CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 21 JUNI 1979 [1]

Mijnheer de president,
mijne heren rechters,

1. 's Hofs bevoegdheid tot kennisneming van deze zaak wordt in artikel 36 van het EGKS-Verdrag geregeld. Dat wil zeggen dat het Hof *in volle omvang* bevoegd is: enerzijds heeft het zich uit te spreken over de rechtmatigheid van een beschikking d.d. 30 mei 1978, waarbij de Commissie de vennootschap „Metallurgica Luciano Rumi S.p.A." te Bergamo een boete heeft opgelegd, anderzijds heeft het echter ook te beoordelen of het boetebedrag — 65 135 RE — als passend is te beschouwen.

De Commissie nam haar beschikking omdat de firma Rumi in strijd zou hebben gehandeld met artikel 60, lid 2, van het EEG-Verdrag — betreffende de openbaarmaking van de prijsschalen en verkoopvoorwaarden, door de ijzerindustrieën op de gemeenschappelijke markt toegepast — dan wel met de ter uitvoering van dit voorschrift vastgestelde algemene bepalingen (met name de beschikkingen nrs. 30/53 en 31/53 van de Hoge Autoriteit d.d. 2 mei 1953 met betrekking tot de praktijken welke krachtens artikel 60, lid 1, van het Verdrag verboden zijn respectievelijk met betrekking tot de wijze waarop de door de ondernemingen van de staalindustrie toegepaste prijsschalen en verkoopvoorwaarden openbaar dienen te worden gemaakt, zoals laatstelijk door de Commissie gewijzigd in haar beschikkingen nrs. 72/440 en 72/441/EGKS van 30 december 1972).

De firma Rumi wordt met name aangewreven dat zij op 28 april 1977 met de Franse firma Descours & Cabaud te Lyon een overeenkomst zou hebben afgesloten tot levering van een zeer grote hoeveelheid betonijzer tegen vaste prijzen lager dan die welke op de destijds geldende prijslijst der onderneming waren vermeld; van een en ander was de Commissie gebleken tijdens een in juni bij de vennootschap verrichte controle. Blijkens een reeks facturen betreffende bestelling G 20 RM van voormelde afnemer d.d. 28 april 1977 zou er volgens de Commissie 458 998 933 lire te weinig zijn berekend, terwijl er met de onregelmatige verkopen een gezamenlijke waarde van 1 678 688 435 lire gemoeid was. In haar beschikking van 30 mei 1978 heeft de Commissie verklaard bij de vaststelling van het boetebedrag de aard der inbreuken, het te weinig berekende bedrag, de omstandigheden waaronder de inbreuken zijn begaan alsook de draagkracht der onderneming in aanmerking te hebben genomen.

Met haar op 22 juni 1978 ingediend beroepschrift heeft de vennootschap Rumi om nietigverklaring van de bestreden beschikking, althans om wijziging dier beschikking (i.e. verlaging van het boetebedrag) — met veroordeling van de Commissie in de kosten van het geding — verzocht. Zij voert daartoe aan dat er wezenlijke vormvoorschriften zouden zijn geschonden, dat de beschikking onvoldoende met redenen zou zijn omkleed, dat het Verdrag, met name zijn artikel 60, lid 2, letters *a* en *b* kennelijk zou zijn miskend, dat men overmacht als verontschuldigingsgrond niet tot toepassing heeft doen komen en dat er misbruik van bevoegdheid zou zijn gemaakt. Ik wijs er evenwel op dat de motiverings-

1 — Vertaald uit het Italiaans.

klacht ten nauwste samenhangt met bepaalde argumenten, door verzoekster gebezigd in verband met een grief die onder het hoofd „kennelijke miskenning van het Verdrag" moet worden gebracht. Het verdient dan ook aanbeveling deze formele grief na bedoelde argumenten te bespreken.

2. Verzoekster betoogt dat de bepaling welke afwijking van de prijslijst in opwaartse of benedenwaartse richting verbiedt, gezien de tekst van artikel 60, de logica welke erin besloten ligt en de doeleinden welke men met openbaarmaking der prijslijsten wilde nastreven, bezien in het licht van 's Hofs jurisprudentie, uitsluitend betrekking heeft op transacties welke op één lijn mogen worden gesteld. Maar volgens verzoekster is het door haar voor de Franse markt geproduceerde hechtijzer Fe E 45 een ander produkt dan alle andere — en voor andere markten van de Gemeenschap geproduceerde — soorten betonijzer, terwijl er op andere markten ook geen afzet voor is. Voorts zou zij in Frankrijk één enkele afnemer hebben, van wie de bestelling van 28 april 1977 afkomstig was. Een en ander zou medebrengen dat er, wat het hierbedoelde betonijzer betreft, van vergelijkbare transacties niet kan worden gesproken. Zij wijst er in dit verband op dat in voormelde beschikking 31/53 van de Commissie, zoals bij beschikking 72/440 gewijzigd, als in de zin van artikel 60, lid 1, gelijksoortig zijn aangemerkt „transacties, gesloten met kopers, die onderling in concurrentie staan"; de bijzondere aard van het produkt zou er evenwel toe leiden dat er in casu van kopersconcurrentie in het geheel geen sprake is. Verzoekster concludeert dat er in de bestelling G 20 RM van 28 april 1977 (en in de bestelling G 21 RM van 2 mei 1977, die erop gevolgd is) geen schending besloten ligt van de verplichting tot openbaarmaking der prijzen, zoals die in artikel 60, lid 2, van het EGKS-Verdrag besloten ligt, en wel zulks om de eenvoudige reden dat zodanige verplichting met betrekking tot het hierbedoelde produkt niet zou hebben bestaan.

Aldus redenerend wil verzoekster met name bewijzen dat de bestreden beschikking met het Verdrag in strijd is. Maar ook voor zover het beroep de formele aspecten van de bestreden handeling betreft — en in zoverre wordt de Commissie alleen maar verweten dat ze in de redengeving harer beschikking voormelde feiten en hun juridische relevantie geheel buiten beschouwing heeft gelaten — zou deze redenering moeten worden gevolgd.

Het Hof heeft reeds uitgemaakt dat de Commissie bij de redengeving van een handeling niet op alle door betrokkenen aangevoerde argumenten en feiten behoeft in te gaan. Zij kan er mee volstaan de aan haar beschikking ten grondslag liggende feitelijke en juridische overwegingen zo duidelijk uiteen te zetten, dat de gedachtengang der Commissie eruit blijkt. Niet alle door verzoekster ingeroepen omstandigheden van feitelijke of juridische aard schijnen in casu tot goed begrip van de redenering die aan de bestreden beschikking ten grondslag ligt, relevant. Mocht de redenering rechtens of feitelijk onjuist zijn, dan kan dat aanleiding geven tot een materiële en niet tot een puur formele grief; dit geldt temeer als het formele middel ten opzichte van een middel dat kennelijke schending van het Verdrag inhoudt, niet als werkelijk zelfstandig kan worden aangemerkt. Laatstgenoemd middel zal moeten worden onderzocht: van onvoldoende motivering lijkt geen sprake te zijn.

3. Ter beoordeling van de juistheid van verzoeksters stelling dat bij een speciaal produkt de prijs niet zou behoeven te

worden gepubliceerd, willen wij allereerst trachten vast te stellen waartoe zulk een publikatie dient.

Volgens artikel 60, lid 2, van het EGKS-Verdrag moeten de prijsschalen en verkoopvoorwaarden, welke door de ijzerindustrieën worden toegepast, in de mate en in de vorm welke door de Hoge Autoriteit worden voorgeschreven, openbaar worden gemaakt, zulks ter verzekering van de naleving van het in hetzelfde artikel 60, lid 1, omschreven verbod van gedragingen in strijd met de artikelen 2, 3 en 4 van het Verdrag (met name: oneerlijke concurrentiepraktijken en discriminerende praktijken).

Met publikatie wordt dus in hoofdzaak beoogd te voorkomen dat de ondernemingen hun afnemers discriminerend behandelen: zij strekt ertoe „de gebruikers in staat te stellen de kwaliteit te beoordelen en nauwkeurig de prijs van de produkten te berekenen welke zij wensen te kopen, alsmede de offerten van verschillende leveranciers met elkaar te vergelijken", zoals het in de considerans van de beschikking 31/53 van de Hoge Autoriteit, vastgesteld ter uitvoering van genoemd artikel 60, lid 2, heet.

Dat er thans maar één afnemer is sluit de mogelijkheid van latere uitbreiding van de klantenkring niet uit. Verzoekster kan er zich dus niet ten exceptieve op beroepen dat het voor Frankrijk bestemd betonijzer door haar aan één enkele firma wordt verkocht (de Commissie heeft het trouwens betwist). Bovendien kan in voornoemde passage van beschikking 31/53 worden gelezen dat met publikatie van de prijsschalen ook moet worden tegemoet gekomen aan de wezenlijke behoefte aan een transparente markt; en van markttransparentie is sprake in zoverre als op de prijslijst van iedere afzonderlijke onderneming het gehele door haar normaliter geproduceerde assortiment figureert. Slechts dan kunnen werkelijke en potentiële kopers van het betonijzer dat door Rumi aan zijn Franse afnemer wordt verkocht c.q. met dit laatste betonijzer kan worden vergeleken, „de offerten van verschillende leveranciers met elkaar ... vergelijken", zoals het in beschikking 31/53 van de Hoge Autoriteit wordt gezegd.

Verzoekster was derhalve gehouden het omstreden produkt op haar prijslijst te vermelden. Het wordt niet anders indien men zich op het standpunt stelt dat de verplichting tot openbaarmaking der prijsschalen door de vergelijkbaarheid der handelstransacties wordt geconditioneerd. In zoverre verdient opmerking dat er van niet-vergelijkbaarheid slechts kan worden gesproken met betrekking tot verkoopcontracten die wezenlijk verschillen van die welke door dezelfde leverancier plegen te worden aangegaan. Van transacties welke zich niet lenen voor vergelijking met die welke volgens de prijslijst moeten worden afgesloten, kan dan ook slechts worden gesproken bij éénmalige, bij wijze van uitzondering door de onderneming aangegane contracten: in die zin beschikking 1/54 van de Hoge Autoriteit (PB EG 1954, blz. 217). Dit gaat stellig niet op voor de onderhavige, door verzoekster met haar Franse afnemer aangegane contracten die, gezien de bijzondere kenmerken van het verkochte produkt, in het bestek van de verkoopsactiviteiten der onderneming geenszins een uitzondering vormden, doch — althans in het bestek van de duurzame relaties die de firma Rumi met de Franse markt onderhoudt — als normaal zijn te beschouwen.

Verschillen welke het door verzoekster voor haar Franse afnemer geproduceerde betonijzer mocht vertonen, houden uitsluitend verband met de verscheiden aard der nationale technische voorschriften, terwijl de wezenlijke kenmerken van het produkt dat, onverschillig waar het verkocht wordt, dezelfde functie moet vervullen, er kennelijk niet door worden be-

roerd. De Commissie heeft betoogd dat het door de firma Rumi in Frankrijk verkochte betonijzer, wat betreft zijn wezenlijke functies — en met name qua spankracht en treksterkte — zeer wel kan worden vergeleken met de soorten betonijzer welke dezelfde firma in Italië verkoopt. Verzoekster heeft dit niet betwist; zij bleef er echter bij dat het in Frankrijk verkochte produkt niet slechts vanwege zijn merk, doch ook op grond van bepaalde geometrische eigenschappen een onderscheiden karakter zou vertonen.

Er kan uiteraard geen sprake van zijn dat het merk van een produkt het onvergelijkbaar zou kunnen maken met andere produkten die in hoofdzaak dezelfde technische eigenschappen vertonen, terwijl er ook eenzelfde gebruik moet van worden gemaakt. Men zou zich ook al te gemakkelijk aan de in artikel 60 van het EGKS-Verdrag omschreven verplichtingen kunnen onttrekken. En de geometrische eigenschappen kunnen alleen van belang zijn voor zover zij functionele eigenschappen van het produkt beïnvloeden; daarvan is in casu niets gebleken.

De vraag of de verkopen van het door Rumi gefabriceerde betonijzer Fe E 45 in Frankrijk zijn te beschouwen als exceptionele transacties — waarvoor men niet gebonden zou zijn aan de prijzen, vermeld op de behoorlijk door de onderneming openbaar gemaakte prijsschaal — dient mijns inziens derhalve ontkennend te worden beantwoord. Daarmede ontvalt tevens de grondslag aan verzoeksters stelling dat zij voor het onderhavig produkt in het geheel niet tot publikatie der toegepaste prijsschalen verplicht zou zijn geweest.

4. Ter adstructie van het middel dat artikel 60, lid 2, van het EGKS-Verdrag kennelijk werd miskend, volgt verzoekster nog een andere redenering: haar prijslijst zou als gevolg van de uitzonderlijke marktsituatie volkomen zijn achterhaald, zodat haar geen verkopen tegen van de lijst afwijkende prijzen, doch hoogstens schending van de verplichting tot openbaarmaking van een nieuwe lijst zou kunnen worden verweten. Maar wegens schending dier verplichting zou haar geen straf kunnen worden opgelegd, omdat er overmacht in het spel was: vanwege de crisissituatie in de hierbedoelde sector was het destijds niet mogelijk een prijs langer dan twee dagen gestand te doen: op basis van een bepaalde prijs aangegane besprekingen plachten vanwege de wijzigingen welke zich inmiddels in de marktsituatie hadden voorgedaan, te leiden tot contracten waarbij men het over een andere prijs eens werd.

Dit door de firma Rumi reeds tijdens de administratieve behandeling gebezigde argument is door de Commissie in de considerans der bestreden beschikking verworpen; de Commissie wees er onder meer op dat de prijsschalen en verkoopvoorwaarden volgens artikel 4 van beschikking nr. 31/53 ten vroegste twee dagen, nadat zij aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen zijn toegezonden, van kracht worden, en dat deze bepaling eveneens voor wijzigingen der prijsschalen geldt. De firma Rumi had dus een op de marktsituatie afgestemde nieuwe prijsschaal moeten — en kunnen — publiceren. Het zou alleen het bezwaar hebben gehad dat de ondertekening van het contract er twee dagen zou door zijn vertraagd.

Een wijziging van de prijslijst mag zeker niet worden verondersteld, i.e. afgeleid uit de prijzen welke bij de afzonderlijke verkooptransacties worden berekend. De lijst kan de eraan toegedachte functie, te weten zorgen voor een doorzichtige marktsituatie aan aanbodszijde, alleen vervullen zolang zij expliciet geformuleerd en openbaar gemaakt wordt. Dit verklaart waarom de Commissie tot kennisgeving van de prijsschalen — en van alle wijzigingen dier schalen — verplicht

is. In die zin 's Hofs arrest van 17 december 1979, gewezen in de zaak 1/59, Macchiorlatti Dalmas, waarin werd overwogen dat „elke afwijking van de prijzen van de prijsschaal een overtreding betekent van de regels omtrent de openbaarmaking, zelfs indien deze afwijking op gelijke wijze wordt toegepast op alle onderling vergelijkbare transacties en hierdoor op zichzelf nog geen overtreding oplevert van het discriminatieverbod" (Jurispr. 1958-1959, blz. 458).

Verzoekster beroept zich voorts op overmacht en stelt dat een grondbeginsel van iedere rechtsorde meebrengt dat men in uitzonderlijke situaties voor normale omstandigheden geldende regels niet behoeft na te leven. De beschikking der Commissie zou niet rechtsgeldig zijn omdat het overmachtsbeginsel niet in aanmerking werd genomen, en met name niet omdat zij voorbij zou gaan aan de in concreto gebleken onmogelijkheid om, in een ernstige crisissituatie, de marktschommelingen van dag tot dag te volgen en in voor publikatie bestemde prijsschalen te verdisconteren. Bij gebreke van een minimale marktstabiliteit gaat het volgens verzoekster niet aan openbaarmaking van de voortdurende wijzigingen der prijslijsten te verlangen.

Mijn inziens dient een beroep op overmacht welke niet-nakoming van de kennisgevingsplicht zou rechtvaardigen, wel te worden onderscheiden van de redenering dat nakoming van de kennisgevingsverplichting in een situatie van telkens nieuwe prijswijzigingen niet zozeer objectief onmogelijk als wel praktisch nutteloos zou zijn.

Wat eerstbedoelde kwestie betreft: het komt mij onnodig voor een nieuwe bespreking te wijden aan de netelige vraag naar het bestaan van een algemeen communautair overmachtsbeginsel — en naar de inhoud van dat beginsel —; in mijn conclusie in de zaak 68/77, IFG/Commissie (Jurispr. 1978, blz. 371 e.v., inz. 380) vond ik gelegenheid hierop in te gaan. In casu meen ik te mogen volstaan met erop te wijzen dat verzoekster geenszins heeft aangetoond dat het haar onmogelijk is geweest de wijziging van haar prijslijst ter kennis van de Commissie te brengen — zij had het tenminste twee dagen vóór afsluiting van het bestreden contract moeten doen —; integendeel: zij geeft zelf toe dat zij tot zodanige kennisgeving — met twee dagen uitstel van de ondertekening van het contract — in staat zou zijn geweest, als zij zich er rekenschap van had gegeven dat zodanige kennisgeving noodzakelijk was, wilde zij het gemeenschapsrecht niet schenden.

Wat het tweede punt betreft: gezegd moet worden dat de mededeling aan de Commissie van alle wijzigingen der prijslijsten in een verwarde situatie die telkens opnieuw tot wijzigingen der prijzen leidt, de eraan toegedachte functie (te zorgen dat de markt even transparant blijft als in een periode van betrekkelijke stabiliteit) niet kan vervullen. Deze overweging legt evenwel alleen maar gewicht in de schaal voor zover men wil stellen dat de firma Rumi door haar handelwijze de markt geringere schade heeft toegebracht, en vermag het achterwege laten van de kennisgeving niet te rechtvaardigen; de verplichting de Commissie van wijzigingen der prijsschalen op de hoogte te stellen ligt ten duidelijkste in het Verdrag en zijn uitvoeringsbeschikkingen besloten. Ook een beroep op goede trouw baat de onderneming niet, zelfs niet al mocht de Commissie, zoals verzoekster stelt, in het verleden een tolerante houding hebben aangenomen — waarop zij ook in casu had gerekend —. Alleen bij de bepaling van het boetebedrag kunnen zulke feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen.

5. Tenslotte een enkel woord over de aan de Commissie verweten overschrijding van rechtsmacht. Deze — niet verder uitgewerkte — grief deed verzoekster berusten op de overweging dat het omstreden contract werd ondertekend vlak voordat de Commissie haar beschikking van 4 mei 1977, nr. 962/77/EGKS „tot vaststelling van minimum prijzen voor bepaalde soorten betonijzer" heeft vastgesteld, terwijl er prijzen werden berekend die beneden bedoelde minima bleven. De Commissie zou de bij die beschikking voorgeschreven criteria ook voor een tevoren afgesloten handelstransactie hebben willen doen gelden, i.e. haar, verzoekster, wegens een rechtmatige handelswijze straffen, hetgeen als misbruik van bevoegdheid zou zijn te beschouwen.

Uit niets blijkt de juistheid van verzoeksters uitgangspunt: de Commissie heeft noch tijdens de administratieve behandeling noch ten processe haar beschikking nr. 962/77 ter sprake gebracht, en de boete is opgelegd wegens schending van het onderhavig artikel 60 van het Verdrag. Ter beoordeling van de rechtmatigheid der op 30 mei 1978 ten aanzien van de firma Rumi genomen individuele beschikking dient derhalve te worden nagegaan of artikel 60 op de juiste wijze wordt uitgelegd en toegepast; van de gestelde overschrijding van rechtsmacht is geen spoor te vinden.

6. Subsidiair heeft verzoekster — ten betoge dat artikel 60 zou zijn geschonden — nog een derde argument aangedragen. In de bestreden beschikking zou de in dat artikel onder 2, letter *b*, omschreven mogelijkheid de verkoopprijs te verlagen teneinde de ondernemingen in staat te stellen zich naar de prijzen der concurrenten te richten, buiten beschouwing zijn gelaten. In die bepaling is de mogelijkheid voorzien lagere prijzen te berekenen dan in de prijsschaal zijn voorzien, met dien verstande dat zij „het bedrag, dat het mogelijk maakt de aanbieding in overeenstemming te brengen met de prijsschaal, opgesteld op grondslag van een ander punt, dat aan de koper de gunstigste voorwaarden biedt op de plaats van levering" niet mogen overschrijden. Tijdens de voor de Commissie gevoerde administratieve procedure had Rumi gesteld dat de prijzen, door haar berekend voor de transacties bedoeld in de mededeling van de punten van bezwaar, op één lijn lagen met die welke andere producenten in de Gemeenschap, met name de firma's Feralpi en IRO, voor soortgelijke transacties in rekening brachten. Nog in haar telex van 17 april 1978 wees verzoekster er de Commissie op dat zij voor die prijsaanpassing gebruik gemaakt had van de haar „door de concurrenten gedane mededeling van de op hun prijslijst voorkomende basisprijzen", welke mededeling door de Commissie vervolgens in haar publikatie „Gietijzer en staal" zou zijn bevestigd. Vervolgens stelt zij een hogere basisprijs te hebben berekend dan de basisprijs van de concurrent, en wel zulks „door een volgens Zimmermann, Preisdiskriminierung, blz. 310, geoorloofde gedeeltelijke aanpassing: de ten deze overeengekomen prijs lag hoger dan de consignatieprijs van de concurrent waarnaar wij ons richten. Zo ging voor onze omstreden verkopen in Frankrijk onze basisprijs (voor de verschillende Franse zones onderscheidenlijk 162 917 en 153 965 lire) de volgens Feralpi's prijslijst te berekenen basisprijs 152 500 lire te boven, waardoor ook de eindprijs hoger werd."

Tevoren, tijdens de hearing van 12 april 1978, had de als voorzitter fungerende ambtenaar der Commissie onder meer gesteld dat „het voornemen tot aanpassing over te gaan bij de afsluiting van een overeenkomst moet blijken." In overeenstemming hiermee is in de bestreden beschikking allen maar gesteld dat de firma Rumi met betrekking tot de hierbedoelde contracten niet schriftelijk had te kennen gegeven dat zij zulk een prijsaanpassing beoogde, waarmede aan bedoelde aan-

passing een wezenlijk element ontbrak. Op de ten deze gerezen vraag behoefde derhalve niet te worden ingegaan.

In de redengeving harer beschikking heeft de Commissie slechts opgemerkt dat de firma Rumi op het tijdstip van controle van de beoogde aanpassing geen gewag had gemaakt. Naderhand zou zij zich *alsnog* op zodanige aanpassing hebben beroepen — ter rechtvaardiging van een gedragslijn die in werkelijkheid door heel andere overwegingen was ingegeven —.

Het komt mij evenwel voor dat, mochten de door Rumi vastgestelde en berekende prijzen, getoetst aan de in artikel 60 omschreven aanpassingsmaatstaf en het prijsniveau der concurrenten in aanmerking genomen, objectief gerechtvaardigd blijken te zijn, het enkele feit dat zij bij afsluiting van de contracten niet met zoveel woorden heeft te kennen gegeven dat zodanige aanpassing in haar bedoeling lag en er bij controle ook niet over heeft gesproken, de overeengekomen prijs niet volkomen ongeoorloofd kan maken.

De in genoemd artikel 60, onder 2, letter *b,* omschreven aanpassingsbevoegdheid strekt ertoe de verschillende ondernemingen in hun relaties met de afzonderlijke afnemers in staat te stellen het hoofd te bieden aan de mededinging van andere ondernemingen. De Hoge Autoriteit heeft er in haar rapport van 1953 over de instelling van de Gemeenschappelijke Staalmarkt op gewezen dat de mededinging zich, dankzij het aanpassingscriterium, daadwerkelijk tot de gehele gemeenschappelijke markt kan uitstrekken, immers iedere onderneming wordt in staat gesteld om, het andere basistarief van de concurrent in aanmerking genomen, in diens verkoopszone te verkopen. De hierbedoelde bevoegdheid is dan ook niet uitsluitend ter bescherming van particuliere belangen, doch in het algemeen belang geschapen. En voor zover zij het verbod tot afwijking van de prijslijst inperkt, is er van een — in restrictieve zin uit te leggen — uitzonderingsbepaling geen sprake.

7. Wij willen thans nagaan in hoeverre de Commissie met haar stelling dat de bedoeling tot prijsaanpassing bij afsluiting van het contract met zoveel woorden moet worden gemanifesteerd, het gelijk aan haar zijde heeft.

Een verplichting als hier bedoeld wordt in het geldende recht nergens duidelijk en ondubbelzinnig omschreven, evenmin als de verplichting om uit handelsdocumenten en boekhoudkundige bescheiden te doen blijken dat zulk een aanpassing heeft plaatsgevonden. Verweerster bracht artikel 1 van beschikking 14/64 van de Hoge Autoriteit ter sprake, volgens hetwelk de ondernemingen verplicht zijn „toereikende boekhoudkundige en commerciële bescheiden ter beschikking te stellen van de door de Hoge Autoriteit met verifiërende of controlerende taken belaste personen." De Commissie leidt hieruit af dat uit de stukken moet blijken hoe met name een volgens het aanpassingscriterium gevormde prijs tot stand is gekomen. Dit zou ook in de lijn liggen van 's Hofs arrest van 12 juli 1962, gewezen in de zaak 16/61, Acciaierie, Ferriere e Fonderie di Modena, Jurispr. 1962, blz. 531, volgens hetwelk er bij zodanige aanpassing met „bekende en controleerbare gegevens" moet worden gewerkt. Aan die eis zou volgens de Commissie volkomen te kort worden gedaan, indien het de ondernemingen zou vrijstaan zich niet aan gepubliceerde prijzen te houden, om naderhand te komen aandragen met het argument dat zij hun prijzen hadden aangepast.

Het gaat mijns inziens evenwel niet op dat de noodzaak om van prijsaanpassing uitdrukkelijk melding te maken zou kunnen worden afgeleid uit voormelde verplichting tot vermelding van de prijs (resulterend uit een regeling welke omtrent de te volgen methode geen opheldering

verschaft), laat staan uit de verplichting *andere* verkoopvoorwaarden (i.e. voorwaarden, niet de prijs betreffende) te vermelden. Mijns inziens zou een formele verplichting, op welker niet-naleving boete staat, slechts kunnen worden afgeleid uit een duidelijke bepaling, welke men in casu tevergeefs zoekt.

Ontbreekt een algemene bepaling, dan kan verweerster niet komen aandragen met de circulaire van de Hoge Autoriteit van 20 december 1962. Behalve dat het om een niet bindende handeling ging — voornamelijk bedoeld om de ondernemingen op de hoogte te stellen van 's Hofs voormeld arrest van 12 juli 1962, gewezen in de zaak 16/61 — hield die circulaire impliciet de erkenning in dat er van een rigoureuze formele verplichting — als in casu door verweerster bedoeld — geen sprake was. De Hoge Autoriteit heeft er bij de ondernemingen alleen maar krachtig op aangedrongen dat zij bij verkopen tegen aangepaste prijzen, op hun verkoopbevestigingen melding zouden maken van de prijslijst waarop de aanpassing was toegepast, zulks ter vermijding van latere moeilijkheden en/of geldboeten.

Toen het uitvoerend orgaan van de Gemeenschap voormelde circulaire deed uitgaan, schijnt het de ondernemingen niet de mogelijkheid te hebben willen onthouden gegevens over te leggen ten bewijze dat een korting, welke zij bij wijze van aanpassing op de prijzen, op de lijst vermeld, hadden toegepast, ook zonder dat er bij de afsluiting van een contract over was gesproken ook werkelijk als aanpassing bedoeld was.

Tot staving van haar zienswijze beroept verweerster zich op het reeds genoemde arrest van 12 juli 1962, gewezen in de zaak 16/61. Volgens dat arrest is „het recht op aanpassing een uitzondering ... op het beginsel dat de prijzen aan de prijsschalen moeten beantwoorden, doch [mag] dit beginsel niet van iedere werking ... worden beroofd doordat de openbaarheid wordt tenietgedaan door aanpassingen achteraf." Uit de verdere overwegingen van het arrest blijkt evenwel dat het Hof zich alleen uitsprak over een aanpassing, ingeroepen ter rechtvaardiging van kortingen, bij de uitvoering van het contract ten opzichte van de gefactureerde en in de boeken der onderneming vermelde prijs. Aan Rumi zijn evenwel geen boekhoudkundige manipulaties telastgelegd. De kortingen, door verzoekster ten opzichte van de op de lijst figurerende prijzen toegestaan, staan duidelijk vermeld op de facturen en op de verdere boekhoudkundige documenten en zijn stellig bij de afsluiting van het contract overeengekomen. In zoverre verschilt deze zaak ten duidelijkste van die waarom het in voormeld arrest ging.

De enige in die eerdere zaak aangelegde en ook in casu toepasselijke maatstaf, is dat de vaststelling van de door aanpassing verkregen prijs werkelijk bij de afsluiting van het contract moet zijn geschied, zodat zij vaststond toen het contract tot uitvoering kwam. Waar het Hof van aanpassingen achteraf spreekt, gaat het uiteraard om gevallen waarin de in feite berekende prijs lager is dan die welke in het contract — en in de boekhouding der onderneming — wordt vermeld. Met de bekende en controleerbare gegevens, aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de aanpassing correct geschied is, wordt dus alleen maar bedoeld dat de werkelijk berekende prijs dezelfde moet zijn welke in de factuur en in de boekhouding werd opgevoerd, en dat alleen de officiële — en derhalve objectief controleerbare — prijslijsten van de concurrenten jegens welke tot aanpassing werd overgegaan, in aanmerking mogen worden genomen.

Ik wil geenszins betwisten dat het de controle der Commissie vergemakkelijkt, wanneer in de administratie der onderneming gegevens te vinden zijn waaruit van zulke aanpassingen blijkt. Ik ontken evenwel dat er, naar de huidige stand van zaken, op de ondernemingen een daartoe strekkende verplichting rust.

Tot mijn bespreking van het onderhavig geval terugkerend, wijs ik erop dat de firma Rumi niet voor het eerst voor dit Hof, maar reeds bij het begin van de administratieve procedure, dadelijk na mededeling van de punten van bezwaar, haar prijsaanpassing heeft gerechtvaardigd. Zij wees erop dat zij in haar schriftuur van 15 oktober 1977 per contract duidelijk had aangegeven jegens welke concurrenten zij tot aanpassing was overgegaan. En het komt mij voor dat kwade trouw van verzoekster niet reeds mag worden afgeleid uit de omstandigheid dat de vertegenwoordigers der onderneming bij de door de ambtenaren van de Commissie verrichte controle niet van aanpassing hebben gerept. Zulk een controle is niet te beschouwen als een procedure op tegenspraak, waarbij betrokkene alle tot haar verdediging strekkende argumenten moet noemen; en redelijkerwijze mag niet worden aangenomen dat twee administratieve ambtenaren bij een boekhoudkundige controle acht zouden mogen slaan op een omstandigheid, van welker belang — voor de beoordeling van het gedrag der onderneming — zij zich wellicht niet volledig rekenschap hebben gegeven.

8. Op grond van een en ander meen ik, dat als de prijzen door verzoekster over de hierbedoelde verkopen berekend, getoetst aan het aanpassingscriterium, als gerechtvaardigd zijn te beschouwen, van een inbreuk op artikel 60 en derhalve van toepassing der in artikel 64 omschreven sanctie geen sprake kan zijn. Ook al kan men het met de Commissie eens zijn dat de met het oog op de prijsvorming te volgen methode bij de afsluiting van het contract moet worden aangegeven, dan nog kan de firma Rumi ten hoogste worden verweten een andere, geenszins duidelijke, bepaling in strikt formele zin te hebben geschonden; en daarmede zou het hoogst dubieus worden of er in casu wel een boete mocht worden opgelegd.

Maar tijdens de mondelinge behandeling heeft de Commissie de „aanpassings" kwestie voor het eerst duidelijk gesteld en een belangrijk aspect, waaraan zij tot op dat ogenblik geen aandacht had geschonden, ter sprake gebracht.

In de memorie, waarvan de Commissie de door het Hof ter terechtzitting van 11 mei j.l. gevraagde documenten vergezeld deed gaan; heeft zij gegevens overgelegd, blijkens welke de door Rumi ingeroepen aanpassing de prijzen welke zij bij de omstreden verkopen in rekening bracht, niet — in objectieve zin — vermocht te rechtvaardigen. De Commissie heeft in zoverre opgemerkt, dat in de prijslijsten van Feralpi en IRO, d.w.z. van twee concurrenten waarnaar verzoekster zich zou hebben gericht, de prijs van het produkt dat kwalitatief de meeste overeenkomst vertoont met het door Rumi in Frankrijk verkochte betonijzer, ten tijde van die verkoop de door Rumi berekende prijs te boven ging. Feralpi verkocht haar betonijzer FEB 44 K tegen 178 000 lire per ton, franco Lonato, en IRO zijn betonijzer „diritto 4400" tegen 168 000 lire per ton, franco Odolo, terwijl de prijs welke Rumi per ton franco Montello in rekening bracht, 159 336 lire per ton bedroeg. Anderzijds waren Lonato onderscheidenlijk Odolo Feralpi's c.q. IRO's consignatieplaatsen, i.e. de plaatsen waarvan ter berekening van de vervoerprijs moest worden uitgegaan, en zou Rumi, met Montello als consignatieplaats, zich voor haar verkopen in Frankrijk daarnaar hebben gericht, dan had Rumi in verband met haar lagere

transportkosten nimmer tot korting kunnen overgaan.

De cijfers der Commissie voor de verkopen van Feralpi en IRO komen overeen met die welke in de documenten 38 en 39 van de memorie van 11 mei, bijlage II, zijn vermeld. Voorts heeft verzoekster in haar opmerkingen van 30 mei verweersters posita niet weersproken, noch voor zover het ging om de vaststelling welke produkten van Feralpi en IRO zich het best voor vergelijking met het door haar in Frankrijk verkochte betonijzer leenden, noch wat betreft het niveau van de prijzen op de lijsten der beide firma's vermeld. Dit betekent dat verweersters kritiek, voor zover inhoudende dat Rumi zich in feite niet naar de prijzen van haar concurrenten zou hebben gericht, hout snijdt. Zou de Commissie tijdig met dit bezwaar tegen Rumi's handelwijze zijn komen aandragen, dan had dit Rumi waarschijnlijk van het instellen van beroep tegen de boetebeschikking afgehouden. Wij zagen echter dat de beschikking, gezien haar redengeving, op een wezenlijk punt tot ernstige verwarring aanleiding gaf.

Omdat het Hof ten deze evenwel, als gezegd, over volledige rechtsmacht beschikt, mag het ook rekening houden met feiten of omstandigheden die verweerster weliswaar erg laat heeft aangevoerd, doch die alsnog kunnen worden gebezigd als grondslag voor de stelling dat de firma Rumi het omstreden artikel 60 heeft geschonden — zodat de bestreden beschikking in stand zou kunnen blijven —.

9. In de gegeven omstandigheden acht ik evenwel een verlaging van de boete op haar plaats. De Commissie heeft ter terechtzitting gesteld bij de berekening van het boetebedrag op de afwijkingen van de prijzen die op de lijsten waren vermeld, het algemeen evenredigheidscriterium te hebben toegepast.

Er zij in dit verband aan herinnerd dat de omstreden feiten spelen op een markt die zich reeds in een crisissituatie bevond en waar de prijzen die, naar de Commissie ons ter terechtzitting mededeelde, door de producerende ondernemingen onregelmatig ter harer kennis werden gebracht, aan snelle wijzigingen onderhevig waren. Zoals ik reeds opmerkte, kwam de openbaarmaking der prijzen door die snelle wijzigingen, objectief gesproken, minder goed tot haar recht. Ook dient een zeker gewicht te worden gehecht aan de goede trouw van de onderneming, die niet van frauduleus gedrag beticht is. De berekende prijzen blijken uit haar boekhouding. Ook zij vermeld dat Rumi's irreguliere aanpassing niet met enigerlei discriminatie jegens haar afnemers gepaard is gegaan.

Al deze factoren maken de gestelde inbreuk minder ernstig en behoren dus tot verlaging van de boete te leiden.

Ik meen dat, wat de proceskosten betreft, de hiervoor geconstateerde gebrekkige administratieve voorbereiding der zaak — die in de redengeving der omstreden beschikking en in het door de Commissie tot aan het laatste processuele stadium gevoerde verweer tot uitdrukking komt in aanmerking zal moeten worden genomen. Wij zagen dat de aanpassing in de redengeving der beschikking wordt afgedaan met de mijns inziens ongegronde bewering dat bij afsluiting van het contract zou moeten worden gezegd volgens welke methode de prijs is berekend. Wij zagen dat de Commissie de „aanpassings"problematiek pas in haar laatste akte recht deed wedervaren en dat verzoekster op het laatstelijk door verweerster opgeworpen argument het

antwoord schuldig is gebleven. Het mag er derhalve redelijkerwijze voor worden gehouden dat de onderhavige procedure wellicht achterwege had kunnen blijven, indien deze grief, die rechtens voldoende grondslag voor oplegging van een geldboete oplevert, tijdens de administratieve procedure was opgeworpen.

Ik ben dan ook van mening dat er in casu aanleiding bestaat tot toepassing van artikel 69, lid 3, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering, volgens hetwelk „het Hof een partij die in het gelijk wordt gesteld, [kan] veroordelen tot vergoeding aan de wederpartij van de kosten welke zij ten laste van laatstgenoemde heeft veroorzaakt, indien het Hof van oordeel is, dat deze kosten vergeefs zijn aangewend, dan wel van vexatoire aard zijn", i.e. tot veroordeling van verweerster in de haar zijde gevallen kosten en tot vergoeding van één derde van de door verzoekster gemaakte proceskosten.

10. Op grond van een en ander concludeer ik dat het den Hove behage het verzoek om nietigverklaring van de bestreden beschikking te vernietigen, het boetebedrag tot de helft terug te brengen en verweerster, behalve in haar eigen kosten, in één derde van de door verzoekster gemaakte kosten te verwijzen.