Conclusies van de Advocaat-Generaal

K. ROEMER

29 mei 1962

Vertaald uit het Duits

INHOUD

blz.

Inleiding 615

Juridische aspecten 617

I — Is het opleggen van de geldboete op materiële gronden terecht geschied? 617

1. Eerste argument van verzoekster 617

2. Tweede argument van verzoekster 621

3. Derde argument van verzoekster 624

4. Vierde argument van verzoekster 633

5. Samenvatting 635

a) Eerste geval 635

b) Tweede geval 635

c) Derde geval 636

d) Vierde geval 636

II — Opmerkingen met betrekking tot de hoogte van de opgelegde geldboete 636

1. Heeft de Hoge Autoriteit in het eerste geval ten onrechte verzwarende omstandigheden aangenomen? 636

2. Heeft de Hoge Autoriteit ten onrechte nagelaten, ten gunste van verzoekster verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen? 638

3. Onvoldoende motivering van de straftoemeting . 640

4. Straftoemeting 640

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Het gaat in de onderhavige zaak om de vraag of de beschikking van de Hoge Autoriteit van 21 juni 1961 regelmatig is. Bij deze beschikking werd aan verzoekster een boete opgelegd wegens verschillende overtredingen van artikel 60 van het Verdrag en de ter uitvoering daarvan gegeven beschikkingen. Subsidiair wordt ook de hoogte van de boete aan de orde gesteld.

De bedoelde overtredingen werden bij een controle in het jaar 1959 door inspecteurs van de Hoge Autoriteit ontdekt. Verzoekster heeft de gelegenheid gehad, zich schriftelijk en mondeling voor de Hoge Autoriteit te verantwoorden voordat de beschikking werd genomen.

De volgende vier gevallen of categoriën van gevallen zijn aan de orde:

a) Sidercomit heeft voor bepaalde leveranties van verzoekster slechts een deel van het in rekening gebrachte en met de prijsschaal overeenstemmende bedrag betaald. Er resteerde derhalve een vordering ten bedrage van 437.857 lire. Dit verschil zou in contanten in de kas van verzoekster zijn gestort door aandeelhouders van verzoekster voor rekening van Sidercomit.

b) Verzoekster heeft herhaaldelijk wissels met een looptijd van 60, 90 of 120 dagen aangenomen en daarbij de toepasselijke verhogingen wegens te late betaling in rekening gebracht. Volgens de Hoge Autoriteit zou verzoekster in haar boekhouding het verschil tussen de bruto bedragen van de facturen en de netto bedragen van de wissels ten gunste van haar afnemers hebben geboekt als „spese di sconto". Dit verschil zou hoger zijn geweest dan de werkelijk aan de banken voldane discontokosten; hieruit zouden ongeoorloofde kortingen tot een bedrag van 302.182 lire zijn voortgevloeid.

c) Voor leveranties aan bepaalde afnemers heeft verzoekster de transportkosten op zich genomen, hoewel haar prijsschaal voorziet in prijzen exclusief vrachtkosten. Op deze wijze zouden volgens de Hoge Autoriteit aan de afnemers kortingen zijn verleend tot een bedrag van 3.164.792 lire.

d) Verzoekster heeft haar consignatiehouder, de firma Orsi, volgens de gegevens van de Hoge Autoriteit kortingen verleend tot een bedrag van in totaal 4.258.998 lire in verband met de familiebetrekkingen tussen de eigenaars van de beide ondernemingen.

Met betrekking tot deze vier feiten, die ik in mijn onderzoek als de gevallen 1 tot 4 zal aanduiden, heeft verzoekster argumenten naar voren gebracht, die gedeeltelijk voor alle vier de gevallen gelden en gedeeltelijk slechts op één of enkele van deze gevallen betrekking hebben.

In het belang van een systematische behandeling lijkt het mij gewenst, mijn conclusie als volgt in te delen: in het eerste deel zal worden onderzocht, of er gronden zijn ter rechtvaardiging van de overtredingen die de Hoge Autoriteit verzoekster verwijt. Het hangt dan van het resultaat van dit onderzoek af, in hoeverre in het tweede deel zal worden ingegaan op de hoogte van de opgelegde geldboete.

Ik stel mij voor, in het eerste gedeelte van mijn conclusie niet stuk voor stuk de afzonderlijke overtredingen te onderzoeken — dit zou immers een herhaling van de naar voren gebrachte argumenten onvermijdelijk maken — doch bij het bespreken van de juridische aspecten een logische volgorde van de aangevoerde middelen aan te houden.

In deze gedachtengang komt de eerste plaats toe aan het argument van verzoekster, dat het discriminatieverbod niet zou zijn geschonden, omdat ongelijke voorwaarden zijn toegepast op ongelijksoortige transacties. Vervolgens dient te worden onderzocht, of het verwijt van discriminatie kan worden ontzenuwd met de motivering, dat bepaalde bedragen weliswaar niet door de ontvanger van de goederen, doch voor diens rekening door derden zijn betaald. In de derde plaats moet worden nagegaan, of de feitelijk of beweerdelijk

verleende kortingen kunnen worden gerechtvaardigd door achteraf een beroep te doen op prijsaanpassing. Ten slotte dient nog het argument te worden onderzocht, dat geen korting is verleend, omdat de niet-betaalde bedragen gedeelten van vorderingen zouden zijn, die oninbaar waren gebleken.

Met betrekking tot de hoogte van de opgelegde geldboete dient in het tweede deel van dit onderzoek aandacht te worden besteed aan de algemene grief van verzoekster, dat de Hoge Autoriteit bepaalde verzachtende omstandigheden niet in aanmerking heeft genomen. Ten aanzien van het eerste geval voert verzoekster verder aan, dat de Hoge Autoriteit in de wijze van boeking van ontvangen bedragen ten onrechte een verzwarende omstandigheid heeft gezien.

Juridische aspecten

I – *IS HET OPLEGGEN VAN DE GELDBOETE OP MATERIËLE GRONDEN TERECHT GESCHIED?*

1. *Eerste argument van verzoekster*

De toepassing van bijzondere voorwaarden op ongelijksoortige, op zichzelf staande transacties vormt geen inbreuk op het discriminatieverbod. (Dit argument geldt zowel voor het tweede als voor het vierde geval.)

Verzoekster wil uit de considerans van de beschikking 30-53 afleiden, dat het ook naar de opvatting van de Hoge Autoriteit bij de beoordeling van de gelijksoortigheid van transacties aankomt op de eigenschappen van de kopers. Sidercomit (de koper in het eerste geval) is volgens verzoekster een handelsonderneming behorend tot de staalindustrie van de staat, die normaliter niet op de particuliere markt koopt, doch zich beperkt tot de verkoop van produkten van de staalindustrie van de staat. Volgens algemene opvatting zouden de prijsvoorschriften van het Verdrag niet van toepassing zijn op transacties, waarbij de staten (bij voorbeeld voor de behoeften van de staatsspoorwegen of voor militaire doeleinden) als kopers van E.G.K.S.-produkten optreden.

De eigenaar van de firma Orsi (de koper in het vierde geval) is een zwager van de directeur van verzoekster. Deze onderneming zou verder op het tijdstip waarop de litigieuze feiten plaatsgrepen aan de rand van een deconfiture hebben gestaan. Aangezien het bedrijf van verzoekster en dat van de firma Orsi uit een en dezelfde onderneming zijn ontstaan, wordt in zakenkringen steeds aangenomen, dat tussen de beide bedrijven zeer nauwe betrekkingen bestaan. Zowel de firma Orsi als Sidercomit dienen derhalve van het standpunt van verzoekster bezien, in vergelijking met haar andere afnemers, te worden beschouwd als kopers met bijzondere kenmerken.

Wij dienen thans te onderzoeken, of de aangevoerde omstandigheden van dien aard zijn, dat rechtens niet meer van gelijksoortigheid tussen de hier bedoelde en de overige transacties van verzoekster kan worden gesproken, d.w.z. of deze omstandigheden zoveel gewicht in de schaal leggen, dat hier uit het oogpunt van het discriminatieverbod van op zichzelf staande transacties kan worden gesproken.

Uitgangspunt voor dit onderzoek is het Verdrag, dat in artikel 60 de verboden discriminatie definieert als de toepassing van ongelijke voorwaarden op gelijksoortige transacties. Het is duidelijk, dat volgens deze formulering in de eerste plaats de objectieve elementen van een transactie voor de beoordeling van de gelijksoortigheid van belang zijn, d.w.z. de bepalingen van de overeenkomst, die betrekking hebben op de soort van de goederen, de hoeveelheid, de kwaliteit, de afmetingen, het tijdstip van levering (seizoenverschillen), de leveringsvoorwaarden, de duur van de handelsbetrekkingen enz. Ook de beschikking van de Hoge Autoriteit 31-53, in het bijzonder artikel 2, wijst in deze richting.

De vraag rijst echter, of en in hoeverre ook aspecten van een transactie, die hun grondslag vinden in de persoon en de individuele positie van de wederpartij, bij de beoordeling van de gelijksoortigheid een rol spelen. De juistheid van het standpunt van verzoekster kan bepaaldelijk niet worden afgeleid uit haar verwijzing naar de beschikking 30-53, waarin wordt gesproken van kopers die zich in gelijksoortige omstandigheden bevinden, indien althans op de volledige tekst wordt gelet. Deze luidt namelijk: „Overwegende dat

buiten de differentiaties verbonden aan de waarden en tonnages welke door de koper met de verkoper zelf worden verhandeld, de toepassing van ongelijke voorwaarden aan vergelijkbare kopers onverenigbaar is met de eenheid van de Gemeenschap". De geciteerde passage geeft eerder aanleiding tot de conclusie, dat de Hoge Autoriteit een verschillende behandeling van verschillende kopers slechts dan gerechtvaardigd acht, indien deze gemotiveerd wordt door „de waarden en tonnages" van de afgesloten transacties.

Het valt echter niet te ontkennen, dat bij de beoordeling van de gelijksoortigheid ook omstandigheden in aanmerking dienen te worden genomen, die men als subjectieve elementen kan aanduiden, b.v. de functie van de koper op de markt (korting voor handelaren) of de bestemming van de gekochte goederen (levering voor huisbrand of voor openbare doeleinden). Het is zeker geen gemakkelijke opgave, op dit terrein de relevante en de niet-relevante elementen van elkaar te scheiden. Zonder een dergelijke afbakening zou het discriminatieverbod echter van zijn inhoud worden beroofd, daar in elk afzonderlijk geval subjectieve elementen zijn te vinden, die een vergelijking met andere transacties uitsluiten.

Uit de tekst van het Verdrag kan de conclusie worden getrokken, dat de subjectieve omstandigheden van de partijen bij een transactie in de regel geen grond zijn voor het maken van onderscheid tussen de transacties. In deze richting wijst n.m.m. het uitdrukkelijk verbod tot discriminatie op grond van de nationaliteit van de koper; dit verbod volgt in de tekst van het Verdrag onmiddellijk op de bepaling waarin de toepassing van ongelijke voorwaarden op gelijksoortige transacties wordt verboden.

Ook in de beschikkingen van de Hoge Autoriteit wordt het maken van onderscheid op grond van nationaliteit en plaats van vestiging van de kopers uitdrukkelijk als ongeoorloofd aangemerkt (beschikking 30-53, artikel 6). Als geoorloofd criterium van subjectieve aard, dat tot het maken van onderscheid aanleiding kan geven, is slechts vermeld de hoedanigheid van handelaar, die een „korting" rechtvaardigt (beschikking 2-54, artikel 2). Het gaat hier om bepaalde functies van de koper op de markt, die consequenties hebben voor

de afzet en de produktiviteit van de verkoper, die derhalve in zakelijk verband staan met de afgesloten transactie en met de economische activiteit van de leverancier.

Het is buiten kijf, dat het genoemde voorbeeld in geen enkel opzicht kan worden vergeleken met familiebetrekkingen tussen de verkoper en de koper, welke de aard van de afgesloten transacties niet objectief beïnvloeden, of met zakelijke relaties, waarvan het bijzondere karakter alleen hierin ligt, dat een afnemer, wat de aard van zijn onderneming betreft, tot een bepaald concern behoort. Vanuit een rationeel-economisch standpunt zijn dergelijke omstandigheden zuiver toevallig en derhalve van geen belang. Zij zijn echter ook — en dit is bijzonder belangrijk — irrelevant voor het verwerkelijken van de doeleinden van het Verdrag en in dit licht moet het discriminatieverbod ten slotte worden gezien.

Ten aanzien van de met Sidercomit afgesloten transacties lijkt het in het bijzonder onjuist, deze gelijk te stellen met verkopen aan staatsinstellingen of openbare instellingen voor publieke doeleinden, waardoor een afwijkende behandeling in het algemeen belang wellicht gerechtvaardigd is, welke vraag hier overigens in het midden kan blijven.

Het staat vast, dat Sidercomit zich in het onderhavige geval uitsluitend op het terrein van het particuliere bedrijfsleven heeft bewogen. Wanneer de Staat door middel van op winst gerichte ondernemingen aan het economisch leven deelneemt, dienen deze ondernemingen te aanvaarden dat zij op dezelfde wijze worden behandeld als particuliere ondernemers.

Ten slotte is met betrekking tot het vierde geval beweerd, dat de firma Orsi zich in economische moeilijkheden bevond, hetgeen, gezien de nauwe familiebetrekkingen met verzoekster, nadelige gevolgen voor het bedrijf van verzoekster liet vrezen. Deze bewering kan geen rechtvaardiging bieden voor een speciale behandeling. Een dergelijke dwangpositie zou ten hoogste als strafuitsluitingsgrond in aanmerking kunnen komen, indien er geen andere middelen hadden bestaan om in de situatie verandering te brengen. Het is echter geenszins bewezen, dat slechts de afwijking van de prijsschaal als uitweg openbleef.

Derhalve dient te worden geconstateerd, dat verzoekster er niet in is geslaagd met haar eerste argument haar gedrag te rechtvaardigen.

2. *Tweede argument van verzoekster*

Het gedeeltelijk voldoen van een schuld uit een koopovereenkomst door aandeelhouders van verzoekster kan niet worden gelijkgesteld met het toekennen van een ongeoorloofde korting. (Dit argument geldt slechts voor het eerste geval.)

a) Hiertegen voert de Hoge Autoriteit in eerste instantie aan, dat verzoekster geen bewijs heeft geleverd of aangeboden voor de beweerde betaling. Op vragen van het Hof werd geantwoord, dat het bewijs zou kunnen worden geleverd door het kasboek van verzoekster of door een getuigenverklaring van de hoofdkassier en van de directeur. Het schijnt mij echter toe, dat bewijslevering in dit geval overbodig is, omdat op juridische gronden reeds een beslissing kan worden genomen.

b) Ter motivering van haar standpunt, dat het betalen van de koopprijs door haar aandeelhouders geen ongeoorloofde korting oplevert, wijst verzoekster op het verschil tussen de rechtsbetrekkingen, die enerzijds bestaan tussen de naamloze vennootschap als verkoopster en Sidercomit als koper en anderzijds tussen de aandeelhouders van verzoekster en de afnemers van verzoekster. Het maken van onderscheid tussen de naamloze vennootschap en haar aandeelhouders wordt gerechtvaardigd door het rechtskarakter van de naamloze vennootschap als zelfstandige rechtspersoon. Slechts indien alle aandelen in één hand zijn verenigd, is het wellicht mogelijk, de handelingen van de eigenaar van de vennootschap aan de vennootschap zelf toe te rekenen.

De Hoge Autoriteit is daarentegen van mening, dat het uit het oogpunt van het discriminatieverbod alleen van belang is, welke som de koper werkelijk betaald heeft.

Uit de gewisselde conclusies en hun bijlagen blijkt, dat verzoekster een naamloze vennootschap is. Volgens de verklaringen van

de directeur, afgelegd in de bespreking met de Hoge Autoriteit op 15 mei 1961, zijn alle aandelen van de vennootschap in het bezit van één familie, namelijk van de directeur van de vennootschap, zijn echtgenote en zijn schoonzuster. Ook al is in de conclusie van repliek verklaard, dat de vennootschap vijf aandeelhouders telt, staat toch in ieder geval vast, dat het beleid van de vennootschap wordt bepaald door de familie die de vennootschap beheerst.

Het discriminatieverbod wil bewerkstelligen, dat alle kopers aan een bepaalde producent voor gelijksoortige transacties gelijke prestaties moeten leveren. Voor de vraag of het verbod is nageleefd, kan de juridisch-technische wijze van betaling van de koopprijs niet beslissend zijn. Het is niet noodzakelijk, dat de koper zelf de betaling verricht. Zo bestaat er geen bezwaar tegen het inschakelen van derden, die voor rekening van de koper betalen, b.v. wanneer gelijktijdig met het voldoen van de koopprijs een vordering van de koper op de derde teniet gaat.

Naar mijn mening kan men er ook geen bezwaar tegen hebben, dat een derde de koper door het voldoen van de koopprijs om niet wil bevoordelen. Schenkingen zijn volgens het Verdrag niet verboden, voor zover zij althans niet vallen onder het subsidieverbod, bedoeld in artikel 4, sub c). Juridisch dient dit geval van betaling van de schuld door een derde zo te worden gezien, dat tegelijkertijd het vermogen van de koper door de schenking van de derde om niet wordt vergroot en door de betaling van de schuld wordt verkleind. In de rechtsverhouding met de verkoper wordt derhalve niet slechts fictief, doch ook in werkelijkheid de koopprijs in volle omvang uit het vermogen van de koper voldaan.

Het is echter de vraag, of deze zuiver privaatrechtelijke beschouwingswijze beslissend kan zijn, wanneer de derde, zoals hier het geval is, ten nauwste met de verkoper verbonden is. In de bespreking met de Hoge Autoriteit heeft de directeur van verzoekster verklaard, dat hij zelf de resterende schuld van Sidercomit uit eigen middelen heeft betaald. In haar schriftelijke verantwoording van 15 oktober 1960 zette verzoekster uiteen, dat haar beide belang-

rijkste aandeelhouders de resterende schuld van Sidercomit op zich hadden genomen. Verder werd toegegeven dat er tussen de koper en de aandeelhouders van verzoekster geen rechtsverhouding bestond, krachtens welke de koper de voldoening van de resterende koopprijs zou hebben kunnen vorderen. De betaling was – zoals uitdrukkelijk is gesteld (zie de verklaring van 16 mei 1961) – veeleer een gevolg van het streven, de koper tevreden te stellen en als klant voor verzoekster te behouden.

Indien men deze situatie uit feitelijk en juridisch oogpunt beziet, ligt de oplossing voor de hand, dat de voornaamste aandeelhouders van de vennootschap iets trachtten te bewerkstelligen, dat de vennootschap zelf niet was toegestaan, namelijk het toekennen van een vergoeding om niet aan een koper, bij gelegenheid van een concrete transactie, hetgeen gelijkstaat met het toekennen van ongeoorloofde kortingen.

Het is bekend, dat de rechtswetenschap naar een bevredigende oplossing van dergelijke situaties zoekt en dat daarbij in het bijzonder de vraag naar voren komt, in hoeverre het mogelijk is, van de rechtsvorm van rechtspersonen te abstraheren en terug te grijpen op de natuurlijke personen, die de rechtspersoon dragen m.a.w. onder welke voorwaarden het gedrag van een natuurlijke persoon, die een rechtspersoon beheerst, gelijkgesteld kan worden met het gedrag van de rechtspersoon. In de Amerikaanse jurisprudentie wordt hier de leer van de "disregard of legal entity" toegepast, b.v. wanneer iemand, die aan een wettelijk verbod is onderworpen, de verboden handeling laat verrichten door een rechtspersoon, die hij beheerst. Serick heeft dit punt met behulp van rechtsvergelijkend onderzoek nagegaan voor het Duitse recht [1]) en is daarbij, ondanks een strenge en terughoudende beoordelingswijze, tot conclusies gekomen die ook voor het economische recht van de Gemeenschap richtinggevend kunnen zijn. Op blz. 207 van zijn werk schrijft hij: „So führt zum Beispiel die Umgehung eines gesetzlichen oder vertraglichen Wettbewerbsverbots mit Hilfe einer juristischen Person zu

---

[1]) Rechtsform und Realität juristischer Personen.

ihrer Identifizierung mit dem sie beherrschenden und missbrauchenden Gesellschafter und damit zu einer Erstreckung des Verbots auf die juristische Person. Will jemand, um ein anderes Beispiel zu nennen, sich unzulässigerweise Schmiergelder dadurch verschaffen, dass er diese an eine von ihm beherrschte juristische Person zahlen lässt, so muss er sich so behandeln lassen, als habe er selbst die Gelder empfangen".

Ik ben van mening, dat in het onderhavige geval op dezelfde wijze moet worden gehandeld. Het lijkt mij in het bijzonder niet juist, de identificatie van een rechtspersoon met zijn eigenaars te beperken tot de gevallen van de eenmansvennootschappen; deze identificatie dient ook plaats te vinden wanneer een rechtspersoon wordt beheerst door een meerderheid van personen, die niet over alle aandelen beschikt, met gevolg dat de handelingen van deze personen onder bepaalde omstandigheden aan de rechtspersoon dienen te worden toegerekend. Dit geldt in het bijzonder, indien de rechtspersoon, zoals in het onderhavige geval, een familievennootschap is, met slechts enkele aandeelhouders die hun beslissingen zeker coördineren. Het zou niet juist zijn, voor de naleving van een wettelijk verbod, waaraan de rechtspersoon is onderworpen, een beslissende betekenis toe te kennen aan het onderscheid tussen de rechtspersoon en degenen die zijn wil feitelijk bepalen. Derhalve dient te worden geconstateerd, dat de gevolgen van de rechtshandeling van de vennootschap, bestaande in het verlenen van uitstel van betaling en in gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering uit een koopovereenkomst — hetgeen gelijkstaat met het verlenen van een ongeoorloofde korting —, uit het oogpunt van het discriminatieverbod niet ongedaan kunnen worden gemaakt door de, zuiver privaatrechtelijk gezien geldige, handelwijze van de aandeelhouders. Deze procedure betekent uiteindelijk niets anders dan het maskeren van een volgens het mededingingsrecht ongeoorloofde handeling.

3. *Derde argument van verzoekster*

De bedragen, die aan verzoekster zijn betaald, liggen in ieder geval binnen de grenzen die het Verdrag aan een geoorloofde prijsaanpassing stelt. Het feit, dat de aanpassing aan een bepaalde prijs-

schaal niet uitdrukkelijk en bewust bij het afsluiten van de transactie heeft plaatsgevonden, is tegenover de objectieve uitkomst van de transactie niet beslissend. (Dit argument heeft betrekking op alle vier de gevallen.)

a) De Hoge Autoriteit voert hiertegen aan, dat verzoekster zich in haar mondelinge en schriftelijke verantwoording, die voorafging aan het nemen van de onderhavige beschikking, te harer rechtvaardiging niet op prijsaanpassing heeft beroepen. Een prijsaanpassing achteraf, na het aangaan en het gedeeltelijk uitvoeren van een overeenkomst, acht de Hoge Autoriteit volgens de in de Gemeenschap geldende prijsvoorschriften ongeoorloofd.

Wat het eerste gedeelte van dit verweer betreft, dient naar mijn mening de opvatting van verzoekster te worden gevolgd, dat, ook indien een bepaald argument niet is aangevoerd in het administratieve stadium van het geding voor de Hoge Autoriteit, er in een procedure voor het Hof beroep op kan worden gedaan, in het bijzonder, indien het gaat om een argument van juridische aard. De tegenovergestelde opvatting van de Hoge Autoriteit zou tot gevolg hebben, dat zowel de processuele rechten van de betrokkene als het toetsingsrecht van het Hof op ontoelaatbare wijze werden beperkt.

Belangrijker en tevens moeilijker is de vraag, of het Verdrag toelaat dat een onderneming achteraf zijn prijzen aan die van zijn concurrenten aanpast, want het staat vast, dat verzoekster in geen van de gevallen die hier aan de orde zijn reeds bij het aangaan van de transacties een prijsaanpassing heeft beoogd.

Verzoekster doet voor haar opvatting vooral een beroep op het woord „effet" in artikel 60, lid 2, sub b), en trekt hieruit de conclusie, dat voor de prijsaanpassing niet het oogmerk van partijen, doch het objectieve resultaat beslissend is. Indien echter op de volledige tekst van artikel 60 wordt gelet, kan er geen twijfel aan bestaan, dat alleen de door de Hoge Autoriteit gegeven interpretatie juist is.

In artikel 60, lid 2, sub b), is voorgeschreven, dat de vaststelling van de prijs op een bepaalde wijze dient te geschieden. Prijsvaststelling betekent in het algemeen, dat de prijs bij het aangaan van de transactie wordt bepaald, niet, dat de prijs in het stadium van de

uitvoering en afwikkeling van de koopovereenkomst eenzijdig kan worden gewijzigd, in het bijzonder verlaagd.

Nog duidelijker is in het tweede lid, onder b, de door de Hoge Autoriteit aangehaalde bepaling, ingevolge welke het mogelijk is „de aanbieding in overeenstemming te brengen (auszurichten) met de prijsschaal, opgesteld op grondslag van een ander punt". Van een aanbod kan slechts worden gesproken vóór het sluiten van een overeenkomst of, om het nauwkeuriger te zeggen, tot het tijdstip waarop ingevolge de aanvaarding door de koper het aanbod overgaat in de overeenkomst. Derhalve stelt artikel 60 een tijdslimiet aan de bevoegdheid tot aanpassing. Daar komt nog bij, dat de term „in overeenstemming brengen" (ausrichten, aligner) onbetwistbaar een finaal handelen, een bewuste wilsdaad, impliceert, die zich richt op een bepaald voorwerp, waaraan een ander dient te worden aangepast. Uit logisch oogpunt kan er derhalve geen sprake zijn van aanpassing, wanneer de verkoper bij het voldoen van de koopprijs gedwongen wordt, afstand te doen van een deel van de prijs, hetgeen volgens de beweringen van verzoekster in de gevallen 2 en 4 wegens insolvabiliteit van de debiteuren het geval zou zijn geweest. Het uiteindelijke resultaat van de transactie kan in deze gevallen eventueel identiek zijn met de inhoud van een, uit een oogpunt van prijsaanpassing, geoorloofde transactie. Het is echter van essentieel belang, dat dit resultaat niet op een beslissing van de verkoper berust. Deze dwingend uit de tekst van artikel 60 voortvloeiende interpretatie vindt bevestiging in het Amerikaanse economische recht, dat zoals bekend is de samenstellers van het E.G.K.S.-Verdrag in menig opzicht heeft geïnspireerd. De Robinson-Patman-Act van 1936 bepaalt in sectie 2, b:

> ". . . . nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor or the services or facilities furnished by a competitor."

Ook uit het oogpunt van de economische ordening van het Verdrag is de opvatting van de Hoge Autoriteit zinvol. Zij beantwoordt het meest aan de bedoeling van het betreffende voorschrift en wel op twee gronden:

1. Indien binnen de Gemeenschap de regel geldt, dat de prijsschalen in acht dienen te worden genomen, ligt het voor de hand, dat voor bij wijze van uitzondering toegelaten afwijkingen strenge – ook in formeel opzicht strenge – voorschriften worden vastgesteld. Slechts wanneer bij het sluiten van de overeenkomst kenbaar is, aan welke vreemde prijsschaal de prijzen worden aangepast, is een juiste toepassing van de in de Gemeenschap geldende prijsvoorschriften en een juiste controle daarop op de beste wijze gewaarborgd, zoals het onderhavige geval ook duidelijk laat zien.

2. Het valt te bedenken, dat prijsaanpassing volgens het Verdrag geoorloofd is als een maatregel van concurrentie. Verschillende aanbieders zijn met betrekking tot een bepaalde transactie slechts zolang elkaars concurrenten, als de koper, die zij tot het aangaan van de transactie willen bewegen, zich nog niet voor een van hen heeft uitgesproken. Indien in deze fase van voorbereiding de eigen prijzen worden gekort, dan doet de verkoper geen afstand – zo al van afstand kan worden gesproken – van een vordering, doch slechts van een onbepaalde verwachting.

Door het aangaan van de transactie worden de partijen rechtens gebonden. Het afwijken van de prijzen van de prijsschaal, die een onderdeel van de transactie vormen, zou nu betekenen, dat van een bestaande vordering werd afgezien. Het offer van de verkoper is in dit stadium derhalve groter dan vóór het aangaan van de transactie. Wanneer verzoekster tijdens de mondelinge behandeling naar voren heeft gebracht, dat ook deze tegemoetkoming een concurrentiemaatregel is in verband met de toekomstige ontwikkeling van haar bedrijf, dan is dit uit economisch oogpunt gezien ongetwijfeld juist. Men mag echter niet over het hoofd zien, dat het toelaten van dergelijke concurrentiemaatregelen het hele systeem van het Verdrag op het gebied van prijsvoorschriften in gevaar zou brengen, aangezien reeds aangegane transacties met terugwerkende kracht zouden kunnen worden gewijzigd zonder dat ergens een duidelijke grens zou zijn te trekken. Gezien het feit, dat het voorschrift betreffende prijsaanpassing een uitzonderingsbepaling is, mag derhalve bij de toepassing van dit begrip geen plaats worden gelaten voor een dergelijke

concurrentie, die als oneerlijke concurrentie zou kunnen worden aangemerkt.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft verzoekster ten slotte nog argumenten naar voren gebracht, waarmee zij de moeilijkheid, zo niet de onmogelijkheid van een voorafgaande prijsaanpassing wilde aantonen.

Naar haar mening kan men van de verkoper niet verlangen, dat hij uitdrukkelijk melding maakt van de prijsschaal van een concurrent. Dan bestaat immers het gevaar, dat de koper zich bij latere transacties alleen tot de andere aanbieder wendt. Dit argument betreft echter eigenlijk alleen de vraag, op welke wijze een aanpassing die tijdig heeft plaatsgevonden moet worden aangetoond, en gaat derhalve in zoverre aan de problematiek van ons geval, waarin de aanpassing eerst na het afsluiten van de transactie plaatsvond, voorbij. Verzoekster gaat echter bovendien uit van de veronderstelling, dat de kopers in het algemeen onbekend zijn met de prijzen van de ondernemingen die voor hen in aanmerking komen. Deze veronderstelling is in strijd met het systeem van openbaarheid van het Verdrag.

In de tweede plaats wijst verzoekster erop, dat het de ondernemingen in veel gevallen niet mogelijk is, gezien de gebrekkige openbaarheid van de prijsschalen, bij het afsluiten van de transactie tot aanpassing over te gaan. Ook deze opmerking gaat, althans ten dele, voorbij aan het onderhavige geschil, namelijk omdat verzoekster in de gevallen 2 en 4 nimmer tot aanpassing is overgegaan: hier gaat het, volgens haar eigen aanvankelijke uitlatingen, om oninbare vorderingen. Voor het overige acht ik niet bewezen, dat het onmogelijk zou zijn tijdig en nauwkeurig op de hoogte te zijn van de prijsschalen van concurrerende ondernemingen. Ook voor middelgrote ondernemingen geldt als regel van het economische leven, dat zij voortdurend op de hoogte moeten blijven van het gedrag van serieuze concurrenten. Dat de afnemers inderdaad volledig op de hoogte zijn, wordt verder gewaarborgd door de zorgvuldigheid en de ijver die zij aan de dag leggen om eveneens over een betrouwbaar beeld van de markt te beschikken, wanneer zij voornemens zijn een transactie af te sluiten.

Ten slotte heeft verzoekster gewezen op de grote moeilijkheden, die met de aanpassing zijn verbonden in verband met geoorloofde bijzondere kortingen en met transportkosten. Een nauwkeurige berekening van de prijzen, waartegen andere ondernemingen aanbieden, zou daardoor vaak onmogelijk zijn. Deze moeilijkheden bestaan inderdaad en verdienen ook, dat er aandacht aan wordt besteed. Naar mijn mening treden zij echter zowel bij een voorafgaande aanpassing als bij een aanpassing achteraf op, want zowel in het ene als in het andere geval moet, aangezien het afsluiten van een transactie met de concurrent achterwege is gebleven, een berekening worden opgesteld waarbij dient te worden nagegaan, hoe de concurrent bij toepassing van zijn prijsschaal en verkoopsvoorwaarden in het concrete geval de prijzen zou hebben berekend.

De door verzoekster aangevoerde bezwaren geven derhalve geen aanleiding, van de dwingende interpretatie van het Verdrag af te wijken. In feite dienen zij te worden aangemerkt als een kritiek op het Verdrag zelf, waarmee geen rekening kan worden gehouden.

Derhalve dient het volgende te worden vastgesteld: Het aanpassen van prijzen achteraf, d.w.z. eenzijdige verlaging van bestaande vorderingen tot het prijsniveau van concurrenten, waarop verzoekster zich tijdens het proces, derhalve lang na het afsluiten en de volledige afwikkeling der transacties, heeft beroepen, is niet geoorloofd. Verzoekster kan zich derhalve ter rechtvaardiging van haar gedrag niet op artikel 60, lid 2, sub b), beroepen.

b) Men zou het overbodig kunnen achten, na deze uiteenzetting nog in te gaan op de vraag, of de materiële vereisten voor een juiste prijsaanpassing in acht zijn genomen. Men dient echter te bedenken, dat een overtreding van artikel 60 verschillend moet worden beoordeeld, al naar gelang uitsluitend gezondigd is tegen de formele vereisten voor de aanpassing (aanpassing vooraf) dan wel bovendien inbreuk is gemaakt op de kwantitatieve grenzen van de prijsaanpassing. Ik zou derhalve nog enige woorden willen wijden aan het verschil van mening over de mate van aanpassing uit rekenkundig oogpunt. Zoals de Hoge Autoriteit terecht stelt, gaat het hierbij niet uitsluitend om een vergelijking van de prijzen, doch dient steeds

rekening te worden gehouden met het totaal van de verkoopsvoorwaarden, die in de prijsschaal van de concurrent zijn vervat.

Indien wij de vier gevallen afzonderlijk onderzoeken, ontstaat het volgende beeld:

Eerste geval

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Hoge Autoriteit geeft verzoekster toe, dat zij bij haar eigen prijsvergelijking ten onrechte een korting van 1,5 % heeft toegepast, die volgens de schaal van de concurrent slechts wordt verleend, indien terstond na ontvangst van het bericht van verzending wordt betaald. Zij geeft eveneens toe, dat zij in één geval ten onrechte toeslagen wegens bepaalde afmetingen in de prijsvergelijking heeft opgenomen.

De rectificatie van de fictieve berekeningen, die hieruit voortvloeit, leidt — anders dan verzoekster meent — tot de conclusie, dat de werkelijk door Sidercomit betaalde bedragen lager liggen dan de grens, tot welke prijsaanpassing toelaatbaar zou zijn geweest.

Tweede geval

Verzoekster heeft het bewijs, dat de aanpassing op juiste wijze is geschied, slechts aan de hand van een voorbeeld trachten te leveren en daarbij medegedeeld, dat de overige transacties in deze categorie op analoge wijze zijn afgewikkeld.

De Hoge Autoriteit merkt naar aanleiding hiervan op, dat prijsaanpassing niet mogelijk was, omdat de toentertijd geldende prijsschaal van de concurrent een hogere basisprijs bevatte dan de schaal van verzoekster. Bovendien bevatte deze prijsschaal slechts prijzen voor betonstaal, niet daarentegen voor platstaal, hoekstaal en T- en U-ijzer, die door de concurrerende onderneming niet werden vervaardigd.

Inderdaad is volgens de tekst van het Verdrag prijsaanpassing slechts mogelijk indien de betrokken onderneming aanbiedt tegen prijzen, die lager liggen dan zijn eigen prijsschaal (artikel 60, lid 2, sub b). De opmerking van verzoekster, dat zij haar kennis van de berekende prijzen slechts aan de rekeningen van haar concurrenten

en niet aan de gepubliceerde prijsschalen heeft ontleend, hetgeen haar vergissing zou verontschuldigen, snijdt geen hout. Het staat immers vast, dat verzoekster haar prijzen niet bewust aan die van haar concurrenten heeft aangepast, doch dat zij eerst na het afsluiten van de transacties gepoogd heeft het bewijs te leveren, dat zij de grenzen die aan de prijsaanpassing zijn gesteld in acht had genomen. Derhalve kan er geen sprake zijn van een – mogelijk verschoonbare – vergissing bij de prijsaanpassing, doch slechts van een vergissing in de bewijsvoering achteraf, die uiteraard niet ontlastend kan werken.

Derde geval

Ook hier tracht verzoekster niet volledig bewijs te leveren, doch heeft zij ermede volstaan om, evenals in het tweede geval en op gelijke gronden, enkele voorbeelden te noemen (in totaal zijn 31 rekeningen overgelegd). Voor een deel van deze voorbeelden (rekeningen nr. 1148, 1196, 1197, 1242, 1247, 1344, 1359, 1360) zijn de opmerkingen die de Hoge Autoriteit ten aanzien van het tweede geval heeft gemaakt, van overeenkomstige toepassing.

Ten aanzien van rekening nr. 2269 heeft de Hoge Autoriteit erop gewezen, dat er geen sprake kan zijn van prijsaanpassing, omdat de concurrerende onderneming slechts een deel van de in de rekening vervatte produkten vervaardigt. Volgens de uiteenzettingen van de Hoge Autoriteit is aanpassing ook niet mogelijk met betrekking tot de rekeningen nr. 2359, 2391 en 2422, omdat de toentertijd geldende basisprijs van verzoekster onder de prijsschaal van de concurrerende onderneming lag.

Ten aanzien van alle vermelde voorbeelden beroept verzoekster er zich op, dat zij de werkelijk toegepaste prijzen en verkoopsvoorwaarden als vergelijkingsobject heeft genomen. De vergissingen die hieruit voortvloeien kunnen naar mijn mening niet als schulduitsluitingsgrond worden aangemerkt; in de eerste plaats niet, omdat de prijsaanpassing achteraf plaatsvond, vooral echter niet, omdat een juiste prijsaanpassing steeds gebaseerd moet zijn op de prijsschaal, aangezien alleen de prijsschaal een betrouwbaar beeld geeft van de toelaatbare prijzen en de totale verkoopsvoorwaarden.

Ten aanzien van de overige 19 rekeningen in deze categorie kan over de vraag, of de aan de aanpassing gestelde grenzen zijn gerespecteerd, geen definitief oordeel worden gegeven. In acht rekeningen maakt de Hoge Autoriteit bezwaar tegen de onjuiste toepassing van een korting van 1,5%, die volgens de prijsschaal van de concurrent niet wordt toegekend bij betaling na ontvangst van de rekening, doch slechts bij betaling na ontvangst van het bericht van verzending. Volgens de door verzoekster verstrekte cijfers dient echter te worden aangenomen, dat ook indien deze post buiten beschouwing wordt gelaten, toch niet de aan aanpassing gestelde grenzen worden overschreden. Eveneens ten aanzien van acht van deze rekeningen heeft de Hoge Autoriteit bij dupliek opgemerkt, dat verzoekster een korting van 3 % wegens afname van grote hoeveelheden heeft toegepast, die volgens de prijsschaal van de concurrent niet wordt toegekend. In haar antwoord op vragen van het Hof heeft de Hoge Autoriteit later echter verklaard, dat het haar niet mogelijk was, zonder kennis van de bestellingen van de afnemers en de aanvaarding daarvan door verzoekster de hier aan de orde zijnde kortingen wegens afname van grote hoeveelheden en andere bijzondere kortingen vast te stellen.

Indien het Hof mijn opvatting deelt, dat het voor de bepaling van de strafmaat van belang kan zijn, of de grenzen van de prijsaanpassing in acht zijn genomen, ook indien aan de formele voorwaarden voor prijsaanpassing niet is voldaan, dan blijft voor deze 19 voorbeelden, die een belangrijk gedeelte van de derde categorie uitmaken, slechts het alternatief, hetzij de zaak volledig te onderzoeken, hetzij het feit, dat de Hoge Autoriteit niet voldoende bewijs heeft geleverd, ten gunste van verzoekster uit te leggen.

Vierde geval

Ten aanzien van het vierde geval verklaart de Hoge Autoriteit eveneens, dat het haar niet mogelijk is de aanpassing te berekenen, omdat de bestellingen, de verklaringen van acceptatie, de rekeningen en andere stukken, waarop het aankomt, ontbreken. Deze onduidelijkheid is echter naar mijn mening niet van belang, omdat voor het vierde geval op andere gronden, die ik later naar voren zal brengen, een definitieve beslissing mogelijk is.

Voor de vraag of de voorgeschreven grenzen bij de prijsaanpassing in acht zijn genomen kan derhalve worden vastgesteld, dat er, althans in het derde geval, enkele factoren zijn die tot een iets mildere beoordeling van de litigieuze overtredingen kunnen leiden.

4. *Vierde argument van verzoekster*

Indien de verkoper afziet van de inning van resterende vorderingen op insolvabele debiteuren, kan dit niet worden aangemerkt als het verlenen van ongeoorloofde kortingen. (Dit argument heeft betrekking op het tweede en het vierde geval.)

Verzoekster voert aan, dat de kopers in veel gevallen ondanks aanmaning geringe restanten van de koopprijs niet hebben betaald. Het kan niet van haar worden gevergd, wegens dergelijke geringe bedragen kostbare en kansloze gerechtelijke procedures aanhangig te maken. Bovendien heeft zij het recht, alvorens haar nalatige debiteuren in rechte aan te spreken, aandacht te schenken aan de gevolgen, die een en ander voor de toekomstige ontwikkeling van haar handelsrelaties zal hebben.

De Hoge Autoriteit maakt in hoofdzaak aanmerking op het ontbreken van bewijs voor de oninbaarheid van de vorderingen. Uit de wijze waarop verzoekster haar boekhouding voert trekt zij de conclusie, dat er in werkelijkheid geen sprake is van resterende dubieuze vorderingen, doch van kortingen. Vorderingen op insolvente debiteuren zouden in Italië in de regel onder de rekening „perdite su crediti" worden geboekt en niet, zoals bij verzoekster, onder de rekening „sconto su fattura". Deze laatste dient gemeenlijk voor de boeking van aan afnemers toegekende kortingen. Deze voorstelling van zaken wordt door verzoekster als onjuist aangemerkt.

Het lijdt geen twijfel, dat een onderneming niet beschuldigd kan worden van het toekennen van ongeoorloofde kortingen, indien zij ervan afziet insolvente debiteuren te vervolgen. In een dergelijk geval is er geen sprake van een vrijwillig afzien van een deel van de koopprijs, doch van de onmogelijkheid om een vordering te realiseren. Het is slechts de vraag, op welke wijze het vereiste bewijs moet worden geleverd.

Zeker kan niet in ieder geval worden verlangd, dat een gerechtelijke procedure aanhangig wordt gemaakt, zoals de Hoge Autoriteit wil. Enerzijds niet, omdat in gevallen, waarin van tevoren vaststaat, of volgens koopmansinzicht waarschijnlijk is, dat een gerechtelijke procedure kansloos is, de daarmede verbonden kosten niet op de tegenpartij kunnen worden verhaald, anderzijds niet, omdat het aanhangig maken van gerechtelijke procedures voor in verhouding kleine bedragen kwaad bloed kan zetten en kan leiden tot het verlies van afnemers, die tijdelijk in betalingsmoeilijkheden zijn geraakt, doch ten aanzien van wie redelijkerwijze de hoop op voortzetting van normale zakelijke betrekkingen in de toekomst kan bestaan. Evenmin kunnen de Hoge Autoriteit en het Hof zich echter tevredenstellen met de blote bewering, dat een bepaalde debiteur insolvent is; in dat geval zou het al te gemakkelijk zijn, het discriminatieverbod van het Verdrag te ontgaan. In hoeverre een en ander moet worden bewezen of althans aannemelijk gemaakt, dient naar de omstandigheden van elk afzonderlijk geval te worden uitgemaakt.

Ten aanzien van het vierde geval, waarin resterende vorderingen tot een bedrag van in totaal 4.258.998 lire, welke betrekking hebben op zes rekeningen, niet zijn betaald, heeft verzoekster negen wisselprotesten overgelegd, die te zamen om een som van 6.931.680 lire gaan. Deze protesten stammen uit de tijd van 13 maart 1958 tot 5 april 1958. Voor zover kan worden nagegaan, waren in de tijd van januari tot mei 1958 ook de vorderingen van verzoekster op de firma Orsi opeisbaar.

Voor dit geval kan worden aangenomen, dat het bewijs voor de beweerde betalingsmoeilijkheden is geleverd, zelfs indien dubieus blijft, of de insolventie aanhield en tot het definitief afzien van de resterende vorderingen heeft genoopt. Ten gunste van verzoekster kan er derhalve van worden uitgegaan, dat de vorderingen op de firma Orsi onverhaalbaar waren, hetgeen een rechtvaardiging oplevert voor het niet-naleven van de prijsvoorschriften.

Voor het tweede geval heeft verzoekster ermee volstaan een verklaring van een advocaat uit Modena over te leggen, waarin het instellen van een gerechtelijke vordering wordt afgeraden, omdat de

resterende vorderingen gering zijn en met de algemene motivering, dat gerechtelijke procedures niet altijd met succes worden bekroond. Aanmaningen of dergelijke bewijsstukken werden niet overgelegd.

Ik meen dat men ervan moet afzien, in de wijze van boeking van resterende vorderingen een aanwijzing te zien voor het verlenen van ongeoorloofde kortingen, daar de uiteenzettingen van de Hoge Autoriteit op dit punt voldoende overtuigingskracht missen en het geschil tussen partijen hieromtrent derhalve onbeslist moet blijven. Anderzijds meen ik echter ook, dat het van de zijde van verzoekster als bewijsstuk overgelegde document (verklaring van de advocaat Luigi Pozzi van 10 december 1958) de stelling van verzoekster aangaande de onverhaalbaarheid van de litigieuze vorderingen onvoldoende ondersteunt.

In het tweede geval is derhalve niet naar behoren bewezen, dat de vorderingen onverhaalbaar zijn, zodat een rechtvaardigingsgrond voor het gedrag van verzoekster ontbreekt.

5. *Samenvatting*

Indien thans, nadat alle argumenten van verzoekster zijn onderzocht, een samenvatting wordt beproefd van het bereikte resultaat – ditmaal gesplitst voor elk van de vier gevallen – dan blijkt het volgende:

a) Eerste geval

Alle drie door verzoekster te harer rechtvaardiging aangevoerde argumenten falen, zodat op de feitelijke kwesties, die nog niet geheel zijn opgehelderd (gedeeltelijke betaling van de koopprijs door de aandeelhouders van verzoekster) niet behoeft te worden ingegaan. De schending van de prijsvoorschriften is bewezen.

b) Tweede geval

Van de aangevoerde gronden zou alleen die betreffende de onverhaalbaarheid van de vorderingen verzoekster kunnen vrijpleiten van schuld. Daartoe ontbreken echter voldoende bewijzen, zodat ook hier het verwijt van de Hoge Autoriteit in stand blijft.

c) Derde geval

Hier is alleen het argument van de prijsaanpassing aangevoerd, dat geen rechtvaardiging vormt voor de gestelde overtredingen. Het blijft er bij, dat het Verdrag is geschonden.

d) Vierde geval

De argumenten betreffende de ongelijksoortigheid van de transacties en betreffende de prijsaanpassing heffen het verwijt van de Hoge Autoriteit niet op. Doch wel kan als rechtvaardiging gelden de insolvabiliteit van de koper, die in dit geval door wisselprotesten voldoende bewezen is, zodat in dit geval, in tegenstelling met het standpunt van de Hoge Autoriteit, niet van een inbreuk op het Verdrag kan worden gesproken.

II – *OPMERKINGEN MET BETREKKING TOT DE HOOGTE VAN DE OPGELEGDE GELDBOETE*

Het staat vast, dat de strafmaat belangrijk wordt beïnvloed door het wegvallen van een van de gestelde overtredingen. Afgezien daarvan zijn voor de gevallen 1 tot en met 3 bijzondere argumenten naar voren gebracht, die betrekking hebben op de hoogte van de boete.

1. *Heeft de Hoge Autoriteit in het eerste geval ten onrechte verzwarende omstandigheden aangenomen?*

De Hoge Autoriteit ziet een strafverzwarende omstandigheid in de wijze van boekhouding van verzoekster, waaruit niet kon worden afgeleid wie de koopprijs feitelijk had betaald. Zij concludeert daaruit, dat de toegestane kortingen opzettelijk zijn verzwegen.

Verzoekster bestrijdt, dat zij op grond van de voorschriften die ten aanzien van de boekhouding gelden verplicht is, de personen die betalen afzonderlijk te vermelden. Beslissend is naar haar opvatting alleen, of het bedrag van de vordering werkelijk in haar kas is terechtgekomen. Bij navraag heeft verzoekster terstond medegedeeld, wie de betalingen had verricht. Volgens artikel 47 van het Verdrag is alleen dan sprake van een strafbare verstrekking van onjuiste gegevens, indien een verzoek om inlichtingen van de Hoge Autoriteit is voorafgegaan. Bovendien mag de Hoge Autoriteit zich

naar de opvatting van verzoekster in deze procedure niet op artikel 47 van het Verdrag beroepen, daar zij dit voorschrift in haar beschikking niet heeft vermeld.

Volgens de opvatting van de Hoge Autoriteit is het niet voldoende, dat de boekhouding aan bepaalde nationale fiscale eisen of voorschriften voldoet. Zij staat op het standpunt, dat de ondernemingen van de Gemeenschap verplicht zijn hun boekhouding en de afzonderlijke boekingen zo in te richten, dat daaruit kan worden nagegaan of de voorschriften van het Verdrag in acht zijn genomen. Volgens de Hoge Autoriteit is het van groot belang, dat de boekhouding aantoont dat de prijsschalen in acht zijn genomen en derhalve aangeeft, welke betalingen op bepaalde leveranties zijn gevolgd.

Vooraf wil ik met betrekking tot dit geschilpunt er op wijzen, dat toepassing van artikel 47 in het onderhavige geval uitgesloten is. Daarbij kan in het midden worden gelaten, of de Hoge Autoriteit het recht heeft ten processe een beroep te doen op een voorschrift, dat in de considerans van de beschikking niet is vermeld. Artikel 47 handelt over gegevens, dus over inlichtingen, die op algemeen of bijzonder verzoek worden verstrekt. Het staat vast, dat de Hoge Autoriteit geen algemeen reglement betreffende de wijze van boekhouding heeft uitgevaardigd en het staat eveneens vast, dat de directeur van verzoekster op verzoek terstond inlichtingen heeft verstrekt over de feitelijke gang van zaken bij de betaling.

Overigens kan ervan worden uitgegaan, dat het opzettelijk verkeerd voorstellen van belangrijke transacties, die tegen de Verdragsvoorschriften ingaan, bij de beoordeling van overtredingen als verzwarende omstandigheid kan gelden, daar dit de controlerende taak van de Hoge Autoriteit, waaraan de ondernemingen van de Gemeenschap algemeen zijn onderworpen, verzwaart en daardoor het behoorlijk functioneren van de gemeenschappelijke markt in gevaar brengt. Ook al schrijft het Verdrag de ondernemingen niet uitdrukkelijk voor, de Gemeenschap de vervulling van haar taak te vergemakkelijken (zoals dit voor de staten in artikel 86, eerste lid, van het Verdrag is geschied), toch moet worden aangenomen dat zij dezelfde verplichting hebben. Hieruit volgt, dat de bedrijfsboek-

houding met het oog op de regels van het Verdrag op overzichtelijke wijze dient te worden gevoerd.

Of de betrokken onderneming in deze plicht is tekort geschoten, kan echter niet worden beoordeeld aan de hand van bepaalde nationale voorschriften voor de boekhouding.

In het onderhavige geval is bovendien betwist en onduidelijk, welke eisen in Italië aan de boekhouding worden gesteld. De gevoerde procedure heeft daarover geen uitsluitsel gegeven. Deze omstandigheid, èn het feit dat verzoekster op aanvraag bereidwillig inlichtingen heeft verstrekt, maken het bijzonder onwaarschijnlijk dat de opzet tot misleiding, welke de Hoge Autoriteit heeft aangenomen, voldoende is bewezen. Deze opzet mag derhalve niet als verzwarende omstandigheid in aanmerking worden genomen.

2. *Heeft de Hoge Autoriteit ten onrechte nagelaten, ten gunste van verzoekster verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen?*

Verzoekster beklaagt er zich vooral over, dat de beschikking geen aandacht besteedt aan de gronden die zij in haar brief van 15 oktober 1960 naar voren heeft gebracht ter rechtvaardiging van een mildere beoordeling van haar gedrag (ongunstige conjunctuur op de Italiaanse staalmarkt; gebrek aan discipline onder de meeste Italiaanse ondernemingen ten aanzien van de openbaarmaking der prijzen, van de opstelling der prijsschalen en van de prijsaanpassing; moeilijke situatie van verzoekster die zich toentertijd in een stadium van reorganisatie en wederopbouw bevond). Bovendien heeft zij zich bij de mondelinge behandeling te harer verontschuldiging op de onduidelijkheid van de geldende bepalingen beroepen. Deze argumenten moeten afzonderlijk worden beschouwd.

a) Wat de eerste categorie betreft, kan worden aangenomen dat verzoekster ten gevolge van de vermelde omstandigheden in zekere moeilijkheden kwam te verkeren.

Toch kan men niet spreken van een economische dwangpositie, van een noodtoestand in strafrechtelijke zin, die als rechtvaardigings-

grond zou kunnen gelden, want evenals de Hoge Autoriteit acht ik niet bewezen, dat de enige uitweg, die verzoekster overbleef, bestond in het overtreden van de prijsvoorschriften van de Gemeenschap. De Hoge Autoriteit heeft verklaard, dat juist de met verzoekster concurrerende Italiaanse ondernemingen (producenten van klein profielstaal) aan een actieve controle waren onderworpen. Bovendien valt in het geheel niet in te zien, waarom legale maatregelen (wijziging der prijsschalen, juiste aanpassing) als een teken van zwakte zouden zijn aangemerkt, zodat deze geen effect zouden hebben gehad en het van verzoekster niet kon worden verlangd, dat zij tot het nemen van deze maatregelen zou overgaan.

Daarentegen mag, evenals in het strafrecht, worden aangenomen dat de moeilijkheden, waarin verzoekster zich bevond, haar recht geven op een iets mildere beoordeling van de overtredingen. Weliswaar leidt het aannemen van verzachtende omstandigheden niet noodzakelijkerwijs tot een verlaging van de geldboete. Aangezien de Hoge Autoriteit zelf ver onder het toegelaten maximum is gebleven, zou ik het Hof willen voorstellen, in dit opzicht geen wijziging van de straf in overweging te nemen.

b) Waar verzoekster tracht aan de onduidelijkheid der voorschriften een rechtvaardigingsgrond te ontlenen, moet worden onderzocht, welke rechtsvragen zich in haar geval hebben voorgedaan. Slechts twee van haar argumenten steunen op de tekst van het Verdrag, namelijk die welke betrekking hebben op prijsaanpassing en op gelijksoortigheid. Wat het eerste argument betreft: zoals ik getracht heb aan te tonen, is de tekst van het Verdrag op dit punt dwingend en ondubbelzinnig. Doch ook het punt van de gelijksoortigheid der transacties leidt n.m.m., de tekst van het Verdrag en de beschikkingen van de Hoge Autoriteit in aanmerking genomen, niet tot grote moeilijkheden bij de beoordeling van de onderhavige gevallen. Op grond van algemene economische maatstaven was het zonder meer uitgesloten, dat differentiatie in dit geval geoorloofd was, daar anders elke definitie van het discriminatieverbod onmogelijk zou worden. Bovendien kon verzoekster te harer oriëntatie gebruik maken van de circulaires die de Hoge Autoriteit met betrekking tot de uitleg van artikel 60 heeft uitgegeven.

3. Ten slotte voert verzoekster aan, dat de straftoemeting onvoldoende gemotiveerd is. Inderdaad heeft de Hoge Autoriteit — indien men van de strafverzwarende omstandigheden afziet — niet aangegeven, door welke afzonderlijke elementen zij zich bij de keuze van haar beslissing heeft laten leiden. Naar mijn mening is dit onjuist. Juist een strafoplegging behoeft een zeer zorgvuldige motivering, wil men vermijden dat bij de betrokkenen de indruk ontstaat, dat de boete willekeurig is vastgesteld. Dit gebrek dwingt overigens niet tot vernietiging van de beschikking en terugwijzing naar de Hoge Autoriteit. Het Hof kan zelf volgens artikel 36 op grond van het tijdens de procedure verkregen inzicht, de straf wijzigen en de geldboete op een ander bedrag vaststellen; het betreft hier immers een „beroep in volle omvang" (pleine juridiction). Het gebrek aan motivering kan echter invloed hebben op de beslissing over de kosten, omdat het beroep, althans ten dele, op deze grond is ingesteld.

4. *Derhalve geldt voor de straftoemeting:*

— De bijzondere economische situatie van verzoekster, de algemene toestand van de conjunctuur en het gedrag van andere concurrerende ondernemingen geven geen aanleiding tot verlaging van de boete.

— Daarentegen dient op de strafmaat wèl invloed te hebben, dat t.a.v. een van de verweten overtredingen (namelijk het z.g. vierde geval) een rechtvaardigingsgrond is gevonden, zodat hier in feite niet van een overtreding van artikel 60 kan worden gesproken. Het totale bedrag van de verleende ongeoorloofde kortingen bedraagt derhalve niet 8.163.829 lire, maar slechts 3.904.831 lire.

— Het Hof kan ook rekening houden met het feit dat, anders dan de Hoge Autoriteit meent, geen opzet tot het verzwijgen van gegevens is bewezen. Het kan er bovendien rekening mede houden, dat in sommige gevallen van de derde categorie niet duidelijk is komen vast te staan of de grenzen voor de prijsaanpassing al dan niet in acht zijn genomen.

— Ten slotte dient te worden gelet op het kapitaal van de naamloze vennootschap, die het onderhavige beroep heeft ingesteld, alsmede op de som van de omzet of van de aan de algemene heffing

onderworpen waarde van de produktie in het jaar 1958. De Hoge Autoriteit geeft als aandelenkapitaal aan een bedrag van 630.000.000 lire. Zij deelt verder mede, dat uit het onderzoek van de boekhouding van verzoekster is gebleken, dat de totale verkoop van ijzer- en staalprodukten over 1958 een bedrag heeft belopen van ongeveer 1.775.000.000 lire. Indien het bedrag van de jaarlijkse heffing van de Gemeenschap aan de hand van deze som wordt geschat, dan komt men tot een uitkomst die beneden de 6 miljoen lire ligt.

Rekening houdende met al deze omstandigheden lijkt het mij juist, het bedrag van de boete niet hoger vast te stellen dan op ongeveer 4 miljoen lire.

Ik moge Uw Hof dan ook voorstellen, in deze zin uitspraak te doen, met verwerping van het beroep voor het overige. Ten aanzien van de kosten dient rekening te worden gehouden met het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor drie van de vier gestelde overtredingen, alsmede met het motiveringsgebrek. Derhalve verdient het aanbeveling, de kosten niet te verdelen in de verhouding 1 : 1 (overeenkomstig de gewijzigde hoogte van de boete), doch aldus, dat drievijfde van de kosten ten laste van verzoekster en tweevijfde ten laste van de Hoge Autoriteit komt.