discrimination and Transparency in Postal Markets with Regard to Abusive Rebate Conditions applied by the Incumbent Universal Service Provider”, *ENLR*, 2015/2, 117-121.

³². Zie overw. 35 van het geannoteerde arrest: “*Le principe non bis in idem est celui selon lequel nul ne peut être poursuivi ou puni une deuxième fois en raison d’une infraction ou de faits (...) pour laquelle ou lesquels il a déjà été soit acquitté, soit condamné, par un jugement définitif.*”

³³. Zie bv. Cass. 5 mei 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 837.

³⁴. Zie bv. EHRM 23 oktober 1995, *Gradinger / Oostenrijk*.

³⁵. Zie bv. EHRM 30 juli 1998, *Oliveira / Zwitserland*.

³⁶. EHRM 10 februari 2009, nr. 75032/01, *Zolotukhin / Rusland*, overw. 78-84.

³⁷. EHRM 16 juni 2009, nr. 13079/03, *Ruotsalainen / Finland*.

EVRM³⁸. Bijgevolg is dit beginsel ook van toepassing op administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter. Om te kunnen bepalen of een sanctie een strafrechtelijk karakter heeft, worden drie criteria naar voren geschoven, namelijk (i) de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationaal recht, (ii) de aard van de inbreuk en (iii) de aard en de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd³⁹. Het tweede en derde criterium kunnen op alternatieve wijze worden toegepast. Het is evenwel ook mogelijk om deze criteria cumulatief te beoordelen in het geval een afzonderlijke analyse van elk individueel criterium het niet mogelijk maakt om tot een duidelijke conclusie te komen wat betreft het bestaan van een strafsancie⁴⁰.

21. Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk dat het EHRM ervoor heeft geopteerd om een ruime uitlegging te geven aan het “*non bis in idem*”-principe. In overweging 80 van het arrest *Zolotukhin* merkte het EHRM dienaangaande op dat “*la convention doit être interprétée et appliquée d’une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoirs*”⁴¹.

22. Deze brede toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel wordt ook door het Hof van Justitie gehanteerd. Zo heeft ook het Hof van Justitie zich reeds in diverse arresten uitgesproken voor een benadering waarbij enkel wordt toegezien op de uniciteit van de feiten en niet op de juridische kwalificatie van deze feiten in het Europees of nationaal recht. Ter illustratie kan worden verwezen naar de rechtspraak op het vlak van ambtenarenrechtelijke tuchtprocedures⁴² en met betrekking tot de regelingen op het vlak van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid⁴³. Voorts heeft het Hof van Justitie reeds verduidelijkt dat artikel 50 van het handvest eveneens toeziet op administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter⁴⁴.

23. Hoewel er aldus geen wezenlijke verschillen bestaan tussen artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM en artikel 50 van het handvest op het vlak van de invulling van de bestanddelen “*bis*” en “*in idem*”, is er wel een zeer belangrijk verschil wat betreft het aspect “*non*”. Voormelde bepalingen viseren immers respectievelijk een dubbele berechting of bestraffing van dezelfde feiten “*binnen de rechtsmacht van dezelfde staat*” en “*in de Unie*”. Artikel 50 van het handvest geeft aan het “*non bis in idem*”-beginsel met andere woorden een grensoverschrijdende toepassing waardoor de lidstaten niet enkel gebonden zijn door

de eigen nationale strafrechtelijke vervolgingen en berechttingen, maar ook door strafrechtelijke procedures die in een andere lidstaat tot een definitieve vrijspraak of veroordeling hebben geleid.

4.3. De toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel in het Europees mededingingsrecht

24. Het “*non bis in idem*”-beginsel is ook van toepassing in het kader van de handhaving van de mededingingsregels. Zo heeft het Hof van Justitie in het arrest *Limburgse Vinyl Maatschappij* verklaard dat “*het beginsel ne bis in idem, een van de grondbeginselen van het Gemeenschapsrecht, dat voorts is bevestigd in artikel 4, 1., van protocol nr. 7 bij het EVRM, op het gebied van de mededinging verbiedt dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd wegens een met de mededinging strijdige gedraging waarvoor zij is bestraft of niet aansprakelijk is verklaard bij een eerdere beslissing, waartegen geen beroep meer openstaat*”⁴⁵.

25. Toch wordt reeds van oudsher aangenomen dat de Europese en de nationale mededingingsregels samen kunnen worden toegepast ten aanzien van dezelfde onderneming en met betrekking tot dezelfde feiten. Dit blijkt met name uit het bekende arrest *Walt Wilhelm*⁴⁶.

In overweging 3 van dit arrest wordt met name bevestigd dat “*eenzelfde ondernemersafpraak in beginsel aanleiding kan geven tot twee parallel lopende procedures, onderscheidenlijk aanhangig bij de communautaire gezagsorganen – krachtens artikel 85 van het EEG (thans art. 101 VWEU) – en bij de nationale autoriteiten – krachtens het nationaal recht*”. De reden hiervoor is dat artikel 101 VWEU specifiek zou toezien op belemmeringen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, terwijl het nationaal mededingingsrecht veeleer toeziet op belemmeringen met een impact op de eigen binnenlandse markt. Volgens het Hof van Justitie worden (mogelijke) mededingingsversturende overeenkomsten in het Unierecht en in het nationaal recht van de lidstaten dan ook “*vanuit verschillende gezichtshoeken*” bekeken.

Het is evident dat twee parallel lopende procedures uiteindelijk aanleiding kunnen geven tot een dubbele bestraffing van

³⁸. Zie bv. EHRM 11 december 2007, nr. 1187/05, *Haarvig / Noorwegen*.

³⁹. Zie bv. EHRM 8 juni 1976, *Engel / Nederland*, overw. 82.

⁴⁰. Zie bv. EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01, *Jussila / Finland*, overw. 31.

⁴¹. EHRM 10 februari 2009, nr. 75032/01, *Zolotukhin / Rusland*, overw. 80.

⁴². Zie bv. HvJ 5 mei 1966, C-18/65 en C-35/65, *Gutmann*, ECLI:EU:C:1967:6.

⁴³. Zie bv. HvJ 18 juli 2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*, ECLI:EU:C:2007:444.

⁴⁴. Zie bv. HvJ 26 februari 2013, C-617/10, *Åklagaren*, ECLI:EU:C:2013:105.

⁴⁵. HvJ 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P t.e.m. C-252/99 P en C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, ECLI:EU:C:2002:582, overw. 59.

⁴⁶. HvJ 13 februari 1969, nr. 14/68, *Walt Wilhelm*, ECLI:EU:C:1969:4.

dezelfde feiten. Het Hof van Justitie voorziet daarom een soort “tempering” op zijn strikte standpunt. Zo wordt in overweging 11 van het arrest *Walt Wilhelm* gesteld dat “wanneer de mogelijkheid van tweeërlei procedure echter tot oplegging van tweeërlei sanctie zou leiden, algemene billijkheidsgronden (...) medebrengen, dat bij bepaling der straf met eerdere beslissingen van repressieve aard rekening dient te worden gehouden”. Op basis van deze overweging wordt dan ook aangenomen dat, in het geval een tweede sanctie wordt opgelegd in het kader van twee opeenvolgende procedures, bij de vaststelling van deze laatste sanctie rekening dient te worden gehouden met het bedrag van de eerder opgelegde boete⁴⁷.

26. Aan deze (ogenschijnlijk) tegenstelling tussen, enerzijds, de erkenning van het “*non bis in idem*”-beginsel en, anderzijds, de dubbele vervolging en bestraffing door de Europese Commissie (“Commissie”) en de nationale Mededingingsautoriteit van dezelfde mededingingsrechtelijke inbreuken is pas een einde gesteld in het arrest *Aalborg Portland* van 7 januari 2004⁴⁸. In overweging 338 van dit arrest verduidelijkt het Hof van Justitie dat de toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel afhankelijk is van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat het beginsel inzake “*non bis in idem*” zich niet verzette tegen een bijkomende sanctie vanwege de Commissie ten aanzien van drie Italiaanse cementproducenten die reeds door de Italiaanse Mededingingsautoriteit werden gesanctioneerd. Volgens het Hof van Justitie bestond er immers een verschil tussen het doel van, enerzijds, de leverings- en samenwerkingsovereenkomsten tussen voormelde cementproducenten en hun cliënt Calcestruzzi (die het voorwerp uitmaakten van de beslissing van de Italiaanse Mededingingsautoriteit) en, anderzijds, de overeenkomst tussen die producenten onderling die er op haar beurt toe strekte te beletten dat Calcestruzzi cement zou invoeren uit Griekenland (en die het voorwerp uitmaakte van de beslissing van de Commissie). De dubbele bestraffing door de Commissie en door de Italiaanse Mededingingsautoriteit diende bijgevolg niet ter bescherming van hetzelfde rechtsgoed.

27. Deze strikte benadering (die dateert van vóór de arresten *Zolotukhin* en *Ruotsalainen*) werd later ook bevestigd in het prejudiciële arrest *Toshiba* van 14 februari 2012⁴⁹. In deze zaak wenste de verwijzende rechter te vernemen in

welke mate de Tsjechische Mededingingsautoriteit, nadat de Commissie een beschikking had gegeven op grond van artikel 101 VWEU, zelf nog kon optreden op grond van het nationaal mededingingsrecht. Ter beantwoording van deze vraag verwees het Hof van Justitie naar de drievoudige voorwaarde vermeld in het arrest *Aalborg Portland*. Opvallend is wel dat het Hof van Justitie in deze zaak niet zozeer focuste op het beschermde rechtsgoed, maar wel wees op een verschil op vlak van de feiten. Zo stelde het Hof van Justitie vast dat het optreden van de Tsjechische Mededingingsautoriteit betrekking had op een ander gebied en een andere periode⁵⁰, zodat het beginsel “*non bis in idem*” niet speelde.

28. De in het arrest *Aalborg Portland* voorziene strikte benadering van het “*non bis in idem*”-beginsel wordt ook toegepast op de verhouding tussen het Europees mededingingsrecht en andere rechtstakken. Dit blijkt (althans impliciet) uit het arrest in de zaak *Deutsche Telekom*⁵¹.

In deze zaak diende het Gerecht zich te buigen over een besluit van de Commissie waarin werd vastgesteld dat Deutsche Telekom artikel 102 VWEU had geschonden door oneerlijke prijsstelling in de vorm van een “prijssqueeze”. Met name had de Commissie geoordeeld dat er sprake was van een misbruik van machtspositie doordat de groothandelstarieven die Deutsche Telekom in Duitsland aan haar concurrenten aanrekende voor de toegang tot haar lokale netwerk hoger lagen dan haar eindgebruikerstarieven. In deze context diende het Gerecht zich onder andere uit te spreken over het door Deutsche Telekom aangevoerde argument dat zij niet door de Commissie aansprakelijk kon worden gesteld op grond van artikel 102 VWEU, aangezien de regelgevende instantie voor telecommunicatie en post, de Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (“RegTP”), de tarieven reeds vooraf had gecontroleerd.

Zoals blijkt uit paragraaf 113 van het arrest heeft het Gerecht dit argument niet weerhouden:

“Dienaangaande moet om te beginnen worden beklemtoond dat de RegTP, ook al moet zij zoals elk staatsorgaan de bepalingen van het [VWEU] in acht nemen (...), ten tijde van de feiten van het geding de met de toepassing van de sectoriële telecommunicatieregeling belaste Duitse instantie was en niet de Mededingingsautoriteit van de betrokken lidstaat. De nationale regelgevende instanties handelen overeenkomstig hun nationaal recht. De doelstellingen van dit recht zijn

^{47.} Zie bv. HvJ 14 december 1972, C-7/72, *Boehringer Mannheim*, ECLI:EU:C:1972:125, overw. 3: “Overwegende dat de Commissie bij vaststelling van het bedrag ener geldboete verplicht is straffen welke dezelfde onderneming wegens hetzelfde feit mocht hebben ondergaan in rekening te brengen, wanneer die straffen wegens een – uiteraard op het grondgebied van de Gemeenschap begane – inbreuk op het kartelrecht van een lidstaat zijn opgelegd.”

^{48.} HvJ 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland*, ECLI:EU:C:2004:6, overw. 338.

^{49.} HvJ 14 februari 2012, C-17/10, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2012:72.

^{50.} *Ibid.*, overw. 102: “Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de beschikking van de Commissie geen betrekking heeft op de mededingingsbeperkende gevolgen die dit kartel in de periode vóór 1 mei 2004 op het Tsjechische grondgebied heeft gehad, terwijl de Uad pro ochranu hospodáské soutě, volgens de door de verwijzende rechter verstrekte inlichtingen, bij haar beschikking enkel voor dit grondgebied en voor deze periode geldboeten heeft opgelegd.”

^{51.} HvJ 10 april 2008, T-271/03, *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:T:2008:101.

gebaseerd op overwegingen van telecommunicatiebeleid en kunnen als zodanig verschillen van de doelstellingen van het communautaire mededingingsbeleid (...).”

De vaststelling dat de doelstellingen van het Europees mededingingsrecht verschillen van de doelstellingen van de sectorale regelgeving (*in casu* de telecommunicatieregeling die door de Duitse regulator RegTP werd gehandhaafd) was voor het Gerecht dan ook een reden om te besluiten dat de Commissie nog steeds bevoegd was om op te treden op grond van artikel 102 VWEU. Dit besluit werd later ook in hoger beroep bevestigd door het Hof van Justitie⁵².

29. De stelling van het Gerecht en van het Hof van Justitie in de zaak *Deutsche Telekom* sluit weliswaar nauw aan bij de stelling dat het beginsel inzake “*non bis in idem*” slechts kan spelen in het geval er sprake is van overeenstemming van het beschermde rechtsgoed, maar die link wordt in de voormelde arresten niet uitdrukkelijk gelegd. Daarom is het relevant om in dit kader ook te verwijzen naar het besluit van de Commissie in de zaak *Telekomunikacja Polska* (“*TP*”)⁵³. In dit besluit wordt geconstateerd dat *TP* haar machtspositie op de Poolse markten voor breedbandtoegang heeft misbruikt door te weigeren toegang tot haar netwerk te verlenen. In de administratieve procedure had *TP* nochtans toegelicht dat de door de Commissie aangevoerde mededingingsrechtelijke bezwaren reeds aanleiding hadden gegeven tot een sanctie vanwege de Poolse regulator voor telecommunicatie. *TP* meende dan ook dat een bijkomende vervolging vanwege de Commissie in strijd zou zijn met het “*non bis in idem*”-beginsel. De Commissie wees dit argument evenwel resoluut van de hand. Met verwijzing naar de arresten *Aalborg Portland* en *Deutsche Telekom*, stelde de Commissie dat het “*non bis in idem*”-principe niet van toepassing was vermits de Poolse regulator en de Commissie een verschillend rechtsgoed beschermden⁵⁴.

30. Samengevat dient dan ook te worden vastgesteld dat het “*non bis in idem*”-beginsel (en met name het bestanddeel “*in idem*”) in het kader van het door de Commissie gehandhaafd mededingingsrecht een strikte invulling heeft gekregen die afwijkt van de “normale” draagwijdte zoals die voortvloeit uit de rechtspraak van het EHRM. Deze strikte benadering gesteund op het criterium van hetzelfde beschermde rechtsbelang wijkt bovendien af van de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de toepassing van dit beginsel op andere rechtsgebieden.

31. In haar conclusie in de zaak *Toshiba* heeft advocaat-generaal KOKOTT deze afwijkende rechtspraak fel bekritiseerd⁵⁵. Een verschillende uitlegging van het “*non bis in idem*”-beginsel naar gelang het rechtsgebied doet volgens haar afbreuk aan de eenheid van het Unierecht⁵⁶:

“Een zodanig verschillende uitlegging en toepassing van het ne bis in idem-beginsel al naar gelang het rechtsgebied doet afbreuk aan de eenheid van de rechtsorde van de Unie. Uit de fundamentele betekenis van het ne bis in idem-beginsel als dragend beginsel van het Unierecht met de status van een grondrecht volgt dat de inhoud ervan niet wezenlijk mag verschillen per rechtsgebied. Voor de bepaling van de waarborg die wordt geboden door het ne bis in idem-beginsel, zoals thans gecodificeerd in artikel 50 van het [handvest], dienen voor het heel Unierecht, onafhankelijk van de afzonderlijke rechtsgebieden, dezelfde criteria te gelden. Daarop is terecht gewezen door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA.”

Bovendien verwees de advocaat-generaal in haar conclusie naar het homogeniteitsvoorschrift voorzien in artikel 52, 3. van het handvest⁵⁷. Deze bepaling stelt dat, voor zover het handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke het EVRM eraan toekent. Het vasthouden aan het criterium van hetzelfde beschermde rechtsgoed op het gebied van het mededingingsrecht zou er volgens de advocaat-generaal toe leiden dat de werkingssfeer van het Unierechtelijke verbod van dubbele bestraffing beperkter zou zijn en de waarborgingsomvang ervan zou achterblijven bij hetgeen in artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM als minimumstandaard is opgenomen. Dit zou onverenigbaar zijn met het voorschrift van homogeniteit.

Advocaat-generaal KOKOTT concludeerde dan ook dat de gelijkheid van de materiële feiten, begrepen als het bestaan van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, het enige relevante criterium is bij de vaststelling van het begrip “*in idem*”.

Zoals hierboven reeds werd gesteld, heeft het Hof van Justitie in het arrest *Toshiba* evenwel geen gehoor gegeven aan deze (pertinente) commentaren maar heeft het integendeel zijn eerdere rechtspraak bevestigd. Wel opvallend is dat in het arrest uiteindelijk niet dieper wordt ingegaan op het criterium van hetzelfde beschermde rechtsgoed. Zoals ook was gesuggereerd in de conclusie van de advocaat-generaal, oor-

⁵² HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, overw. 80-96.

⁵³ Besluit van de Commissie van 22 juni 2011, COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*.

⁵⁴ *Ibid.*, punten 135-142. Zie in het bijzonder de volgende overw. uit punt 138 van het besluit: “*The procedure conducted and the penalty to be imposed by the Commission on the one hand and the Polish NRA on the other clearly pursue different ends. The aim of the first is to preserve undistorted competition within the European Union, whereas the aim of the second encompasses other objectives such as ‘development and use of modern telecommunications infrastructure’, ‘maximum benefits for users in terms of choice, price and quality of telecommunications services’ and ‘net neutrality’.*”

⁵⁵ Adv. Gen. 8 september 2011, nr. C-17/10, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2011:552.

⁵⁶ *Ibid.*, overw. 117.

⁵⁷ *Ibid.*, overw. 120-123.

deelde het Hof van Justitie uiteindelijk dat het “*non bis in idem*”-beginsel niet was geschonden omdat de beschikking van de Commissie en de beschikking van de Tsjechische Mededingingsautoriteit weliswaar één en hetzelfde kartel viseerden maar wel met betrekking tot verschillende gebieden en perioden⁵⁸.

4.4. Quid de dubbele berechting door nationale Mededingingsautoriteiten en regulatoren?

32. Bovenstaand mijneveld vormde het strijdtoneel waarbinnen het beroep van bpost tegen de beslissing van de Raad inzake het “*per sender*”-model diende te worden beslecht. Wel was er in voorliggende zaak een belangrijke nuance. In tegenstelling tot de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de afwijkende rechtspraak van het Hof van Justitie, betrof het hier een puur intern geschil. *In casu* was er immers geen sprake van een dubbele bestraffing door de Commissie en een nationale instantie of regulator, maar wel een situatie waarbij zowel een nationale Mededingingsautoriteit als een nationale sectorregulator een sanctie had opgelegd.

33. Meer bepaald werd het hof geconfronteerd met de vraag op welke manier het “*non bis in idem*”-beginsel diende te worden toegepast in het geval van een dubbele vervolging en bestraffing door het BIPT en de BMA die de bescherming van verschillende rechtsregels nastreven (met name de postreglementering door het BIPT en de mededingingsregels door de BMA). Diende het hof, zoals bpost betoogde, dit beginsel te interpreteren aan de hand van de algemene beginselen voorzien in de rechtspraak van het EHRM? Of diende het hof, zoals door de BMA werd gesuggereerd, rekening te houden met de strikte toets zoals die voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van het Europees mededingingsrecht?

34. Deze vraag wordt beantwoord in de rechtsoverwegingen 36 tot en met 39 van het arrest.

Het hof vertrok vanuit de vaststelling dat artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM en artikel 50 van het handvest *in casu* weliswaar beide van toepassing zijn, maar dat zij een verschillende geografische draagwijdte hebben. Inderdaad, zoals hierboven reeds werd aangehaald, zien deze bepalingen respectievelijk toe op een dubbele berechting binnen eenzelfde staat (“*au sein d’un même Etat*”) en binnen de Europese Unie (“*au sein de l’Union*”).

Voorts stelde het hof dat, in het geval de dubbele vervolging en berechting binnen eenzelfde staat plaatsvindt, het homogeniteitsvoorschrift voorzien in artikel 52, 3. van het handvest vereist dat artikel 50 van het handvest exclusief dient te

worden uitgelegd overeenkomstig artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM zoals dat zelf door het EHRM wordt geïnterpreteerd. Het hof verwees hierbij naar de toelichtingen bij het handvest⁵⁹. Zo wordt in de toelichting bij artikel 52 van het handvest gesteld dat artikel 50 van het handvest overeenstemt met artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM, maar dat de reikwijdte ervan is uitgebreid tot het niveau van de Europese Unie in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van de lidstaten. Het hof citeerde ook de volgende toelichting bij artikel 50 van het handvest:

“Overeenkomstig artikel 50 is de regel ‘*ne bis in idem*’ niet alleen van toepassing binnen de rechtsmacht van dezelfde staat maar ook in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van verschillende lidstaten. (...) Wat de in artikel 4 van het zevende protocol bedoelde situaties betreft, namelijk de toepassing van het beginsel binnen de rechtsmacht van dezelfde lidstaat, heeft het gewaarborgde recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het overeenkomstige recht van het EVRM.”

Op grond van deze overwegingen oordeelde het hof dat het *in casu* geen rekening diende te houden met de strikte rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de dubbele nationale en Europese vervolging en berechting van inbreuken op het Europees mededingingsrecht.

35. Eenmaal het hof deze moeilijke knoop had doorgehakt, vervolgde het zijn analyse waarbij het achtereenvolgens naging of er *in casu* sprake was van (i) een dubbele vervolging met strafrechtelijk karakter (dit betreft het bestanddeel “*bis*”), (ii) een reeds bestaande eindbeslissing met kracht van gewijsde (dit betreft het bestanddeel “*non*”) en (iii) een tweede strafrechtelijke vervolging of bestraffing die voortvloeit uit identieke of wezenlijk dezelfde feiten (dit betreft het bestanddeel “*in idem*”) zoals dat thans in het kader van artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM wordt geïnterpreteerd). Vermits de discussie tussen bpost en de BMA zich vooral toespitste op de algemene versus de mededingingsrechtelijke draagwijdte van het “*non bis in idem*”-beginsel, ondervond het hof geen bijzondere moeilijkheden bij de verdere toepassing van deze drie voorwaarden. Enkel voor wat betreft het al dan niet aanwezig zijn van een strafsanctie bevat het geannoteerde arrest nog een uitweiding over de vraag of een sanctie die in het kader van het mededingingsrecht wordt opgelegd onder de draagwijdte van het “*non bis in idem*”-beginsel valt⁶⁰. Het hof merkte dienaangaande op dat er in de rechtspraak van het EHRM op een bepaald moment geopperd werd dat dergelijke sancties niet tot de zogenaamde harde kern van het strafrecht (“*le noyau dur du droit pénal*”) behoren, zodat de rechten en de waarborgen voorzien in het EVRM niet noodzakelijk met

⁵⁸. HvJ 14 februari 2012, C-17/10, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2012:72, overw. 102.

⁵⁹. Toelichtingen bij het handvest van de grondrechten, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303, 17.

⁶⁰. Zie overw. 50-52 van het geannoteerde arrest.

dezelfde kracht van toepassing zouden zijn⁶¹. Aan deze piste werden evenwel geen verdere gevolgen verbonden, vermits in de meest recente rechtspraak van het EHRM dienaangaande niet langer enig voorbehoud wordt geformuleerd. Het hof verwees in dit kader naar de arresten *Menarini Diagnostics*⁶² en *Grande Stevens*⁶³.

36. Wat betreft de overeenstemming van de feiten, kon het hof eenvoudigweg verwijzen naar de beslissing van de Raad. In punt 278 van deze beslissing had de Raad zelf uitdrukkelijk aangegeven dat haar optreden op dezelfde feiten was gebaseerd als degene op basis waarvan het BIPT reeds eerder een sanctie had opgelegd (“(...) *il pourrait être justifié de*

considérer qu’il y a identité des faits, en tout cas dans une certaine mesure”). Deze overeenstemming blijkt ook duidelijk uit de door de Raad weerhouden duur van de inbreuk. De Raad neemt immers dezelfde aanvangsdatum als het BIPT, namelijk 1 januari 2010, en stelt dat bpost uiteindelijk de inbreuk heeft beëindigd op 20 juli 2011, dit is de datum waarop het BIPT zijn beslissing heeft genomen.

37. Tot slot verduidelijkt het hof dat, in het geval de drie bovenvermelde voorwaarden van het beginsel inzake “*non bis in idem*” vervuld zijn, het niet volstaat om de eerste sanctie in mindering te brengen van de tweede sanctie om aldus het effect van de dubbele berechting te verzachten⁶⁴.

5. CONCLUSIE

38. Het geannoteerde arrest biedt een zeer interessante toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel. Voor het eerst wordt dit beginsel toegepast in het kader van een procedure waarbij een nationale Mededingingsautoriteit een boete oplegt voor feiten die reeds door een nationale (sector)regulator werden gesanctioneerd. Hierbij diende het hof zich uit te spreken over de vraag of er in dergelijk geval rekening moet worden gehouden met het vereiste inzake de overeenstemming van het beschermde rechtsgoed. Het hof beantwoordde deze vraag op negatieve wijze en vernietigde bijgevolg de beslissing van de Raad omdat dezelfde feiten reeds eerder aanleiding hebben gegeven tot een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde.

39. Hoewel wij menen dat de conclusie van het hof – met name gelet op de voorliggende feiten en omstandigheden – niet *a priori* foutief is, blijven wij niettemin met een enigszins onvoldaan gevoel achter. Volgens ons kunnen er immers ernstige vragen worden gesteld bij de manier waarop het hof tot zijn conclusie is gekomen. Op basis van een verschil betreffende de geografische strekking van artikel 4 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM en artikel 50 van het handvest (dat in feite betrekking heeft op de verschillende draagwijdte van het onderdeel “*non*”), komt het hof uiteindelijk tot een verschillende invulling van het onderdeel “*in idem*”. Dit lijkt ons niet zeer logisch. Het lijkt alsof het hof vooral een manier heeft gezocht om de inherente tegenstelling tussen de “algemene” en de “mededingingsrechtelijke” draagwijdte van het “*non bis in idem*”-beginsel te kunnen omzeilen. Het ware voorzichtiger geweest indien het hof dit probleem aan het Hof van Justitie had voorgelegd (zoals het dat trouwens eerder ook heeft gedaan met betrekking tot de interpretatie van het non-discriminatiebeginsel inzake posttarieven in het kader van het beroep van bpost tegen het besluit van het BIPT). Op die manier zou het Hof van Justitie

een (nieuwe) kans hebben gekregen om zijn strikte rechtspraak betreffende de toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel in het Europees mededingingsrecht bij te stellen.

40. Voor de betrokken tussenpersonen of routeurs zijn dergelijke rechtskundige nuances en overwegingen uiteraard van minder belang. Zij zullen zich vooral de vraag stellen hoe het mogelijk is dat het BIPT – dat over minder verre gaande actie- en sanctiemogelijkheden beschikt dan de BMA – erin geslaagd is om die laatste instantie als het ware buitenspel te zetten.

Dit probleem staat overigens los van de uiteindelijk negatieve uitkomst van het onderzoek van het BIPT. Inderdaad, ook indien het hof het eerdere besluit van het BIPT had bevestigd, zou de toepassing van het “*non bis in idem*”-beginsel er overeenkomstig de vaststellingen van het hof in het geannoteerde arrest toe hebben geleid dat naderhand geen verder gevolg wordt gegeven aan de mededingingsrechtelijke bezwaren vanwege de routeurs. In dat geval zou dat de sanctionering van het “*per sender*”-model van bpost bijgevolg gebaseerd zijn op een enger rechtskader (het non-discriminatiebeginsel voorzien in de postreglementering) en gepaard gaan met veel lichtere sancties (maximum van 5% van de omzet van bpost in de postsector) dan in het geval de BMA dit model had gesanctioneerd op grond van artikel 102 VWEU.

Het feit dat de thans vernietigde beslissing van de Raad voortvloeit uit een klacht die reeds op 2 november 2005 werd ingediend, maakt deze zaak voor de tussenpersonen uiteraard nog schrijnender. Zij hebben maar liefst 11 jaar moeten wachten alvorens het hof te horen verklaren dat de zaak niet meer kan worden behandeld. Op zoek naar verantwoordelijken zullen deze ondernemingen wellicht in de richting van de toenmalige Raad kijken. Feit is alleszins dat de

^{61.} Zie bv. EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01, *Jussila / Finland*, overw. 43.

^{62.} EHRM 27 september 2011, nr. 43509, *Menarini Diagnostics / Italië*.

^{63.} EHRM 4 maart 2014, nrs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 en 18698/10, *Grande Stevens / Italië*.

^{64.} Zie overw. 54 van het geannoteerde arrest.

uitkomst helemaal anders zou zijn geweest indien de Raad sneller had opgetreden en/of indien zij haar onderzoek niet exclusief had toegespitst op de feiten en de periode die reeds door het BIPT werden beoordeeld (namelijk het “*per sender*”-model zoals dat sinds 2010 werd toegepast).

41. Toch zijn de betrokken regulatoren wellicht de grootste verliezers van deze zaak. Ondanks hun inspanningen en vele jaren van procederen voor de nationale en Europese rechtsinstanties, blijven zij uiteindelijk met lege handen achter. Bovendien vormt het geannoteerde arrest een gevaarlijk precedent voor het verdere (ongecoördineerde) optreden van (sector)regulatoren. In die optiek is het dan ook begrijpelijk dat de BMA hiertegen een cassatieberoep heeft ingesteld.

42. Ongeacht de uitkomst van dit beroep, voedt het geannoteerde arrest alleszins de discussie omtrent de nood aan

een meer doorgedreven vorm van coördinatie en samenwerking tussen de verschillende regulatoren in België. Reeds voor het geannoteerde arrest konden kritische vragen worden gesteld omtrent de opportuniteit van een dubbele inzet van schaarse overheidsmiddelen. Het geannoteerde arrest zet deze discussie op scherp. Indien de interpretatie van het “*non bis in idem*”-beginsel van het hof vaste rechtspraak zou worden, lijkt het inderdaad niet wenselijk dat verschillende regulatoren naast elkaar hun eigen “ding” blijven doen. Om te vermijden dat de beslissing van één regulator een negatieve impact zou hebben op de actiemogelijkheden van een andere regulator, zou eventueel kunnen worden gedacht in de richting van één centrale regulator die toeziet op alle aspecten van de markt. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) in Nederland en de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) in Spanje kunnen in dit verband als inspiratiebron dienen.