CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN-PIERRE WARNER, PRÉSENTÉES LE 10 JANVIER 1978 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

La présente affaire est portée devant la Cour au titre de l'article 173 du traité CEE par l'entreprise Miller International Schallplatten GmbH (que nous dénommerons ci-après «Miller») en vue de contester une décision de la Commission du 1er décembre 1976 (76/915/CEE, JO n° L 357/40 du 29. 12. 1976) par laquelle cette dernière déclare (article 1) que certaines restrictions à l'exportation imposées par Miller à ses clients constituent des infractions à l'article 85, paragraphe 1, du traité et inflige à cette entreprise une amende de 70 000 unités de compte, soit 256 200 DM, du chef de ces infractions (article 2 de la décision).

Les faits, tels qu'ils sont relatés dans la décision litigieuse et tels qu'ils ont été complétés devant votre Cour par des éléments qui n'ont pas prêté à controverse, peuvent se résumer comme suit.

Miller exerce son activité à Quickborn, près de Hambourg, où elle produit des supports de son à bas prix (disques, bandes magnétiques et musi-cassettes). Le répertoire de l'entreprise se compose pour environ 45 % de musique légère en langue allemande, notamment de musique de «hit-parades» allemande et de musique folklorique allemande également, pour environ 43 % de diverses sortes d'enregistrements pour enfants dont la grande majorité sont en langue allemande, mais dont certains sont aussi en langue néerlandaise, pour environ 6 % de musique classique, pour environ 5 % de musique populaire en langue anglaise et, pour le reste (moins de 1 %), de séries documentaires.

Miller est la filiale à cent pour cent d'une société américaine, MCA Records Inc., qui est elle-même filiale d'une autre société américaine, MCA Inc., à Universal City, Californie.

Le 11 juin 1977, Miller a conclu un accord de distribution exclusive avec une société strasbourgeoise, Sopholest SA, pour la vente de ses produits en Alsace et en Lorraine (ce territoire étant défini par référence à une carte — voir l'annexe 2 à la requête). L'article 5 de cet accord prévoyait que les produits de Miller ne pouvaient en principe être exportés d'Alsace-Lorraine vers d'autres pays.

Le 15 novembre 1973, Miller a conclu un accord analogue avec une société néerlandaise, l'entreprise Delta BV de Haarlem, pour la vente de ses produits aux Pays-Bas (annexe 3 à la requête). L'article 9 de cet accord, rédigé en langue anglaise, prévoyait ce qui suit:

«Conformément aux réglementations CEE relatives au droit de propriété sur les marchandises et aux droits de réexportation de celles-ci, Delta et Miller conviennent ce qui suit: Miller accorde à Delta un droit exclusif pour le territoire couvert par le contrat; en contrepartie, Delta renoncera, conformément à l'esprit du présent accord, à exporter les produits désignés au contrat sans l'agrément formel de Miller, afin de ne pas porter préjudice aux importateurs ou licenciés de Miller au dehors des Pays-Bas.»

L'article 11 de l'accord contenait entre autres la disposition suivante:

«Le présent accord sera interprété et liera les parties conformément aux lois de la république fédérale d'Allemagne et en vertu de la réglementation commerciale existante telle qu'elle est prévue par les règlements de la Communauté économique européenne.»

1 — Traduit de l'anglais.

En fait, l'article 9 avait été supprimé en son entier par un addendum à l'accord, signé avant que ce dernier ne prenne effet. Ce point ne fait pas partie des infractions que la Commission reproche à Miller. Son importance, aux yeux de la Commission, tient en ce qu'il prouve qu'à l'époque, Miller avait pris conscience de ce que la réglementation communautaire prévoyait quelque chose à propos de telles clauses. Cela regarde le montant de l'amende.

En ce qui concerne les autres États membres de la Communauté, Miller avait également des distributeurs exclusifs en Belgique, au Danemark et au Luxembourg, mais ceux-ci n'étaient pas liés à elle par un accord formel. Pour l'Italie, Miller avait accordé une licence d'exclusivité à une entreprise italienne établie à Brebbia, près de Varèse, pour la fabrication et la vente de supports de son sous sa marque. Elle n'exportait pas à destination de l'Irlande ni du Royaume-Uni. En fait, plus de la moitié de ses exportations était dirigée vers l'Autriche et la Suisse.

En république fédérale d'Allemagne même, Miller comptait plus de 4 000 clients, au nombre desquels des grossistes, des supermarchés, des chaînes de commerce de détail, des grands magasins, des commerces de journaux, des «rack jobbers», des commerces de détail, des personnes privées et des exportateurs.

A partir de 1970, le texte des conditions de vente, de livraison et de paiement de Miller pour le marché intérieur comprenait une clause (l'article 9) qui prévoyait ce qui suit:

«Aucun disque portant une de nos marques ne peut être exporté. En cas d'inobservation de la présente disposition, nous pouvons cesser d'approvisionner le vendeur et le tenir pour responsable de toute action en indemnisation formée contre nous à l'étranger du chef de telles exportations.»

Le 1er août 1974, Miller a arrêté des conditions générales de vente et de livraison révisées, comportant une clause (l'article IX) libellée comme suit:

«Le client s'abstiendra, d'une façon générale, de revendre à l'étranger les articles que nous lui avons livrés. En cas d'infraction à la présente disposition, nous pouvons cesser d'approvisionner le client défaillant et lui réclamer une indemnité du chef de toute action en réparation formée contre nous à l'étranger.»

Durant la procédure administrative, Miller a affirmé à la Commission que ces conditions générales révisées figuraient dans les contrats conclus tant sur le marché intérieur qu'à l'étranger (voir annexe 1b à la requête). La Commission a relevé qu'il en était ainsi (voir 6e considérant de sa décision). Dans la réponse à une question que la Cour lui a posée à la clôture des débats, Miller a toutefois affirmé qu'il s'agissait là d'une erreur; que les clients étrangers avec lesquels aucun accord formel n'avait été conclu, ne recevaient qu'un barème de prix, et non pas les conditions générales de vente.

Le 7 mai 1975, après que la Commission fut intervenue sur la plainte d'un des clients allemands de la requérante, cette dernière a fait savoir qu'elle n'imposerait plus, à l'avenir, d'interdictions d'exporter à ses clients. Plus tard, au cours de la même année, elle a publié de nouvelles conditions génerales de vente, ne contenant plus la clause figurant anciennement sous l'article IX.

Dans son recours, Miller demande à ce qu'il plaise à la Cour déclarer nulle la décision de la Commission. A titre subsidiaire, elle demande à la Cour de réduire l'amende et de l'autoriser à s'en acquitter par échéances. (Une demande de Miller tendant à ce qu'elle soit autorisée à s'acquitter de l'amende dans une monnaie autre que le Deutsche Mark a été retirée à la suite de la décision que la Cour a rendue en interprétation de

son arrêt dans «l'affaire du sucre» (Recueil 1977, p. 445)).

En substance, Miller demande à ce que la décision de la Commission soit déclarée nulle et non avenue, motif pris, croyons-nous, de ce que la Commission n'a pas démontré, et n'a pas pu démontrer, que les restrictions à l'exportation en cause relevaient de l'article 85, paragraphe 1, du traité, en ce que la Commission n'a pas démontré, et n'a pas pu démontrer, que ces restrictions étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ou qu'elles avaient pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Miller soutient en particulier que la Commission a commis une erreur en surestimant sa position sur le marché.

La nature des arguments développés devant la Cour à l'appui de ces conclusions nous impose, croyons-nous, de rappeler quel est le droit applicable en la matière, tel qu'il a été interprété par la Cour.

En premier lieu, l'expression «qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres», figurant à l'article 85, paragraphe 1, suppose que l'accord litigieux est de nature à produire un impact direct ou indirect, actuel ou potentiel, sur la liberté du commerce entre États membres à l'effet d'empêcher, notamment en cloisonnant au niveau d'États membres le marché de certains produits, la réalisation d'un marché unique à l'échelle de l'ensemble des États membres. L'aptitude d'un accord à affecter ainsi le commerce entre États membres doit s'apprécier sur la base de critères objectifs, de droit ou de fait — voir par exemple l'affaire 56/65, Société technique minière/ Maschinenbau Ulm GmbH (Recueil 1966, p. 337), à la page 359 et les affaires 56 et 58/64, Consten et Grundig/Commission (Recueil 1966, p. 429), à la page 495. En second lieu, il résulte des mêmes sources que la référence que fait l'article 85, paragraphe 1, à un accord qui a «pour objet ou pour effet» d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, impose un examen alternatif. Si l'accord a manifestement un tel objet, il n'est pas nécessaire de rechercher quels sont ses effets. Ce n'est que dans la seule hypothèse où l'objet de l'accord n'est pas clair qu'il faut étendre l'analyse aux effets de celui-ci, c'est-à-dire à ses conséquences de fait.

Cela suffit à ôter toute pertinence aux arguments que Miller a basés, selon ses propres dires, sur l'idée qu'une restriction des exportations à destination d'autres États membres ne saurait être jugée contraire à l'article 85, paragraphe 1, s'il n'est démontré qu'elle a effectivement eu pour conséquence d'affecter le commerce entre États membres et d'empêcher le jeu de la concurrence dans une partie substantielle du marché commun. Miller a ainsi tenté de démontrer par de longs développements que ses clients allemands ne voulaient pas se lancer dans des activités d'exportation et n'étaient pas équipés pour le faire (bien que ce soit la plainte portée par l'un d'eux devant la Commission qui a déclenché, semble-t-il, toute la procédure, et bien qu'il paraisse improbable, comme le note la Commission, qu'un grossiste d'Aix-la-Chapelle, par exemple, préfère renvoyer un détaillant d'Eupen à un distributeur de Bruxelles plutôt que de le fournir lui-même). De même, la requérante a soutenu que ses clients étrangers n'avaient aucun intérêt à exporter vers d'autres pays ou à réimporter en république fédérale d'Allemagne (bien que, du propre aveu de Miller, l'entreprise Sopholest SA avait jugé profitable d'envoyer des marchandises de Strasbourg en Suisse et en Autriche et que l'entreprise Delta BV avait trouvé intéressant de fournir le marché belge à partir de Haarlem). Cette argumentation a donné lieu à un

long débat entre Miller et la Commission sur les motifs qui poussaient Miller à imposer sur son marché d'origine des prix plus élevés que sur les marchés d'exportation, et même sur le montant précis de l'écart de prix. Avec tout le respect dû aux parties en cause, il nous semble que tout cela était sans importance. Hormis les exceptions que nous mentionnerons dans un instant, l'article 85, paragraphe 1, interdit de stipuler dans les accords commerciaux des clauses restreignant expressément le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et cela indépendamment de la question de savoir si, en fait, ce commerce ou cette concurrence est du type que souhaitent ceux que ces clauses sont susceptibles d'affecter ou auquel ils sont en mesure de participer.

Miller a soutenu avoir fait preuve d'une attitude libérale en accordant à ses partenaires des exceptions aux clauses litigieuses en l'espèce. C'est possible, mais l'infraction visée par l'article 85, paragraphe 1, est le simple fait d'imposer de telles clauses et non pas un degré particulier de manque de libéralité dans leur application. Cela s'explique par le simple fait déjà que ces clauses produisent un effet inhibiteur qui ne peut être évalué aisément. Personne ne peut dire, par exemple, combien de clients de Miller, à combien d'occasions différentes, ont été empêchés d'exporter, sans avoir pensé à solliciter le bénéfice d'une dérogation. En fait, si l'effet inhibiteur de telles clauses pouvait être ignoré, l'article 85, paragraphe 2, qui les rend nulles et non avenues, suffirait en lui-même pour assurer la réalisation des objectifs de l'article 85, paragraphe 1. Il serait toutefois irréaliste de supposer qu'il en est ainsi. Dans un cas comme celui de l'espèce, il ne fait pas de doute que la libéralité dont peut avoir témoigné une entreprise en accordant des dérogations est un fait dont il doit être tenu compte dans la fixation de l'amende, mais cet élément n'a aucun rapport avec la question de l'existence ou non de l'infraction.

Nous avons dit qu'il existe des exceptions.

Les exceptions les plus importantes sont évidemment celles de l'article 85, paragraphe 3, mais cette disposition n'a pas été invoquée en l'espèce.

Ensuite, il existe une exception implicite dans l'article 85, paragraphe 1, lui-même. S'il est démontré qu'à défaut d'une restriction particulière du jeu de la concurrence, il y a impossibilité absolue de poursuivre certaines activités commerciales déterminées, cette restriction n'est pas visée par l'article 85, paragraphe 1. Ainsi votre Cour a-t-elle considéré, dans l'affaire «Technique minière», qu'il est possible qu'une restriction de la concurrence prévue dans le cadre d'un accord de distribution exclusive échappe à l'application de l'article 85, paragraphe 1, si, à défaut d'une telle restriction, le producteur en cause ne peut pas écouler ses produits à l'intérieur de la zone géographique couverte par l'accord. De même, dans les affaires jointes 19 et 20/74, les «affaires Kali» (Recueil 1975, p. 499), votre Cour a jugé que l'article 85, paragraphe 1, ne vise pas les accords permettant à un opérateur de céder le surplus de sa production à son concurrent, dès lors qu'à défaut de cette faculté, il lui serait entièrement impossible de commercialiser ce reliquat. Miller n'a pas cherché à bénéficier de cette exception.

Enfin, il est une exception dont Miller a, cette fois, cherché à se prévaloir et qui veut qu'un accord échappe à la prohibition de l'article 85, paragraphe 1, dès lors que la position sur le marché des parties au contrat est si faible que l'accord ne peut affecter que d'une manière insignifiante le libre jeu de la concurrence et le commerce entre États membres. Cette exception peut être dégagée des arrêts rendus par votre Cour dans les affaires 5/69, Völk/Vervaecke, Recueil 1969, p. 295, 1/71,

Cadillon/Höss, Recueil 1971, p. 351 et 22/71, Béguelin Import/G.L. Import Export, ibidem, p. 949. D'un point de vue historique, il semble que cette exception ait été déduite de la précédente, les faits de l'affaire Völk étant analogues à ceux de l'affaire Technique minière. En fait, l'avocat général, M. Gand, estimait clairement que la décision dans l'affaire Völk devait suivre celle rendue dans l'affaire Technique minière (voir Recueil 1969, p. 305-306). Mais l'exception a acquis une existence autonome et il nous semble qu'en tant qu'exception indépendante, elle ne peut être fondée que sur le principe «de minimis non curat lex», ou, comme le préfèrent certains, «de minimis non curat praetor». En outre, quoique les affaires Völk, Cadillon et Béguelin avaient trait toutes trois à des accords de distribution exclusive, nous ne voyons pas pourquoi l'exception qu'elles ont ainsi fait apparaître ne serait pas d'application générale. Mais alors que l'excuse invoquée dans les affaires Technique minière et Kali revient à dire «ma faute n'est pas une faute, parce que sans la commettre je n'aurais pu vendre», l'exception invoquée en l'espèce consiste à dire «ma faute ne doit pas être considérée comme telle, parce qu'elle est d'importance minime». Pour que cette excuse soit entendue, il faut effectivement que l'infraction à l'article 85, paragraphe 1, revête un caractère négligeable.

Miller a invoqué devant la Cour la communication de la Commission du 27 mai 1970 «sur les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne» (JO n° C 64/1 du 2. 6. 1970). Il ne nous semble pas, cependant, que ce document puisse servir sa cause. Comme l'avocat général, M. Dutheillet de Lamothe, l'a souligné dans l'affaire Cadillon (Recueil 1971, à la p. 361) et, de nouveau, dans l'affaire Béguelin (ibidem, à la p. 968), il résulte clairement du libellé même de la communication en question que celle-ci n'avait qu'une valeur indicative et non pas normative. Le texte du document avait été rédigé de façon à indiquer qu'il n'exprimait que l'opinion de la Commission; il indiquait que la «définition d'ordre quantitatif du caractère sensible» qu'il donnait n'avait pas «une valeur absolue» et il soulignait que, lorsqu'il y avait doute dans un cas d'espèce, les entreprises intéressées avaient «la possibilité de demander une attestation négative ou de notifier l'accord». Et, ce qui est encore plus important, il affirmait que «la présente communication ne préjuge pas l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes». Il ne pouvait en être autrement, puisque la Commission n'a pas le pouvoir de modifier le droit, tel qu'il résulte de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Dans l'hypothèse où une entreprise, se fondant de bonne foi sur les termes de la communication de la Commission, aurait agi en pensant que l'accord auquel elle était partie n'était pas visé par l'article 85, paragraphe 1, il est possible qu'il y aurait eu, en un certain sens, «exception péremptoire» [1] empêchant la Commission d'infliger par la suite une amende à cette entreprise au motif que l'accord en cause tombait en fait sous le coup de l'interdiction. Il ne saurait cependant y avoir «exception péremptoire» de ce genre en l'espèce, dans la mesure où rien n'indique que Miller s'est fondée d'une façon quelconque sur la communication. On ne voit pas, en effet, comment elle eût pu le faire en toute bonne foi. Les termes de la communication semblent viser les accords «horizontaux», soit entre producteurs, soit entre distributeurs. Ils ne s'appliquent pas aisément à un cas tel que celui de l'espèce, dans lequel un producteur impose des

1 — La notion d'«exception péremptoire», connue en droit romain et dans l'ancien droit français, a été choisie ici en vue de rendre la notion de *estoppel* du droit anglais, ce dernier terme recouvrant un moyen de preuve empêchant une partie de nier certains faits qu'elle a fait valoir auparavant (voir «Jowitt's Dictionary of English Law», éd. 1977, p. 725); en particulier, l'*estoppel by deed* est basée sur le principe que personne ne saurait contester son propre acte solennel (id., p. 726).

restrictions uniformes à l'ensemble de ses clients distributeurs.

Quelles seraient, dans une telle hypothèse, «les entreprises qui participent à l'accord» dont «les chiffres d'affaires comprenant l'ensemble des produits et des services» (ainsi que ceux de leurs filiales et de leurs sociétés-mères) doivent être additionnés pour constater s'ils dépassent la limite prescrite? Peut-être la réponse est-elle qu'en l'espèce, il eût convenu d'additionner le chiffre d'affaires de Miller, les chiffres d'affaires de tous ses clients et ceux de leurs filiales et sociétés-mères respectives (en ce compris le chiffre d'affaires de MCA Records Inc.). Il est certain que personne n'a tenté d'effectuer cette opération.

Par souci d'exhaustivité, nous devrions peut-être indiquer que la communication en cause a été remplacée récemment par une communication analogue datée du 19 décembre 1977 (JO n° C 313/3 du 29. 12. 1977). Les remarques que nous venons de faire seraient également applicables à cette nouvelle communication si celle-ci intéressait la présente affaire. Nous estimons cependant que tel n'est pas le cas, fût-ce parce que la légalité d'une décision arrêtée par la Commission en décembre 1976 ne saurait être mise en cause par un document publié par cette même Commission en décembre 1977; et il est clair, d'autre part, que, pour cet aspect de l'affaire, il suit des termes de l'article 173 du traité que vous ne pouvez qu'apprécier la légalité de la décision de la Commission à la date à laquelle elle a été adoptée.

Dans les considérants 12 à 15 de sa décision, la Commission traite de ce qu'il nous est peut-être permis d'appeler l'élément «de minimis» dans les termes suivants:

«12. considérant que, pour apprécier la restriction de concurrence en cause, on ne peut pas se baser sur la part que détient Miller de l'ensemble du marché des disques, bandes et cassettes; qu'en effet, Miller produit essentiellement des disques, bandes et cassettes de musique légère, qu'en raison de leurs caractéristiques particulières, musique légère et musique classique ne sont interchangeables que dans une faible mesure; que les disques, bandes et cassettes de musique légère constituent par conséquent un marché distinct; que si l'on considère que, en république fédérale d'Allemagne, environ 90 % de l'ensemble des ventes intérieures portent sur des disques, bandes et cassettes de musique légère, la part unitaire de marché détenue par Miller, qui s'élève à 6,07 %, l'ensemble du marché des disques, bandes et cassettes, se situe donc à environ 6,7 % du marché des produits de musique légère en république fédérale d'Allemagne;

13. considérant qu'il faut tenir compte du fait que la production de Miller est constituée pour la moitié environ d'un programme pour enfants et que, sur ce marché, Miller détient en république fédérale d'Allemagne une position prééminente;

14. considérant que bien que la gamme de produits fabriqués par Miller se compose pour moitié environ de disques pour enfants en langue allemande et, pour le reste, essentiellement d'enregistrements de «hit-parades» allemands et de musique folklorique allemande, les acheteurs de Miller auraient été en mesure de faire de la concurrence en exportant les produits en cause dans les autres pays de la Communauté, car les ventes de ces produits ne se limitent pas, pour des raisons linguistiques, par exemple, au seul territoire de la république fédérale d'Allemagne, comme en témoigne d'ailleurs la part unitaire de 3,25 % que Miller s'est adjugée dans les exportations allemandes de disques en 1975; que d'autres pays de la Communauté sont en fait susceptibles d'importer ces produits, du fait que la population de ces pays, ne fût-ce que dans les régions ayant des frontières

communes avec la république fédérale d'Allemagne, comprend en général suffisamment la langue allemande;

considérant que la compréhension de la langue allemande ne joue vraisemblablement qu'un rôle secondaire dans la vente de disques, bandes et cassettes de «hit-parades» allemands et de musique folklorique allemande (par exemple, chansons en dialecte et airs de carnaval) dans les autres pays de la Communauté; qu'au demeurant, des acheteurs d'autres pays de la Communauté peuvent avoir intérêt à réimporter les produits de l'entreprise en république fédérale d'Allemagne;

15. considérant que le jeu de la concurrence s'en trouvait restreint d'une manière sensible».

Les chiffres de 6,07 %, représentant la part que détient Miller sur l'ensemble du marché allemand des supports de son, et de 3,25 %, représentant sa part dans les exportations allemandes, sont en fait des chiffres que Miller a produits elle-même au cours de la procédure administrative devant la Commission, tout en signalant, il faut le dire, que le premier de ces chiffres, à tout le moins, est probablement plus élevé que la part réelle de Miller sur le marché, du fait qu'il est fondé sur les statistiques du «Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e. V.» (Association fédérale de l'industrie du son), qui ne tiennent pas compte de la production d'un certain nombre de graveurs clandestins (voir annexe 1 c à la requête). Devant votre Cour, la Commission a montré que, compte tenu de cette production clandestine, la part de Miller sur le marché allemand peut néanmoins être évaluée sans risque d'erreur à plus de 5 % (voir mémoire en défense, p. 9).

Ces pourcentages se rapportent aux quantités commercialisées. Comme Miller est essentiellement producteur d'articles à bas prix, sa part de marché en valeur est nécessairement inférieure à ces chiffres. La Commission l'a estimé à 3,75 %, ce qui est vraisemblable (voir le mémoire en défense, p. 8 et 9).

En toute hypothèse, ces chiffres sont très éloignés, par exemple, des parts de marché de 0,2 % et de 0,5 % qui étaient en cause dans l'affaire Völk (Recueil 1969, p. 303 et 304). Nous ne pensons pas cependant qu'en appliquant le principe «de minimis», il faille se limiter aux pourcentages représentatifs de la part de marché. Il convient de tenir compte également de la production et du chiffre d'affaires de l'entreprise ou des entreprises en cause, exprimé en chiffres absolus. Dans le cas qui nous occupe, nous savons qu'en 1975 la production de Miller a atteint près de 10 millions de supports de son et que son chiffre d'affaires a dépassé les 34 millions de DM. Nous ne pouvons considérer que ces chiffres sont négligeables. L'article 85, paragraphe 1, ne s'applique pas uniquement aux géants. Il convient d'apprécier également la portée de la restriction en cause. Or, la clause litigieuse en l'espèce était imposée à tous les clients de Miller, du moins sur le marché intérieur.

Les parties se sont fortement opposées devant votre Cour sur le point de savoir quel était «le marché en cause» en l'espèce, d'un point de vue géographique, d'une part, d'un point de vue qualitatif, de l'autre. L'avocat de Miller est allé jusqu'à soutenir un moment que, géographiquement, le «marché en cause» était la Communauté entière, et cela en dépit du fait qu'il avait soutenu, dans un contexte différent, qu'il n'existe pas de marché substantiel pour les produits de Miller en dehors de la république fédérale d'Allemagne et des régions limitrophes de celle-ci où l'on parle communément allemand. Miller a également allégué que le marché des supports de son est indivisible. Il dit que c'est à tort que la Commission a abordé cette affaire en considérant qu'il existe des marchés séparés pour les supports de son de musique légère et pour les

supports de son de musique classique; des marchés séparés pour les supports de son destinés aux enfants et pour les supports de son destinés aux adultes ou encore des marchés séparés pour les supports de son à bas prix, d'une part, et pour les supports de prix élevé, de l'autre. Dans les circonstances de l'espèce, nous croyons qu'il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions sur ces points. Nous ferons toutefois observer que la Commission n'a pas fondé sa décision sur l'existence d'un marché distinct des supports de son à bas prix, bien qu'elle ait soulevé le problème au cours de la procédure administrative et qu'elle ait de nouveau laissé apparaître un certain penchant à cet égard au cours de la procédure contentieuse.

Miller a soutenu dans sa réplique que l'incertitude des statistiques existantes ainsi que les autres difficultés rencontrées pour établir les faits relatifs au marché étaient telles qu'il est impossible de déterminer exactement sa part réelle sur le marché en cause et que la Commission ne saurait dès lors se soustraire à l'obligation de prouver que cette part est importante. Il nous semble que l'on veut prendre ici le contre-pied de la volonté du législateur communautaire. Lorsque l'accord en cause enfreint l'article 85, paragraphe 1, on ne saurait, en effet, soutenir que, nonobstant cela, cet accord échappe aux conséquences prévues par cette disposition à moins que la Commission ne puisse prouver, faits à l'appui, que le principe «de minimis» ne peut trouver application en l'espèce.

Voyons maintenant ce qu'il faut penser des conclusions que Miller a présentées à titre subsidiaire et qui tendent à ce que la Cour réduise le montant de l'amende et autorise la requérante à s'en acquitter par échéances. A l'appui de ces prétentions, Miller a développé une argumentation axée sur quatre points, à savoir:

1) l'erreur prétendue de la Commission, en ce que celle-ci estime que Miller a enfreint intentionnellement les dispositions de l'article 85, paragraphe 1;
2) le caractère dérisoire que revêtent les infractions à cet article commises par Miller;
3) la position financière de Miller et, en particulier, sa marge commerciale peu importante et un manque de liquidités (dus, selon Miller, aux lourds engagements pris dans des programmes d'investissement), et
4) le fait que les nouvelles conditions de vente, de livraison et de paiement que Miller a adoptées en 1974 ont été rédigées par un avocat, M^e^ Kirchner de Hambourg.

Sur le premier de ces points, la Commission s'est, en fait, exprimée comme suit (21^e^ considérant de la décision):

«Considérant que c'est de propos délibéré que Miller a enfreint l'article 85, paragraphe 1; qu'elle savait que l'interdiction d'exporter empêchait ses acheteurs de se porter concurrents dans les autres pays de la Communauté pour les produits désignés au contrat, et qu'elle souhaitait qu'il en fût ainsi; qu'elle savait également que l'interdiction d'exporter violait le droit communautaire, ou du moins qu'elle a passé outre délibérément au doute qu'elle avait à ce sujet».

Pour démontrer que Miller avait choisi à tout le moins d'ignorer les doutes qu'elle pouvait avoir sur la portée de l'article 85, paragraphe 1, la Commission se fonde sur la teneur de l'article 9 de l'accord intervenu entre la requérante et Delta BV et, plus particulièrement, sur le fait qu'un des gérants de Miller a admis au cours de la procédure administrative que son entreprise avait conscience de ce que le droit communautaire prohibe pour le moins les interdictions absolues d'exporter (voir annexe 1 d à la requête). Il nous semble que cette constatation était justifiée en l'oc-

currence. Il est intéressant d'observer que si, dans ses mémoires, Miller fait d'abondantes offres de preuve sur de nombreux autres points, elle n'en fait aucune sur cette question.

Si tant est qu'il soit possible de déceler une critique quelconque au 21e considérant de la décision, il s'agit du fait que, dans la suite de ce considérant, la Commission s'est exprimée en des termes suggérant que les commerçants de la Communauté devaient connaître les décisions qu'elle a rendues dans des cas individuels au titre de la réglementation sur la concurrence. Nous pensons que les commerçants dans la Communauté devraient être présumés connaître le droit des traités, les règlements pris en application de ceux-ci et, le cas échéant, la jurisprudence de la Cour. Ce serait cependant trop attendre d'eux que d'exiger qu'ils se tiennent au courant de toutes les décisions individuelles de la Commission. Ces dernières ne sont pas, en effet, source de droit. Cette faille dans le raisonnement de la Commission n'affecte toutefois en rien la validité de l'appréciation qu'elle a donnée du comportement de Miller. En outre, pour fixer le montant de l'amende, elle a considéré en fait que la faute commise par Miller était plus une faute par négligence qu'une faute intentionnelle. Nous le démontrerons par la suite.

Passons maintenant au caractère prétendument dérisoire de l'infraction. Sur ce point, il faut — selon nous — garder présents à l'esprit les termes de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17. (JO n° L 204 du 21. 2. 1962). Dans la mesure où il intéresse la présente espèce, cette disposition est libellée comme suit:

«La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises ... des amendes de mille unités de compte au moins et d'un million d'unités de compte au plus, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction, lorsque, de propos délibéré ou par négligence ... elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ... du traité ...

Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.»

Ainsi le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission pour déterminer le montant de l'amende se situe-t-il entre 0 % et 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise en cause. Cela étant, nous ne méconnaissons pas que l'article 15, paragraphe 2, parle d'amendes «de mille unités de compte au moins et d'un million d'unités de compte au plus», mais le Conseil n'a pas pu vouloir dire par là que l'entreprise ayant un chiffre d'affaires de moins de 10 millions d'unités de compte pourrait, «mutatis mutandis», se voir frappée plus lourdement que celle dont le chiffre d'affaires dépasse les 10 millions d'unités de compte. La limite inférieure de mille unités de compte doit être entendue en ce sens — croyons-nous — que si l'infraction mérite une amende inférieure à ce montant, cette amende ne doit pas être infligée.

Il s'ensuit qu'une amende égale à 10 % du chiffre d'affaires peut être considérée comme adéquate dans le cas d'une infraction commise intentionnellement, de la nature la plus grave et d'une durée considérable. A l'autre bout de l'échelle des peines, l'infraction commise par simple négligence, d'une nature tout à fait vénielle et uniquement de courte durée, mérite une amende inférieure à 1 % du chiffre d'affaires au cas où les circonstances imposent néanmoins qu'une amende soit infligée.

Selon Miller, le montant de l'amende infligée en l'espèce représente 0,73 % de son chiffre d'affaires. L'article 17 du règlement n° 17 confie, certes, à la Cour compétence de pleine juridiction pour

statuer sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende, mais il nous semble toutefois que dans une affaire où la Commission a fixé l'amende au montant le plus bas, ce serait faire peu de cas du pouvoir discrétionnaire de la Commission que de réduire encore l'amende pour la simple raison que l'infraction est vénielle.

Sur un moyen présenté à titre subsidiaire par Miller, nous croyons devoir faire observer que la Commission a expressément mentionné (au point 22 (b) de la décision) qu'au nombre des facteurs dont elle a tenu compte pour fixer le montant de l'amende, figure le fait que de toute manière «Miller a eu connaissance de quelques cas d'exportation dans d'autres pays de la Communauté, mais sans avoir pris de sanctions à leur égard».

En ce qui concerne la situation financière de la requérante, la Cour (comme l'y autorise l'article 45, paragraphe 2, lettre b), du règlement de procédure) a invité Miller à produire ses bilans pour les années 1974 à 1976, aux fins de voir, en particulier, quelles étaient les marges commerciales et la situation de liquidité de l'entreprise. Miller a demandé d'être autorisée à ne pas présenter ces documents, motif pris de ce qu'elle ne souhaitait pas que ces données soient divulguées. La Cour n'a pas insisté, mais, ainsi que l'a expliqué l'avocat de Miller en réponse à une question que lui avait posée l'un de vous, Messieurs, en cours d'audience, Miller savait qu'en agissant ainsi elle excluait elle-même toute possibilité pour la Cour de réduire l'amende à la lumière de ces éléments. La Cour ne dispose, en effet, d'aucune information sur ces éléments, hormis ce qu'a dit Miller en termes généraux.

Le fait que c'est un avocat («Rechtsanwalt») qui a rédigé le nouveau texte des conditions de vente, de livraison et de paiement de Miller n'a pas été mentionné au cours de la procédure administrative devant la Commission et il n'en a pas été non plus question dans la requête. Ce n'est qu'au stade de la réplique que Miller y a fait allusion, en expliquant ce retard par le fait que les documents s'y rapportant avaient été oubliés jusqu'alors dans un dossier déjà classé. Nous avouerons, Messieurs, que c'est cet aspect de l'affaire qui nous a le plus préoccupé. Si le fait qu'un profane agisse sur le conseil d'un juriste qualifié ne saurait être opposé en règle générale, ni à une requête au civil ni à une inculpation au pénal, il ne fait pas de doute qu'en l'absence de mauvaise foi, cet élément doit jouer comme une forte circonstance atténuante pour la fixation de la peine, même si celle-ci n'a pas un «caractère pénal» (ainsi qu'il est dit à l'article 15, paragraphe 4, du règlement n° 17).

La Commission se fonde en premier lieu sur l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, qui dispose comme suit:

«La production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit ou de fait qui se sont révélés pendant la procédure écrite.»

Il nous semble que la Commission recherche une interprétation trop stricte de cette disposition. Si l'explication de Miller est exacte, «l'élément nouveau» en cause dans cette affaire se fonde sur un élément de fait qui s'est révélé pendant la procédure écrite, bien qu'il ne se soit peut-être pas révélé à cause d'un élément de cette procédure. En outre, l'article 42, paragraphe 2, doit être lu conjointement avec l'article 42, paragraphe 1, qui est libellé comme suit:

«Les parties peuvent encore faire des offres de preuve dans la réplique et la duplique à l'appui de leur argumentation. Elles motivent le retard apporté à la présentation de leurs offres de preuve».

Il est possible de soutenir que le seul point en litige en ce qui concerne le

présent aspect de l'espèce est la gravité de l'infraction commise par Miller et que ce que tente de faire cette entreprise, c'est de rapporter des preuves supplémentaires à l'appui de ses allégations sur ce point.

En tout état de cause, nous ne sommes guère enclin à exclure, pour des motifs procéduraux si ténus, des éléments pouvant porter à atténuer une amende.

Force est aussi d'admettre, selon nous, que la Commission ne convainc pas davantage lorsqu'elle soutient que ce nouvel élément vient contredire certaines assertions antérieures de Miller, à savoir que si elle a enfreint le droit communautaire, elle l'a fait dans l'ignorance de ce droit et parce qu'elle ne disposait pas d'un service juridique pouvant la mettre en garde contre une infraction possible. Si la Commission a raison de dire qu'en fait, Miller avait choisi d'ignorer la portée réelle du droit communautaire, un argument de cette nature n'a manifestement rien à voir avec l'espèce.

En revanche, nous avons été impressionné par l'analyse que la Commission a faite des circonstances dans lesquelles Miller a obtenu de Me Kirchner le projet des nouvelles conditions de vente, de livraison et de paiement.

Le premier élément de preuve annexé à la réplique de Miller est une lettre de cette dernière à Me Kirchner, datée du 25 septembre 1973, et qui, pour Miller, est signée par un certain H. Müller. La lettre rappelle que Me Kirchner a critiqué à plusieurs reprises les conditions de vente, de livraison et de paiement de Miller à l'occasion de procès dans lesquels il représentait cette entreprise et il lui est demandé de les remanier (annexe 14 à la réplique). A cela fait suite une lettre de Me Kirchner à Miller, en date du 14 novembre 1973, comprenant son projet de conditions de vente, comportant un article IX libellé en une forme plus stricte que celle qui a été retenue finalement (voir annexes 15 et 16 à la réplique). Il ressort de cette lettre que le principal souci de Me Kirchner était de protéger Miller contre des clients défaillants. Il existe enfin une lettre de Me Kirchner à Miller, faisant suite à la précédente et datée du 22 novembre 1973, par laquelle l'avocat présente sa note d'honoraires et dans laquelle il commente une loi allemande du 17 juillet 1973 donnant effet en république fédérale d'Allemagne à la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers. Me Kirchner y fait observer que Miller doit formellement exclure par écrit l'application des dispositions de cette loi si elle désire que ses conditions particulières de vente prévalent sur celles-ci (annexe 17 à la réplique).

Cette correspondance ne contient aucune mention relative au droit communautaire. Or, à la même époque, Miller négociait avec Delta BV l'accord qui a été signé le 15 novembre 1973, accord à propos duquel Miller a admis qu'elle savait que le droit communautaire visait les clauses conçues dans les termes de l'article IX.

Dans sa réplique, Miller a fait offre de preuves en proposant à la Cour qu'elle entende M. Müller et Me Kirchner lui-même. Celle-ci a estimé qu'il valait mieux entendre les arguments des parties avant de décider s'il y avait lieu de procéder à l'audition de ces témoins. La Commission soutient que la Cour ne pourrait logiquement pas réduire l'amende sur la base de la connaissance limitée qu'elle a acquise des circonstances dans lesquelles Me Kirchner a rédigé les nouvelles conditions de vente, de livraison et de paiement de Miller. Nous sommes d'accord sur ce point. Nous ne savons pas comment Me Kirchner a pu être amené à méconnaître le droit communautaire, ni comment Miller a pu omettre de lui demander de la conseiller sur ce point, ni pourquoi l'article IX du projet de Me Kirchner a été modifié.

Aussi bien estimons-nous que vous pouvez, Messieurs, choisir deux voies différentes. La première consisterait à ordonner une instruction sur ces questions en vertu de l'article 45 du règlement de procédure; la seconde, à renvoyer l'affaire devant la Commission, afin que celle-ci réexamine le montant de l'amende à la lumière des nouveaux éléments de preuve présentés par Miller. Il existe d'ailleurs un précédent à cet égard, dans l'affaire 11/74 (Transocean Marine Paint Association/Commission, Recueil 1974, p. 1063), bien ~~qu'en~~ l'espèce, le pouvoir de la Cour d'ordonner ce renvoi doive se déduire non de l'article 176 du traité, mais des dispositions combinées de l'article 172 du traité et de l'article 17 du règlement n° 17. Nous croyons, quant à nous, que cette dernière solution est la bonne, parce qu'en la retenant, la Cour respecterait le principe selon lequel c'est à la Commission qu'il appartient au premier chef d'établir les faits étayant l'amende infligée au titre du règlement n° 17 et de fixer le montant de cette amende.

Nous ne pensons pas cependant qu'il faille mettre une partie quelconque des frais de l'instance à la charge de la Commission, étant donné que son comportement ne saurait, à aucun égard, prêter le flanc à la critique.

Aussi concluons-nous à ce que vous

1) annuliez l'amende infligée par l'article 2 de la décision de la Commission et renvoyiez l'affaire devant la Commission afin que celle-ci détermine le montant de l'amende à la lumière des nouveaux éléments de preuve apportés par Miller; et

2) condamniez Miller aux dépens de l'instance.