Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, met name de artikelen 85 en 173;
Gelet op het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;
Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **verklaart het beroep ongegrond;**
2. **verwijst verzoekster in de kosten van het geding.**

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Trabucchi Mertens de Wilmars Kutscher

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op veertien december negentienhonderdtweeënzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 29 NOVEMBER 1972 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

I — Inleiding

A — Overzicht van de feiten

De feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen zijn U reeds bekend.

De firma Boehringer Mannheim zag zich, na een administratieve procedure volgens 's Raads verordening nr. 17, als deelneemster aan het internationaal kininekartel bij beschikking van de Commissie der Europese Gemeenschappen van 16 juli 1969 wegens overtreding van artikel 85 van het Verdrag van Rome een

1 — Vertaald uit het Frans.

geldboete van 190 000 rekeneenheden opgelegd.
Kort tevoren was zij wegens schending van het anti-trustrecht der Verenigde Staten vervolgd. De Grand Jury van het Southern District Court te New York (Federaal Gerechtshof) had haar in september 1968 in staat van beschuldiging gesteld. De ten laste legging omvatte vijf punten (counts); het eerste punt behelsde het verwijt dat zij tussen ultimo 1958 en zomer 1966 door een *concerted action* de binnenlandse en buitenlandse handel van de Verenigde Staten op ontoelaatbare wijze had beperkt en daardoor afdeling I van de Sherman Act had overtreden.
In de tweede plaats werd haar verweten dit zelfde feit — in hetzelfde tijdvak — te hebben begaan met het oogmerk de binnenlandse en buitenlandse handel der Verenigde Staten te monopoliseren, zulks in strijd met afdeling II van de Sherman Act.
Overigens werd haar overtreding van de Wilson Tariff Act verweten alsook verheimelijking — jegens de Amerikaanse gezagsorganen — van een overeenkomst tot aankoop van in Amerika in reserve gehouden kininevoorraden, welk feit een overtreding inhield van afdeling 371 van titel 18 van de Amerikaanse wet.
Gebruikmakend van een door het Amerikaanse strafprocesrecht geboden mogelijkheid liet de firma Boehringer haar vertegenwoordiger bij het Federale Gerechtshof verklaren dat zij zich, wat de beide eerste punten der ten laste legging betreft, schuldig achtte en de ten laste legging in zoverre niet wenste te betwisten („nolo contendere"). Het Openbaar Ministerie liet de aanklacht voor het overige vallen, waarna bedoeld Hof ter zitting van 3 juli 1969 de firma Boehringer voor elk der beide overgebleven feiten een geldboete van 40 000 dollar (totaal 80 000 dollar) oplegde; dit bedrag werd op 11 juli betaald.
De firma Boehringer stelde de Commissie van de Europese Gemeenschappen op 3 september 1969 van deze veroordeling in kennis, met verzoek de in de Verenigde Staten betaalde boete in mindering te brengen op die waartoe de Commissie zelf haar had veroordeeld.
Op 26 september heeft de firma Boehringer Uw Hof voorts in een rechtstreeks aanhangig gemaakt beroep verzocht de beschikking der Commissie nietig te verklaren, subsidiair de haar ingevolge verordening nr. 17 opgelegde geldboete te verminderen met het bedrag dat zij te New York had moeten betalen (zaak 45-69).
In Uw arrest van 15 juli 1970 heeft U dit verzoek om nietigverklaring afgewezen, doch met wijziging van de beschikking der Commissie de geldboete tot 180 000 rekeneenheden verlaagd, dit geschiedde echter niet om de in de Verenigde Staten betaalde boete op die van de Commissies in mindering te brengen.
U hebt namelijk verzoeksters daartoe strekkende vordering van de hand gewezen door te overwegen:

„... dat verzoekster stelt dat de geldboete van 80 000 dollar welke haar door een rechterlijke instantie in de USA ter zake van dezelfde feiten is opgelegd en reeds vóór de bestreden beschikking werd betaald, op het bedrag der litigieuze boete in mindering moet worden gebracht;
... dat deze sancties zijn opgelegd ter zake van mededingingsbeperkingen buiten de Gemeenschap;
... dat derhalve geen termen aanwezig zijn daarmede in dit geding rekening te houden."

Zo behoefde U zich niet uit te spreken over de principiële vraag of een eerdere geldstraf van een rechterlijke instantie in een derde staat op de boete van de Commissie der Europese Gemeenschappen in mindering moet worden gebracht.
U hebt stellig gemeend dat het allereerst op de weg van de Commissie lag op het desbetreffend verzoek een met redenen omklede beslissing te nemen.
De Commissie vond hierin in ieder geval aanleiding het verzoek om aftrek van de Amerikaanse boete, dat Boehringer haar op 3 november 1970 trouwens uitdrukkelijk bevestigde, verder te bestuderen. Na haar vertegenwoordigers te hebben

gehoord en het advies te hebben ingewonnen van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities, heeft de Commissie het bij beschikking van 25 november 1971 verworpen.
Tegen deze beslissing is het onderhavig beroep gericht.
Verzoekster wenst de beschikking der Commissie door Uw Hof in die zin te zien gewijzigd dat de boete van 80 000 dollars waartoe zij bij arrest van de Southern District Court of New York van 3 juli 1969 is veroordeeld, in mindering wordt gebracht op de boete van de Commissie der Europese Gemeenschappen die door Uw Hof bij arrest van 15 juli 1970 op 180 000 rekeneenheden is gesteld; subsidiair concludeert zij tot nietigverklaring van de bestreden beschikking.
Uw Hof heeft ten deze volledige rechtsmacht. U bent bevoegd de feiten opnieuw te beoordelen en een beschikking van een orgaan der Gemeenschap te wijzigen, onder meer door een opgelegde boete te verlagen. De conclusie van verzoekster zou onzes inziens logischer zijn geweest wanneer zij U allereerst zou hebben verzocht om nietigverklaring der volgens haar rechtens en feitelijk onjuist gemotiveerde beschikking en alleen subsidiair om verlaging van het bedrag waarop de boete bij Uw arrest van 15 juli 1970 is gesteld met de boete die door het Amerikaanse Federale Hof is opgelegd.

B — De redengeving van de bestreden beschikking

Aan de U voorgelegde zaak liggen overwegingen van tweeëerlei aard ten grondslag.
Eensdeels zijn zij van algemene strekking, anderdeels werden zij aan de onderhavige casuspositie ontleend.
In de eerste plaats betoogt de Commissie dat waar in het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap zomin als in de verordeningen welke er op het terrein der mededinging uitvoering aan geven enigerlei bepaling voorkomt waarin haar met zoveel woorden de verplichting wordt opgelegd om op boeten krachtens het Gemeenschapsrecht boeten van de nationale rechterlijke instanties in mindering te brengen, zodanige verplichting al evenmin op een algemeen en aan het recht der Lid-Staten gemeenschappelijk beginsel berust. Weliswaar hebt U in het arrest van 13 februari 1969 in de zaak 14-68, Wilhelm e. a. (Jurisprudentie 1969, blz. 1), overwogen dat de Commissie en de Lid-Staten met betrekking tot verboden ondernemersafspraken rekening moesten houden met tevoren wegens dezelfde feiten opgelegde straffen, doch deze verplichting gold slechts bij samenloop van straffen opgelegd krachtens het Gemeenschapsrecht enerzijds en het nationale recht der Lid-Staten anderzijds. Heel anders is het echter volgens de Commissie in geval van samenloop van straffen op grond van Gemeenschapsrecht en krachtens de wettelijke regeling van een derde staat opgelegd.
In de tweede plaats — en subsidiair — heeft de Commissie betoogd dat een eerdere straf alleen in mindering zou moeten worden gebracht wanneer de feiten welke de op het terrein der mededinging gelegen overtreding opleveren en waartegen door de rechterlijke instanties van een derde staat onderscheidenlijk door de Commissie is opgetreden, dezelfde zijn. Deze voorwaarde is in casu niet vervuld: de Amerikaanse rechter heeft straf opgelegd ter zake van gedragingen welke de mededinging in de Verenigde Staten nadelig konden beïnvloeden — c. q. nadelig hebben beïnvloed —, de Commissie een geldboete wegens gedragingen welke beperking van de mededinging op de gemeenschappelijke markt tot doel of tot gevolg hadden.
Verzoekster is het met beide redeneringen oneens.
De eerste reeks overwegingen betreft het beginsel der toerekening en moet dus, logischerwijze, bij voorrang worden besproken; de tweede reeks betreft een vraag welke slechts aan de orde kan komen — en worden besproken — wanneer U de eerste bevestigend beantwoordt.

II — Het „non bis in idem"-beginsel en de regel dat een eerder opgelegde straf in mindering wordt gebracht

1. Probleemstelling

De Commissie geeft verzoekster dadelijk toe dat het niet de doorslag kan geven dat in het geschreven Gemeenschapsrecht nergens de verplichting wordt opgelegd rekening te houden met een geldboete door een nationale rechterlijke instantie opgelegd ter zake van dezelfde feiten welke ook haar — de Commissie — aanleiding gaven een onderneming, welker gedragingen in strijd met artikel 85 van het Verdrag van Rome zijn bevonden, te straffen.

Het gaat er maar om of er, ook zonder zodanig voorschrift, een algemeen rechtsbeginsel bestaat krachtens hetwelk er op de gezagsorganen van de Gemeenschap zodanige verplichting zou rusten.

Het probleem moet echter duidelijker worden gesteld en het juridisch kader der probleemstelling moet zorgvuldig worden afgebakend.

Daartoe dienen allereerst twee rechtsgedachten te worden onderscheiden:

— De eerste, tot uitdrukking komende in het adagium „non bis in idem", vloeit rechtens voort uit het gezag van gewijsde zaak, zoals dat aan een strafrechtelijke uitspraak toekomt; ter zake van één of meer strafbare feiten waarover bij onherroepelijk geworden uitspraak, bij gewijsde, uitspraak is gedaan, kan niet wederom een vervolging worden ingesteld, laat staan een nieuwe veroordeling worden uitgesproken.

— Verzoekster werkt met nog een andere rechtsgedachte die geen verband houdt met het gezag van gewijsde zaak: een eerdere strafrechtelijke uitspraak ter zake van hetzelfde feit of een zelfde overtreding staat aan een nieuwe strafoplegging niet in de weg, doch de vroegere straf moet bij de nieuwe strafoplegging in aanmerking worden genomen. Het gaat hier om overwegingen van billijkheid met betrekking tot de strafmaat.

In de tweede plaats zij opgemerkt dat het beginsel „non bis in idem" en de regel dat een eerdere straf in mindering wordt gebracht van strafrechtelijke signatuur zijn en — onder van staat tot staat verschillende voorwaarden — worden toegepast op strafbare feiten in de zin van de nationale strafwet.

Zoals men weet, impliceert het door de Commissie toegepaste communautaire kartelrecht de oplegging van administratieve strafmaatregelen. Wij dienen derhalve na te gaan of deze strafrechtelijke regels in de eigenlijke zin des woords op dit op zichzelf staand repressiestelsel toepassing mogen c. q. kunnen vinden.

Ten slotte dienen beschouwingen te worden gewijd aan de wijze waarop de regel „non bis in idem" en de regel nopens het in mindering brengen van eerdere straffen in verschillende situaties worden toegepast:

— Kunnen er, om daarmede te beginnen, in de nationale rechtsorde op grond van dezelfde feiten meerdere strafsancties worden toegepast of zelfs meerdere vervolgingen worden ingesteld?

— Vervolgens: welke gevolgen komen, in de betrekkingen tussen twee rechtsorden, aan een eerdere — buitenslands uitgesproken — veroordeling toe wanneer er wegens dezelfde feiten voor een nationale rechterlijke instantie een rechtsvervolging wordt ingesteld?

— In de laatste plaats: kan de regel „non bis in idem" gelden in de verhouding tussen de communautaire rechtsorde en die van een Lid-Staat der Gemeenschap enerzijds, een derde staat anderzijds? Zo neen, moet de eerdere straf dan in mindering worden gebracht op grond van een algemeen rechtsbeginsel?

Het probleem is, zoals men ziet, van samengestelde aard. Bestudering ervan brengt mede dat tot in bijzonderheden moet worden ingegaan op het nationaal recht van de Lid-Staten, op het recht van

de Verenigde Staten alsook op het Gemeenschapsrecht en het internationaal strafrecht.

2. De regel „non bis in idem" in het nationale recht

Uit het strafrecht van de Lid-Staten der Gemeenschap heeft verzoekster gemeend een algemeen beginsel te kunnen afleiden, krachtens hetwelk zij mag verlangen dat het bedrag dat zij in de Verenigde Staten heeft moeten betalen in mindering wordt gebracht op de communautaire boete welke haar krachtens het Verdrag en verordening nr. 17 — inzake de ondernemersovereenkomsten — is opgelegd.

Het lijdt, mijne heren, geen twijfel dat het „non bis in idem"-beginsel, zoals dat uit het gezag van gewijsde zaak wordt afgeleidt, in de nationale rechtsorde van al deze staten niet slechts aan cumulatie van strafoplegging, doch ook aan een nieuwe vervolging ter zake van dezelfde feiten in de weg staat.

Zo wordt in artikel 6, lid 1, van de Franse Code de procédure pénale bepaald: „L'action publique pour l'application de la peine s'éteint... par la chose jugée." Dezelfde regel is te vinden in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht (artikel 68), in de Italiaanse Codice di procedura penale (artikel 90), alsook in de Belgische en Luxemburgse wet.

In de Bondsrepubliek Duitsland is er het Grundgesetz dat, ter bescherming van de rechten der burgers, in artikel 103, Abschnitt 3, bepaalt: „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden."

Wij hebben hier dus te maken met een steeds terugkerend beginsel dat niet slechts voorschrijft dat een eerder opgelegde straf in mindering moet worden gebracht, doch een nieuwe vervolging radicaal verbiedt.

Echter blijkt ons dat deze regel enerzijds alleen binnen de onderscheiden nationale rechtsorden geldt en anderzijds alleen op strafbare feiten van toepassing is.

Ofschoon deze regel aan de Lid-Staten gemeen is en in Duitsland zelfs is verheven tot een grondrecht dat de burger tegen dubbele bestrafting vrijwaart, geldt het daarin besloten liggend verbod om iemand die reeds werd gestraft of bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is vrijgesproken ter zake van hetzelfde feit opnieuw te vervolgen alléén wanneer de eerdere uitspraak afkomstig was van een nationale rechterlijke instantie — zij het dat het Nederlandse strafrecht in dit opzicht een uitzondering vormt —.

In de Bondsrepubliek Duitsland volgt dit onzes inziens uit het arrest van 17 januari 1961 van het Bundesverfassungsgericht — BVerf.GE 12, blz. 66 — NWJ 1961, 867 —, volgens hetwelk het verbod ener nieuwe strafvervolging wegens feiten waarover de rechter reeds uitspraak deed, alleen geldt wanneer de eerdere uitspraak door een Duitse rechterlijke instantie is gedaan.

De op het gezag van gewijsde zaak berustende regel „non bis in idem" staat dus alleen aan een nieuwe strafoplegging door de rechterlijke instanties van het eigen land in de weg.

Anderzijds betreft deze regel strafbare feiten, omschreven in bepalingen met een strikt toepassingsgebied, zodat zij niet met dezelfde gestrengheid kan gelden voor andere repressieve stelsels, met name niet voor administratieve stelsels.

Weliswaar wordt zij, naar analogie van het strafrecht, algemeen van toepassing geacht op het tuchtrecht voor het overheidspersoneel, vooral in Frankrijk en in Duitsland; zij geldt ook voor de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en op grond van een uitdrukkelijk voorschrift, te weten artikel 86, lid 3, van het Statuut, heeft het Hof er toepassing aan gegeven in het arrest van 5 mei 1965, gevoegde zaken 18 en 35-65, Gutmann tegen Commissie (Jurisprudentie 1966, blz. 150).

Daarentegen wordt zij ter zijde gesteld wanneer een en hetzelfde feit behalve een disciplinaire overtreding ook een gewoon strafbaar feit oplevert; veroordeling door de strafrechter staat aan een tuchtrechtelijke vervolging niet in de weg en omgekeerd. Wel kan, naar wij nog zullen zien, in Duitsland in bepaalde gevallen worden gewerkt met de regel dat een eerdere disciplinaire straf op een

commune strafsanctie in mindering moet worden gebracht.
Zo is cumulatie van administratieve en commune straffen steeds mogelijk, zolang het tegendeel niet uitdrukkelijk is bepaald (in die zin de Franse Conseil d'État, 1 februari 1950, Lalanne, Rec. blz. 67).
Dit is een consequentie van het feit dat het tuchtrecht en het strafrecht onafhankelijk van elkander zijn. Om dezelfde reden is cumulatie toegelaten van administratieve strafmaatregelen toegepast wegens hetzelfde feit, doch krachtens verschillende nationale wetten (Franse Conseil d'État, 22 mei 1946, Consorts Mugnaini, Rec. blz. 142, en 18 november 1953, Garrigue, Rec. blz. 499).
In kracht van gewijsde gegane uitspraken van de strafrechter zijn trouwens voor de administratieve gezagsorganen alleen bindend voor zover daarin feiten die anders tot oplegging van een administratieve sanctie kunnen leiden, onjuist worden bevonden.

3. *Het „non bis in idem"-beginsel in de betrekkingen tussen de rechtsorden van verschillende staten*

Wij willen thans nagaan of — en wanneer — de „non bis in idem"-regel toepassing vindt in de verhouding tussen verschillende rechtsorden.
Volgens het nationaal recht van vier van de zes Lid-Staten van de Gemeenschap is thans in beginsel het gezag van gewijsde zaak in negatieve zin erkend, zodat een veroordelend vonnis buitenslands aan een nieuwe strafvervolging in de weg staat. In drie dezer staten, België, Frankrijk en Luxemburg, geldt dit beginsel echter slechts wanneer het feit, althans het voornaamste feit, alleen in het buitenland is begaan. Het territorialiteitsbeginsel leidt, als grondslag van de bevoegdheid van de strafrechter, tot afzwakking van de regel „non bis in idem".
Zo zegt artikel 692 van de Franse Code de procédure pénale: „aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnatoin, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce."
Een vaste jurisprudentie kent echter aan het buitenlandse vonnis geen gevolg toe wanneer de overtreding ook in Frankrijk is begaan. Het staat noch aan een vervolging van de Franse rechter noch aan een nieuwe veroordeling wegens hetzelfde feit in de weg (Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrest van 3 november 1970, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation 1970, no. 285).
Een zelfde oplossing heeft zich in het Belgische strafrecht doorgezet; veroordeling door een buitenlandse rechter staat niet aan een nieuwe vervolging in België in de weg, wanneer de feiten ook in het Koninkrijk zijn begaan (Belgisch Hof van Cassatie, 20 februari 1961, Pas. 1961 I, blz. 664).
In dezelfde zin de Luxemburgse wetgeving.
In Duitsland wordt aan een veroordeling buitenslands geen gezag van gewijsde (in negatieve zin) toegekend, tenzij de Bondsrepubliek daartoe krachtens verdrag gehouden mocht zijn (Maurach, Rapport aan het Colloquium van de Internationale vereniging voor strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1963).
Veroordeling door een buitenlandse rechter maakt dus, althans wanneer het feit krachtens de nationale strafwet strafbaar is, een nieuwe vervolging voor een Duitse rechter niet onmogelijk.
Hetzelfde geldt in Italië, krachtens artikel 7 en volgende van de Codice penale.
Alleen naar Nederlands recht kan de regel „non bis in idem" zonder voorbehoud worden toegepast, om het even of de feiten alleen buitenslands dan wel ook in Nederland zijn begaan (artikel 68, alinea 2, van het Wetboek van Strafrecht).
Behalve in Nederland, blijkt er derhalve in geen dezer staten aan strafvonnissen van een buitenlandse rechter gezag van gewijsde — in negatieve zin — te worden toegekend wanneer de ten laste gelegde feiten ook op het eigen grondgebied zijn begaan.
Dit is een onmiskenbaar gevolg van de territoriale werking van de strafwet en

van de soevereiniteit der staten op een gebied waar deze soevereiniteit het minst gemakkelijk inbreuken gedoogt, namelijk dat van de strafrechtelijk beschermde openbare orde.
De in het nationale recht erkende en toegepaste regel „non bis in idem" blijkt dus volkenrechtelijk allerminst als algemeen rechtsbeginsel te worden aanvaard.
Zo weinig is dit het geval, dat de studies die sedert de oorlog door het Instituut voor internationaal recht en de Internationale vereniging voor strafrecht aan de internationale gevolgen van een strafvonnis werden gewijd, vooral de verschillen tussen de regels welke in de verschillende staten worden toegepast aan de dag hebben gebracht en duidelijk hebben gemaakt tot welke moeilijkheden het leidt wanneer men dubbele strafoplegging geheel wenst te vermijden en bij het hanteren van de regel „non bis in idem" wil komen tot een gemeenschappelijke opvatting.
Zeker, er werden bepaalde resoluties aanvaard — bij voorbeeld op het IXe Internationale Strafrecht-Congres te Den Haag in 1964 (Resolutie III A — 1 a c) —, volgens welke „de negatieve werking van gezag van gewijsde van buitenlandse strafvonnissen in de wettelijke regelingen van alle landen *zou moeten* worden erkend", doch hiermede worden kennelijk slechts vrome wensen onder woorden gebracht, voortgekomen uit overwegingen aan de rechtvaardigheid en de bescherming van individuele belangen ontleend; zij wettigen niet de conclusie dat er zou mogen worden gesproken van een „consensus" van de staten — of van de erkenning van positieve rechtsregels —.
Men moge het betreuren, doch het is niet anders. Alleen door een of meer internationale verdragen zou het probleem tot oplossing kunnen worden gebracht (Spanjaard, Rapport uitgebracht aan het Colloquium van de Internationale vereniging voor strafrecht, Revue internationale de droit pénal 1963, blz. 156).
Zelfs wat het Europees recht betreft, moet ik erop wijzen dat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden — in artikel 6, de processuele waarborgen betreffende — dubbele strafoplegging geenszins verbiedt. Het „non bis in idem"-beginsel wordt er niet genoemd. Weliswaar zou men volgens artikel 53 van de Conventie betreffende het internationaal gezag van strafvonnissen, door de Raad van Europa op 28 mei 1970 opgesteld, na in een Lid-Staat te zijn veroordeeld bij een vonnis waartegen met geen gewoon rechtsmiddel kan worden opgekomen, in een andere Europese staat voor hetzelfde feit niet nogmaals kunnen worden vervolgd, met dien verstande dat de eventueel opgelegde straf moet zijn ten uitvoer gelegd of verjaard, dan wel aan betrokkene gratie moet zijn verleend. Doch in de Conventie worden op het principiële verbod ener nieuwe strafvervolging twee uitzonderingen gemaakt die de draagwijdte ervan zeer beperken:

— enerzijds kan het niet worden tegengeworpen aan staten op welker grondgebied het feit werd begaan of geacht werd te zijn begaan;
— anderzijds geldt het evenmin wanneer het openbaar belang van de staat — in de meest ruime zin — door de overtreding wordt geschonden.

Beter kan men niet onder woorden brengen, dat aan de regel „non bis in idem" tot nu toe in het internationale recht geen dwingend gezag toekomt.

4. Is de regel dat een eerder opgelegde straf in mindering wordt gebracht een algemeen rechtsbeginsel?

Verzoekster betoogt echter dat men ook bij gebreke van een beginsel dat nieuwe strafvervolging verbiedt, op zijn minst in dier voege tegen dubbele strafoplegging dient te zijn gevrijwaard dat de tevoren wegens dezelfde feiten opgelegde straf in mindering moet worden gebracht.
Maar dan zou:

1. deze regel — die volgens verzoekster de regel „non bis in idem" kan vervangen — ook zelf moeten behoren tot de fundamentele rechten en een integrerend deel uitmaken van de al-

gemene rechtsbeginselen welker eerbiediging in de communautaire rechtsorde door Uw Hof wordt verzekerd;

2. dit grondrecht, dat de menselijke persoon op het gebied van de strafoplegging beschermt, bovendien ook voor ondernemingen moeten gelden wanneer het gaat om de bestraffing van handelingen in strijd met de mededinging — welke strafoplegging, naar men weet, tot geldstraffen is beperkt en op de bescherming van de economische openbare orde en van de verbruikers berust —.

Wij zullen dit thans nader onderzoeken.

A — Zelfs naar klassiek strafrecht mag onzes inziens worden betwijfeld of de regel inzake het in mindering brengen van eerder opgelegde straffen als een algemeen rechtsbeginsel kan worden beschouwd.

Het wordt weliswaar in het Strafgesetzbuch van de Bondsrepubliek Duitsland (paragraaf 60, alinea 3) en in de Codice penale van Italië (artikel 138) zonder voorbehoud erkend. Het Bundesverfassungsgericht te Karlsruhe heeft deze regel zelfs toegepast bij samenloop van een vrijheidsstraf krachtens de Wehrdisziplinarordnung en een zelfde straf door een gewone strafrechter wegens dezelfde feiten opgelegd. Doch men heeft deze oplossing kennelijk alleen gekozen omdat het om dezelfde strafsoort ging en met het oog op de bescherming van de individuele vrijheid (arrest van 2 mei 1967).

Doch in de wettelijke regelingen der andere Lid-Staten der Gemeenschap vinden wij de regel niet terug, behoudens dat artikel 13, lid 2, van de Belgische wet van 17 april 1878 „houdende de voorafgaande titel van het wetboek van strafvordering" in geval van een nieuwe veroordeling in België buitenslands ondergane vrijheidsstraffen in mindering wil zien gebracht op gelijksoortige straffen van de nationale rechter. Dit geldt dus alleen voor gevangenisstraf, niet voor geldboeten; bovendien mag volgens vaste jurisprudentie de toerekening achterwege blijven wanneer het feit niet alleen buitenslands, doch ook in België is begaan; artikel 13 dezer wet betreft alleen buitenslands begane en berechte feiten. Wij komen dus tot de slotsom dat het in mindering brengen van een eerder opgelegde straf, ook van een geldstraf, alleen in Italië en in Duitsland een verplichting van de nationale rechter inhoudt. Van een algemeen rechtsbeginsel is geen sprake. Bovendien kan men vragen of artikel 60, alinea 3, van het Strafgesetzbuch wel, zoals verzoekster meent, een grondrecht behelst.

Het blijkt nergens uit. Bij cumulatie van straffen, opgelegd door rechters die tot verschillende rechtsorden behoren, kan verwijziging naar artikel 103 van het Grundgesetz, dat, naar wij zagen, het verbod van nieuwe rechtsvervolging in de binnenlandse rechtsorde betreft, al evenmin baten als een beroep op de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 17 december 1970 inzake het kartel in de kleurstoffenindustrie. Het ging in dit arrest om de exceptie van litispendentie, die door de vervolgde ondernemingen die voor het Bundeskartellamt terechtstonden was opgeworpen omdat ook de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens dezelfde ondernemersafspraak een procedure tegen hen aanhangig had gemaakt. Na als zijn oordeel te hebben uitgesproken dat er in casu geen verbod van dubbele strafvervolging gold, gaf het Bundesgerichtshof geheel vrijblijvend in overweging om — ter vermijding van eventuele cumulatie van strafopleggingen — paragraaf 60 van het Strafgesetzbuch toe te passen, dat wil zeggen bij oplegging van een boete de eerdere straf in aanmerking te nemen.

Het Bundesgerichtshof meende echter dat dit punt niet verder behoefde te worden onderzocht en bracht de vraag niet tot oplossing.

Al zou men het er dus voor houden dat het Bundesgerichtshof in zijn desbetreffende overwegingen een voorlopige voorkeur of zelfs een opvatting heeft neergelegd, dat wil dan nog niet zeggen dat de verplichting de eerdere straf in

aanmerking te nemen als een grondrecht wordt beschouwd.
Ten slotte zij opgemerkt dat het probleem dat in deze uitspraak aan de orde werd gesteld de eventuele cumulatie van een volgens het Gemeenschapsrecht opgelegde straf en de straf van een rechterlijke instantie van een Lid-Staat der Gemeenschap betrof.

B — Om hetzelfde kleurstoffenkartel ging het in Uw arrest 14-68 van 13 februari 1969 inzake Wilhelm e. a., waarin de firma Boehringer voor haar opvatting steun meent te kunnen vinden.
Het Kammergericht te Berlijn (Kartellsenat), rechterlijke instantie in de Bondsrepubliek Duitsland tot kennisneming van kartelzaken bevoegd, had U verzocht om een prejudiciële beslissing inzake de vraag of het, wanneer de Commissie overeenkomstig artikel 14 van kartelverordening nr. 17 een procedure aanhangig heeft gemaakt, met het Verdrag verenigbaar is dat de nationale gezagsorganen op dezelfde feiten de verbodsbepalingen van het Duitse recht toepassen; het Kammergericht, dat voorts wees op het risico verbonden aan een verschillende waardering van dezelfde feiten en op de mogelijkheid van ontwrichting der mededinging op de gemeenschappelijke markt ten nadele van degenen voor wie het Duitse kartelrecht geldt, had hiermede artikel 9 van verordening nr. 17 alsook de artikelen 85 en 5 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap — en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht — op het oog.
Uit de overwegingen van Uw arrest blijkt duidelijk dat artikel 9 van verordening nr. 17 de rechtsmacht der nationale gezagsorganen slechts betreft voor zover zij, bij stilzitten der Commissie, bevoegd zijn artikel 85 van het Verdrag rechtstreeks toe te passen, zodat met artikel 9 niet mag worden gewerkt wanneer zij alleen hun eigen recht toepassen. Het Hof overwoog dienaangaande voorts dat ondernemersafspraken in de desbetreffende bepalingen van het Gemeenschapsrecht en van het nationale recht vanuit verschillende gezichtshoeken worden bezien:

— in artikel 85 gaat het om de belemmeringen welke zij voor de handel tussen Lid-Staten kunnen opleveren en om ongunstige beïnvloeding van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt;

— in de nationale wettelijke regelingen worden zij, op grond van de overwegingen waardoor de wetgevers zich in de onderscheiden staten lieten leiden, alleen in het kader van het binnenlandse recht bezien.

Eén en dezelfde ondernemersafspraak kan dan ook in beginsel aanleiding geven tot twee parallel lopende procedures, aanhangig te maken bij de gezagsorganen van de Gemeenschap — krachtens het Verdrag — en bij de nationale gezagsorganen — krachtens het nationale recht —.
U hebt de regel „non bis in idem" in zulk een situatie dan ook niet toepasselijk geacht; immers cumulatie van vervolgingen is toegelaten. Anderzijds laat U er geen twijfel over bestaan dat conflicten welke van zulk een samenloop tussen het Gemeenschapsrecht en de nationale wettelijke regelingen het gevolg kunnen zijn, steeds in die zin moeten worden opgelost dat het Gemeenschapsrecht voorrang krijgt; voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag is dit uiteraard noodzakelijk.
Na in zoverre zijn standpunt principieel te hebben bepaald, had Uw Hof zich over een verdere vraag van het Kammergericht uit te spreken; het gaat daarin om het gevaar dat er ter zake van dezelfde feiten tweemaal straf zou worden opgelegd, namelijk door de Commissie èn door de nationale rechter.
Cumulatie van vervolgingen geoorloofd achtend op grond van de bijzondere wijze waarop de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten zijn verdeeld, hebt U in de rechtsoverwegingen van Uw arrest vervolgens gewag gemaakt van algemene billijkheidsgronden — zoals die ook in artikel 90, tweede lid, van het Verdrag tot oprichting van de

Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal tot uitdrukking zijn gebracht —, welke medebrengen dat bij bepaling van de straf met eerdere beslissingen van repressieve aard rekening dient te worden gehouden.

Doch deze overweging, die wij niet als ten overvloede gegeven zouden willen beschouwen, maar die anderzijds voor Uw arrest van 13 februari 1969 ook niet onontbeerlijk is, kan onzes inziens slechts worden verstaan wanneer wij haar lezen in samenhang met de vragen welke U krachtens artikel 177 waren gesteld. Met andere woorden, alleen op grond van de bijzondere situatie welke zich kan voordoen wanneer op één en hetzelfde grondgebied naast de Lid-Staten ook de inzake ondernemersafspraken bevoegde organen der Gemeenschap mogen optreden, hebt U de regel dat eerder opgelegde straffen in mindering moeten worden gebracht, aanvaard. Wij menen dat hieruit geen algemeen rechtsbeginsel kan worden afgeleid dat ook zou gelden bij samenloop van vervolgingen c. q. straffen van de organen der Gemeenschap enerzijds en van autoriteiten of rechterlijke instanties van een derde staat anderzijds.

Wegens de nauwe onderlinge samenhang tussen de nationale markten der Lid-Staten en de gemeenschappelijke markt hebt U de mogelijkheid dat een eerder opgelegde straf in mindering zou moeten worden gebracht, aanvaard. Het is echter zonder meer duidelijk dat zich in geval van een eerdere uitspraak in een niet tot de Gemeenschap behorende derde staat een geheel andere situatie voordoet.

C — De geldboete welke men op die van de Commissie in mindering wenst te zien gebracht, werd door een Amerikaanse rechterlijke instantie opgelegd en in verband daarmede verdient het opmerking dat parallelle strafvervolgingen krachtens de wettelijke regeling van een staat enerzijds en de federale wetgeving anderzijds in de Verenigde Staten tot cumulatie van sancties kunnen leiden — en dat ook doen —, ondanks het feit dat in het vijfde Amendment van de federale constitutie wordt bepaald: „nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb", dat wil zeggen ondanks het in de constitutie verankerd principieel verbod van dubbele repressie.

Volgens de Amerikaanse jurisprudentie kunnen er, wanneer één en hetzelfde gedrag met het recht van twee verschillende rechtsorden — namelijk van de Bond en één der verschillende staten — in strijd is, twee verschillende inbreuken worden vastgesteld. De aan het verbod van dubbele strafoplegging inherente voorwaarde dat het om dezelfde feiten moet gaan, moet dan als niet vervuld worden beschouwd. Het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten heeft dan ook uitgemaakt dat „iedere burger van de Verenigde Staten terzelfder tijd burger van een staat of territoir is. Hij is derhalve gehoorzaamheid verschuldigd aan twee soevereine staten en strafbaar wanneer hij de wetten van de ene of de andere staat schendt. Een zelfde gedraging kan een strafbaar feit in de zin van elk van beide wettelijke regelingen opleveren. Het lijdt geen twijfel dat een staat — of beide staten — de dader kunnen straffen zoals zij vermenen te behoren. Toch kan niet worden gezegd dat zulk een dader tweemaal wegens hetzelfde feit is gestraft. Integendeel, *door één en dezelfde gedraging* heeft hij twee overtredingen begaan en terecht wordt hij voor elk van beide overtredingen gestraft. Hij kan dus niet met een beroep op de wegens een dezer feiten opgelegde sanctie aan veroordeling voor het andere feit ontkomen."

Deze uitspraak betrof de vraag of een wet van een staat in strijd is met de constitutie wanneer een nieuwe strafoplegging op grond van het federale recht niet is uitgesloten.

In een andere zaak, Verenigde Staten/ Lanza, heeft het Hooggerechtshof uitgesproken dat een volgens het recht van een staat in kracht van gewijsde gegane veroordeling aan een nieuwe procedure krachtens het federale recht en aan cumulatie van sancties niet in de weg stond.

Het Hooggerechtshof besliste in dezelfde

zin toen een rechterlijke instantie van een der staten volgens het recht van die staat straf had opgelegd ofschoon betrokkene voor dezelfde gedraging reeds krachtens het federale recht was gestraft.
Ofschoon van „dissenting opinions" bleek, is deze jurisprudentie sindsdien bekrachtigd. Zo heeft het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten bij conflict tussen de soevereiniteit van Bond en staten enerzijds en het principieel verbod van cumulatie van sancties anderzijds de soevereiniteit laten prevaleren.
Wij sluiten ons aan bij de opvatting van professor Mestmaecker (Der Betriebsberater, 1968, blz. 1297) dat een in kracht van gewijsde gegane veroordeling op grond van het anti-trustrecht van een staat aan een nieuwe strafoplegging op grond van het anti-trustrecht van een staat aan een nieuwe strafoplegging op grond van het federale recht geenszins in de weg staat, en omgekeerd. Alleen door voortdurend overleg tussen de autoriteiten der staten en de federale gezagsorganen kan dubbele repressie worden vermeden. De regel „non bis in idem" blijkt dus zelfs in een federaal systeem als dat van de Verenigde Staten te wijken voor de souvereiniteits- en territorialiteitsbeginselen, terwijl zelfs het in mindering brengen van de eerder opgelegde straf niet is toegelaten.
D — In haar zuiver strafrechtelijk gefundeerde opvatting ziet verzoekster er voortdurend aan voorbij dat het repressieve stelsel dat het Verdrag van Rome op mededingingsgebied in het leven heeft geroepen, vergeleken met het commune strafrecht, eigen kenmerken vertoont en autonoom is.
Ongetwijfeld hebben de Lid-Staten op economisch gebied de uitoefening van een aantal hunner soevereine rechten aan de instellingen der Gemeenschap overgedragen, doch anderzijds staat al evenzeer vast dat zij niet van zins waren hun bevoegdheden op strafrechtelijk terrein uit handen te geven. Artikel 15 van verordening nr. 17 bevestigt trouwens dat wegens ondernemersafspraken opgelegde boeten geen sancties in de zin van het strafrecht zijn.
Zij worden opgelegd door de Commissie, zij het na een administratieve procedure op tegenspraak die op eerbiediging van de rechten der verdediging gericht is en zij behoren tot de categorie der administratieve sancties.
Deze conclusie, die bovendien in de lijn ligt van Uw jurisprudentie (men zie Uw arresten van 15 juli 1970 inzake het internationaal kininekartel en van 14 juli 1972 in de kleurstoffenzaken), houdt echter niet in dat de communautaire boeten geheel en al aan de regelen van het strafrecht zijn onttrokken.
De handelingen in strijd met de mededinging worden weliswaar in artikel 85 in zeer algemene bewoordingen gedefinieerd en spelen zich af op een bij uitstek technisch terrein, hetgeen aan de Commissie en aan Uw Hof bij hun beoordeling bijzonder veel speelruimte laat; toch hebben wij te maken met een wettelijke begripsbepaling, terwijl wij bovendien een zedelijk bestanddeel — de handelingen moeten „opzettelijk of uit onachtzaamheid" zijn begaan (artikel 15, lid 1, van verordening nr. 17) — kunnen onderkennen alsook een materieel element — de verboden van artikel 85 betreffen overeenkomsten, besluiten of feitelijke gedragingen, waarvan bewijs moet worden bijgebracht —.
Aan de straffen van verordening nr. 17 is een bepaalbaar maximum en minimum gesteld; het legaliteitsbeginsel is er dus op van toepassing.
Zo heeft men kunnen stellen (Lambois, Droit pénal international, Dalloz, 1971) dat naar Gemeenschapsrecht opgelegde geldboeten weliswaar formeel een administratief karakter dragen, doch materieel als strafsancties zijn te beschouwen.
Zij vertonen evenwel oorspronkelijke trekken en beantwoorden aan doelstellingen waaraan wij voor de oplossing van het onderhavig geding beslissende betekenis zouden willen toekennen.
Allereerst treffen zij niet het vermogen van natuurlijke personen, doch dat van ondernemingen, rechtspersonen. Het streven de menselijke persoon tegen tweeërlei repressie — en met name tegen

twee vrijheidsstraffen — te beschermen, speelt hier dus geen rol.
Anderzijds vindt de communautaire regeling inzake de ondernemersafspraken meestal toepassing op multinationale ondernemingen die niet slechts op verschillende nationale markten of op de gemeenschappelijke markt, doch ook op de wereldmarkt optreden.
Bestaat er tussen de Lid-Staten van de Gemeenschap en de Gemeenschap zelf een zodanige interdependentie dat men het onbillijk mag achten dat een zelfde met de mededinging strijdig gedrag behalve tot parallelle vervolgingen ook tot cumulatie van straffen aanleiding geeft, deze billijkheidsverweging weegt minder wanneer deze zelfde gedragingen — om het even of zij tot het aangaan van een overeenkomst leiden of niet — enerzijds de Gemeenschap en alle of sommige Lid-Staten en anderzijds staten buiten de gemeenschappelijke markt raken.
Wat zou er van de verdediging van de doelstellingen van het Verdrag van Rome terechtkomen, indien men zou aanvaarden dat een geldstraf welke door een rechterlijke instantie van een derde staat wegens bepaalde overeenkomsten wordt opgelegd, in mindering moet worden gebracht op de geldboete welke de Commissie ter zake van hetzelfde verboden kartel mocht willen opleggen? Zou het er niet op neerkomen dat de bevoegdheid van de gezagsorganen der Gemeenschap wordt beperkt uit naam van een billijkheidsbeginsel waarvan de betrokken derde staten hunnerzijds wellicht niet willen weten? Mag het er bij voorbeeld voor worden gehouden dat een rechterlijke instantie in de Verenigde Staten waarvoor ondernemingen terechtstaan aan welke de Commissie ter zake van dezelfde ondernemersafspraak reeds een geldboete ex verordening nr. 17 heeft opgelegd, deze geldboete in mindering zal willen brengen op de boete welke zij zelf gaat opleggen?
Zelfs al zou men — onzes inziens in strijd met de huidige juridische realiteit — aannemen dat het in mindering brengen van eerder opgelegde straffen door een algemeen rechtsbeginsel wordt voorgeschreven, dan nog zouden wij menen dat de doelstellingen van het Verdrag en een efficiënt optreden van de gezagsorganen der Gemeenschap het zwaarst moeten wegen. De verplichting tot het in mindering brengen van eerder opgelegde straffen kan jegens een derde staat alleen op een verdrag berusten.
In de tweede plaats lijdt het geen twijfel dat de bevoegdheid om op te treden tegen ondernemingen die met artikel 85 strijdige ondernemersafspraken hebben gemaakt, aan de Commissie is toegekend ter bescherming van de openbare orde op economisch gebied binnen de Gemeenschap.
Zij legt haar geldboeten op ter zake van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of gedragingen welke, naar luid van artikel 85, „de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en *ertoe strekken of ten gevolge hebben* dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst"; de straf moet dus haar rechtvaardiging vinden in de voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt nadelige gevolgen welke deze overeenkomsten, besluiten of gedragingen kunnen hebben — of in concreto reeds hebben gehad —. De „daadwerkelijk of potentieel" intredende territoriale gevolgen zijn een der bestanddelen, ja een noodzakelijk bestanddeel, van de inbreuk.
Vooral op grond van deze overweging moet mijns inziens de stelling dat tevoren door een rechterlijke instantie buiten de Gemeenschap opgelegde straffen in mindering zouden moeten worden gebracht, worden verworpen; wie dit staande wil houden vergeet dat het in zulk een situatie niet om dezelfde feiten gaat en dat er twee inbreuken moeten worden onderscheiden, die elk van beide, zonder voorbehoud, zowel in de rechtsorde van de Gemeenschap als in die van de derde staat strafbaar zijn gesteld.

III — De voorwaarde dat beide veroordelingen dezelfde feiten betreffen niet vervuld

Wij sluiten ons aan bij de Commissie,

volgens welke de identiteit van het strafbare feit op mededingingsgebied anders moet worden beoordeeld dan volgens het klassieke strafrecht.

In materieel opzicht zijn volgens het commune recht strafbaar gestelde feiten, of het nu gaat om misdrijven en delicten tegen personen — doodslag, mishandeling, verwonding — dan wel tegen goederen — diefstal, oplichting —, niet zeer ingewikkeld van aard; het zijn feiten die door een of meer bepaalde daders op een bepaalde tijd en plaats zijn begaan; begripsmatig doen zich hoogstens bij samengestelde feiten een enkele maal moeilijkheden voor, doch de rechter is steeds bevoegd alle feiten te onderzoeken en strafrechtelijk te kwalificeren.

Om het even welke maatstaf men in de jurisprudentie ter vaststelling van deze feitelijke identiteit ook aanlegt, de rechter heeft het feitenmateriaal in zijn geheel te beoordelen.

Heel anders is de probleemstelling op het terrein der internationale kartels, en wel in tweeërlei opzicht:

— Feiten welke de mededinging beperken bestaan in een groot aantal handelingen die zich over een lange periode (maanden of zelfs jaren) uitstrekken en zich op het grondgebied van verschillende staten afspelen; de overeenkomsten tussen ondernemingen dragen, al naar gelang van de besprekingen tussen de leden van het kartel in de verschillende landen en het onderwerp dier besprekingen, een zeer uiteenlopend karakter: afspraken inzake prijzen, territoriale verdeling der markten, exportquota's enzovoort. Daaruit volgt al dadelijk dat de rechterlijk instantie van een der staten op welker grondgebied de afspraak speelt, zich slechts met een deel der overeenkomsten inlaat, dan wel alleen geroepen is tot strafoplegging ter zake van bepaalde — aan alle of sommige ondernemingen ten laste gelegde — gedragingen.

— In de tweede plaats: krachtens het territorialiteitsbeginsel beperken de wettelijke regelingen tegen handelingen die de mededinging beperken hun toepassingsgebied tot het territoir van de staat waar de gevolgen dezer gedragingen zijn vastgesteld; dit geldt ook voor de Gemeenschap: artikel 85, lid 1, van het Verdrag van Rome betreft alleen handelingen welke de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kunnen beperken; en ook de Amerikaanse antitrustwetgeving is, ofschoon zij evenzeer op ongunstige beïnvloeding van de buitenlandse als van de binnenlandse handel der Verenigde Staten betrekking heeft, in haar toepassing territoriaal beperkt; zij betreft alleen voor de mededinging nadelige handelingen welke voor de ondernemers in de Verenigde Staten tot gevolgen leiden.

Al zouden dus dezelfde ondernemingen zich ter zake van hetzelfde feitelijk gebeuren voor een Amerikaanse federale rechter en tegelijkertijd voor de Commissie van de Europese Gemeenschappen moeten verantwoorden, dan nog zouden de bestanddelen van elk van beide inbreuken noodzakelijkerwijze verschillen.

De Amerikaanse rechter kan zich, zolang hij zijn bevoegdheid niet overschrijdt, slechts uitspreken over gedragingen in de zin van de federale wetgeving welke de belangen van de Bond raken; anderzijds kan de Commissie te Brussel, onder controle van Uw Hof, slechts kennisnemen van handelingen welke, naar strekking of gevolgen, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kunnen benadelen. Dat het om dezelfde overeenkomsten gaat, wil nog niet zeggen dat ook de ten laste gelegde feiten dezelfde zijn.

Het heeft daarom volgens mij geen zin in de jurisprudentie van enig land te zoeken naar een in alle gevallen geldige maatstaf om uit te maken of er van dezelfde feiten kan worden gesproken. Ook uit Uw arrest van 13 februari 1969 kan in zoverre geen lering worden getrokken: bij het stellen van de prejudiciële vragen is het Kammergericht er bij wege van veronderstelling van uitgegaan dat het in het door dit rechtscollege te beslechten geschil om „hetzelfde feit" ging, en alleen in die veronderstelling heeft het U om

uitlegging van het Gemeenschapsrecht verzocht. In dit door de nationale rechter uitgezet bestek had Uw Hof zich uit te spreken, niet over de vraag of vorenomschreven premissen juist waren; daarmede mag het Hof zich zelfs niet inlaten.
Hierbij zouden wij het kunnen laten; een eerste analyse heeft onzes inziens geleerd dat het in mindering brengen van een eerder opgelegde straf geen algemeen rechtsbeginsel is dat U zoudt moeten toepassen steeds wanneer er ter zake van ondernemersafspraken twee geldstraffen, onderscheidenlijk door de rechterlijke instantie van een derde staat en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, worden opgelegd; in de tweede plaats achten wij de territoriale werking van een ondernemersafspraak — als bestanddeel van de inbreuk op de mededingingsregelen — doorslaggevend; en deze territoriale werking is noodzakelijkerwijs een andere wanneer enerzijds de Verenigde Staten, als derde land, en anderzijds de gemeenschappelijke markt in geding zijn.
Toch zou ik, om verzoekster het volle pond te geven, nog willen nagaan waarom het in de uitspraak van 3 juli 1969 van de Federal Court of the Southern District of New York onderscheidenlijk in Uw arrest 45-69 van 15 juli 1970 ging. De uitkomst van deze vergelijking zal ons echter slechts aanleiding geven onze opvatting onverkort te handhaven.
Wat was de inhoud van beide beslissingen?
Enerzijds hebben wij te maken met een uitspraak, door een federaal rechtscollege na een procedure waarin gedaagde had verklaard de beide eerste punten van de aanklacht niet tegen te spreken („nolo contendere") ter zake van die niet betwiste feiten gegeven.
Hoewel dientengevolge de feiten, anders dan in een normale procedure, niet geacht kunnen worden volledig te zijn vastgesteld, zal het er op zijn minst voor moeten worden gehouden dat alleen de beide eerste punten van de ten laste legging van het Openbaar Ministerie in aanmerking zijn genomen, doch niet de drie andere punten van de aanklacht — die het Openbaar Ministerie heeft laten vallen —.
Daartegenover staat niet de administratieve beschikking van de Commissie van 16 juli 1969, waarbij aan de firma Boehringer een geldboete is opgelegd, doch Uw arrest van 15 juli 1970: Uw Hof had in deze zaak volledige rechtsmacht en heeft zich dan ook over alle aan verzoekster verweten feiten uitgesproken, enkele dier feiten wel en andere niet bewezen geacht en de beschikking der Commissie gedeeltelijk gewijzigd; Uw arrest is daarvoor dus in de plaats getreden.
Wèlke feiten hebt U aan Uw uitspraak ten grondslag gelegd?
Niet de exportovereenkomst voor de handel met derde landen, de eerste en belangrijkste overeenkomst welke door de leden van het internationaal kininekartel, waaronder de firma Boehringer, is gesloten, doch het gentlemen's agreement tot regeling van het gedrag dezer ondernemingen binnen de gemeenschappelijke markt.
Op grond van een analyse van dit stuk, waarvan verzoekster het bestaan heeft erkend, en van de overweging dat partijen zich over en weer bereid hadden verklaard zich naar dit agreement te gedragen, hebt U uitgesproken dat het „de getrouwe weergave bevat van de wil der leden van het kartel ten aanzien van hun gedrag op de gemeenschappelijke markt"; na voorts te hebben vastgesteld dat schending van het agreement volgens een daarin voorkomend beding „ipso facto" schending van de exportovereenkomst zou opleveren, hebt U vervolgens het gedrag der ondernemingen binnen de Gemeenschap onderzocht.
U hebt vastgesteld dat het gentlemen's agreement de afscherming van iedere nationale markt verzekerde ten behoeve van de producenten der verschillende Lid-Staten en, na weerlegging van verzoeksters argumenten, overwegen dat deze verdeling van nationale markten ten doel had de mededinging en de handel binnen de gemeenschappelijke markt te beperken.
Ten aanzien van de gezamenlijke vaststelling van verkoopprijzen op de niet

verdeelde markten, te weten België, Luxemburg en Italië, hebt U uitgesproken dat zij geëigend was de handel tussen de Lid-Staten nadelig te beïnvloeden en de mededinging op de gemeenschappelijke markt in ernstige mate beperkte — waarbij Uw Hof anderzijds ook heeft overwogen dat niet was komen vast te staan dat verzoekster na mei 1964 in overleg met de andere producenten uniforme prijzen voor haar verkopen naar deze landen heeft berekend —.

Daarentegen hebt U bij gebreke van voldoende bewijzen de ten laste gelegde vaststelling van verkoopquota's binnen de gemeenschappelijke markt na 29 oktober 1962 niet bewezen geacht.

Ten slotte hebt U het aan de Franse leden van het kartel opgelegde verbod synthetische kinine te fabriceren, ongeoorloofd geacht.

En U bent tot de slotsom gekomen dat al deze feiten ertoe strekken of ten gevolge hadden dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd verhinderd, beperkt of vervalst en dus een door artikel 85 van het Verdrag verboden kartel opleverden; U hebt ten slotte de geldboete verlaagd en op 180 000 rekeneenheden gesteld, daarbij enerzijds in aanmerking nemende dat de overwegende invloed welke de firma Boehringer bij het ontwerpen en oprichten van het kartel had uitgeoefend medebracht dat haar een zwaardere boete mocht worden opgelegd dan aan de andere ondernemingen en anderzijds overwegende dat een verlaging der door de Commissie opgelegde boete gerechtvaardigd was in verband met het feit dat de grieven betreffende de verkoopquota's in het tijdvak november 1962 — februari 1965 en de verkoopprijzen in het tijdvak mei 1964 — februari 1965 niet houdbaar waren gebleken.

Op deze vaststellingen berust het gezag van gewijsde zaak en wij menen dat er voldoende uit blijkt dat U alleen gedragingen in aanmerking hebt genomen welke de mededingingsvoorwaarden binnen de gemeenschappelijke markt hadden beïnvloed — c.q. hadden kunnen beïnvloeden —.

Daarentegen betrof de geldboete van 80 000 dollars die door het Federal Court of the Southern District of New York aan verzoekster is opgelegd, de feiten vermeld in de beide eerste, niet betwiste, punten van de ten laste legging: handelingen van verzoekster die op Amerikaans grondgebied tot gevolgen hebben geleid — waarbij met name moet worden gedacht aan de overeenkomst betreffende de export naar derde landen —:

— het kunstmatig hoog houden van de prijzen der uit de kinabast gewonnen produkten op de binnenlandse markt van de Verenigde Staten, het in gevaar brengen van de mededinging tussen Amerikaanse importeurs en wederverkopers en belemmeringen van de mededinging tussen fabrikanten op de binnenlandse markt der Verenigde Staten;

— de gevolgen van het zogenaamde „stockpile agreement" — betreffende de aankoop van kinine uit Amerikaanse strategische voorraden;

— en ten slotte: de overeenkomsten tot gemeenschappelijke aankoop van kinabast (barkpool).

Opgemerkt zij dat er bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen deze beide laatste overeenkomsten, welke het verkoopbeleid binnen het kartel betroffen, geen enkel bezwaar is ingebracht.

Het blijkt alleen om de gevolgen van verzoeksters gedragingen op Amerikaans grondgebied te gaan. Niets wettigt de veronderstelling dat het Amerikaanse Federale Hof bij oplegging van een geldboete aan de firma Boehringer ook tegen andere anticoncurrentiële gedragingen heeft willen optreden.

U hebt dan ook in het arrest 45-69 overwogen dat de strafoplegging in Amerika ter zake van „mededingingsbeperkingen buiten de Gemeenschap" is geschied.

Voorts zij gezegd dat het dossier geen enkele opheldering verschaft over de vraag of de Commissie, ter bepaling van het bedrag der aan verzoekster — en aan de andere leden van het vervolgde kartel — opgelegde boete rekening heeft ge-

houden met de geldelijke voordelen welke deze ondernemingen alleen op de gemeenschappelijke markt of op de wereldmarkt hadden behaald. Tijdens de mondelinge behandeling kon op deze vraag geen duidelijk antwoord worden verkregen; het staat echter vast dat de sancties alleen de gedragingen hebben betroffen welke op de gemeenschappelijke markt tot gevolgen hebben geleid en dat de boete die aan de betrokken ondernemingen zijn opgelegd ruimschoots beneden het maximum van verordening nr. 17 zijn gebleven.

Ook zij in herinnering gebracht dat de vertegenwoordigers van de firma Boehringer in antwoord op een in 1966 door het Bundeskartellamt gestelde vraag hebben verklaard zich niet nader te kunnen uitlaten over de kinine-exporten naar de voornaamste afzetlanden ieder afzonderlijk, omdat de overeenkomsten de leden van het kartel alleen ten aanzien van de totale exporten tot uitwisseling van inlichtingen verplichtten; de gegevens per land had verzoekster dus niet in haar bezit.

Wij concluderen dan ook dat het door de firma Boehringer in de zaak 7-72 ingestelde beroep moet worden verworpen en dat de kosten te haren laste dienen te worden gebracht.