2. Sagsøger idømmes sagsomkostningerne.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 1. februar 1978

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 10. JANUAR 1978 [1]

Høje Ret.

Miller International Schallplatten GmbH (herefter »Miller«) har anlagt dette søgsmål i medfør af EØF-traktatens artikel 173 for at anfægte en kommissionsbeslutning af 1 december 1976 (76/915/EØF, EFT 357/40 af 29. 12. 1976), hvori Kommissionen (i artikel 1) antog, at visse eksportrestriktioner, som Miller havde pålagt sine forhandlere, var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1 og (i artikel 2) pålagde Miller en bøde på 70 000 regningsenheder »dvs.« 256 200 DM for disse overtrædelser.

De faktiske omstændigheder i Kommissionens beslutning suppleret med de oplysninger, som ubestridt er fremlagt for Dem, kan sammenfattes således.

Miller fremstiller i Quickborn ved Hamburg billige lydbærere (grammofonplader, lydbånd og musikkassetter). Virksomhedens repertoire består i ca. 45 % tysk, let underholdningsmusik, heriblandt musik fra den tyske »hitparade« og tyske folkesange, ca. 43 % består i forskellige slags grammofonplader for børn, hvoraf nogle er indspillet på nederlandsk, medens størstedelen er indspillet på tysk, ca. 6 % klassisk musik samt 5 % populærmusik på engelsk, medens resten af virksomhedens repertoire (under 1 %) er dokumentaroptagelser.

Virksomheden ejes fuldstændigt af det amerikanske pladeselskab MCA Records Inc., som selv er datterselskab til et andet amerikansk selskab MCA Inc., Universal City, Californien.

Miller indgik den 11. juni 1971 en eneforhandlingsaftale med et firma i Strasbourg, Sopholest SA, med henblik på salg af Miller-produkter i Alsace-Lorraine (dette område angives med henvisning til et kort — se bilag 2 i stævningen). Punkt 5 i denne aftale bestemmer, at Millers produkter principielt ikke må udføres fra Alsace- Lorraine til andre lande.

1 — Oversat fra engelsk.

Miller indgik den 15. november 1973 en lignende aftale med et hollandsk firma, Delta BV, Haarlem, med henblik på salg af Miller-produkter i Nederlandene (bilag 3 i stævningen). Punkt 9 i denne aftale, som var affattet på engelsk, lyder således:

»I overensstemmelse med [sic] EØF-forskrifterne om rettigheder og eksportrettigheder i forbindelse med varer træffer Delta og Miller følgende aftale: Under hensyn til at Miller indrømmer Delta en eneforhandlingsret i aftaleområdet, afstår Delta i overensstemmelse med aftalens ånd fra at eksportere de af aftalen omfattede produkter fra Nederlandene uden Millers udtrykkelige godkendelse, således at Millers importører eller licenstagere uden for Nederlandene ikke lider tab.«

Punkt 11 bestemmer bl.a.:

»Denne aftale skal fortolkes og binde parterne i overeensstemmelse med Forbundsrepublikken Tysklands lovbestemmelser og de i Det europæiske økonomiske Fællesskabs forordninger foreskrevne regler for handelen.«

Punkt 9 ophævedes faktisk i sin helhed ved en tilføjelse til aftalen, som blev underskrevet, inden aftalen trådte i kraft. Dette hører ikke til de overtrædelser, som Kommissionen fandt Miller skyldig i. Klausulen har efter Kommissionen dog den betydning, at den beviser, at Miller på dette tidspunkt var klar over, at fællesskabsretten indvirkede på sådanne klausuler. Dette spiller en rolle for bødens størrelse.

Med hensyn til den øvrige del af Fællesskabet havde Miller også eneforhandlere i Belgien, Danmark og Luxembourg, skønt der ikke i disse tilfælde forelå nogen skriftlig aftale. For Italiens vedkommende havde Miller meddelt et italiensk firma i Brebbia, nær Varese, enelicens til fremstilling og salg af grammofonplader med Millers mærke. Miller eksporterede ikke til Irland eller til Det forenede Kongerige. Over halvdelen af Millers eksport gik til Østrig og Schweiz.

Miller havde i Forbundsrepublikken Tyskland over 4 000 kunder, heriblandt grossister, supermarkeder, kædebutikker, stormagasiner, kiosker, »rack jobbers«, detailhandlere, privatpersoner og eksportører.

Miller anvendte fra omkring 1970 i sine salgs- og leveringsbetingelser for hjemmemarkedet en klausul (punkt 9) som lød således:

»Det er forbudt at udføre grammofonplader, som bærer vore mærker. I tilfælde af overtrædelse forbeholder vi os ret til at indstille leverancerne til køberen og at gøre denne ansvarlig i tilfælde af erstatningskrav fra udlandet, som gøres gældende mod os som følge af en sådan udførsel.«

Den 1. august 1974 ændrede Miller salgs- og leveringsbetingelserne, som herefter indeholdt følgende klausul under (punkt IX):

»Det er principielt forbudt køberen at videresælge de artikler til udlandet, som vi har leveret. I tilfælde af overtrædelser forbeholder vi os udtrykkelig ret til at indstille leverancerne til den køber, som bryder denne aftale, samt at gøre erstatningskrav, som fremsættes over for os af udenlandske rettighedshavere, gældende mod denne«.

Under den administrative behandling oplyste Miller over for Kommissionen, at disse ændrede salgs- og leveringsbetingelser gjaldt for såvel indenlandske som udenlandske købere (se bilag 1, litra b) i stævningen). Kommissionen lagde også dette til grund (se beslutningens artikel 6). Som svar på et spørgsmål, som Domstolen stillede ved retsmødets afslutning, oplyste Miller imidlertid, at dette var en misforståelse, og at udenlandske købere, som selskabet ikke havde indgået nogen skriftlig kontrakt med, kun modtog prislister, men ikke salgs- og leveringsbetingelserne.

Efter at Kommissionen på grundlag af en klage, som Kommissionen havde modtaget fra en af Millers tyske kunder,

havde grebet ind, meddelte Miller, at virksomheden ikke fremtidigt ville pålægge sine købere eksportforbud. Senere i samme år indførte den nye salgs- og leveringsbetingelser, hvori punkt IX var udeladt.

Miller nedlægger i denne sag påstand om annullation af Kommissionens beslutning. Subsidiært om at Domstolen nedsætter bødens størrelse og giver tilladelse til at afdrage den. (Millers påstand om tilladelse til at betale bøden i en anden valuta end DM er trukket tilbage efter Domstolens afgørelse om fortolkningen af dens dom i »sukkersagerne« (Sml. 1977, s: 445).

Miller støtter i det væsentlige, så vidt jeg forstår det, sin påstand om annullation af Komissionens beslutning på, at Kommissionen ikke har bevist og heller ikke kan bevise, at de pågældende eksportforbud er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, og på, at Kommissionen ikke har bevist og heller ikke kan bevise, at disse forbud kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne eller har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Miller hævder især, at Kommissionen har overvurderet dens markedsandel.

Når henses til indholdet af de anbringender, som Miller har anført til støtte for disse påstande, anser jeg det for nødvendigt at resumere den retspraksis, som Domstolen har anlagt i sådanne sager.

For det første betyder sætningen »der kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne« i artikel 85, stk. 1, at den pågældende aftale direkte eller indirekte og faktisk eller potentielt kan påvirke den frie handel mellem medlemstaterne, således at den navnlig ved opdeling af markedet for visse produkter mellem medlemsstaterne er til hinder for at nå målet, et enkelt marked, som omfatter alle de opdelte markeder. Om en aftale således kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne må bedømmes på grundlag af objektive omstændigheder, enten retlige eller faktiske — se f.eks. sag 56/65 Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm GmbH Sml. 1965-1968 s. 211-216 og forenede sager 56 og 58/64 Consten og Grundig mod Kommissionen Sml. 1965-1968, s. 245 på s. 253. For det andet fremgår det af de samme domme, at henvisningen i artikel 85, stk. 1 til en aftale, som har til »formål eller til følge« at begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, indebærer en alternativ kontrol. Hvis en aftale umiddelbart har dette til formål, er det unødvendigt at undersøge dens følge. Det er kun, såfremt formålet er uklart, at det er nødvendigt at se på aftalens følge, altså dens faktiske virkninger.

Dette alene gør de af Miller for Domstolen fremførte anbringender irrelevante, som alene var støttet på en antagelse, at en restriktion af eksporten til andre medlemsstater kun kan stride mod artikel 85, stk. 1, hvis det bevises, at denne restriktion faktisk har påvirket handelen mellem medlemsstaterne og hindret konkurrencen inden for Fællesskabet føleligt. Miller uddybede disse anbringender og anførte, at den tyske køber ikke ønskede og heller ikke var i stand til at påbegynde eksportvirksomhed (skønt det tilsyneladende var en af disse, som ved sin klage til Kommissionen startede hele denne sag, og skønt det, som Kommissionen har anført, forekommer utroligt, at eksempelvis en grossist i Aachen, istedet for selv at levere til en detailhandler i Eupen, hellere vil henvise ham til en forhandler i Bruxelles). På samme måde gjorde Miller gældende, at det ikke var tiltrækkende for dets udenlandske kunder at eksportere til andre lande eller tilbage til Tyskland (skønt, hvilket Miller selv har indrømmet, Sopholest SA havde haft fortjeneste på at sende varer fra Strasbourg til Schweiz og til Østrig, og Delta BV havde haft fortjeneste på at levere til det belgiske marked fra Haarlem). Disse anbringender

afstedkom en længere diskussion mellem Miller og Kommissionen om grundene til, at Miller krævede en højere pris for sine produkter på hjemmemarkedet end på eksportmarkederne og om den nøjagtige prisforskel. Hele denne diskussion var efter min mening med al respekt for parterne irrelevant. Bortset fra de undtagelser, som jeg skal komme ind på om et øjeblik, forbyder artikel 85, stk. 1, at handelsaftaler indeholder klausuler, som udtrykkeligt begrænser handelen og konkurrencen mellem medlemsstaterne inden for fællesmarkedet, og dette forbud gælder, uanset om den pågældende handel eller. konkurrence faktisk er en handel eller en konkurrence, som de pågældende ikke ønsker eller ikke er i stand til at påtage sig.

Miller anførte, at den liberalt havde indrømmet fritagelser fra de pågældende klausuler. Dette er muligt, men den overtrædelse, som rammes af artikel 85, stk. 1 er selve pålæggelsen af sådanne klausuler, og ikke en særlig streng håndhævelse af dem. Det må forholde sig således, om ikke andet fordi sådanne klausuler har en hindrende effekt, som kun vanskeligt kan beregnes. F.eks. kan man ikke vide noget om, hvor mange gange Millers købere er blevet hindret i at eksportere uden at have tænkt på at søge dispensation. Hvis der kunne ses bort fra sådanne klausulers hindrende virkning, ville artikel 85, stk. 2, som gør dem ugyldige, i sig selv være tilstrækkelig til at sikre målene med artikel 85, stk. 1. Det ville dog være urealistisk at gå ud fra, at det forholder sig således. I en sag som den foreliggende må der utvivlsomt tages hensyn til den gavmilde udstedelse af dispensationer ved fastsættelsen af bøden, men dette er uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt artikel 85, stk. 1 er blevet overtrådt.

Jeg nævnte undtagelser.

De væsentligste undtagelser er naturligvis undtagelserne i artiklens stk. 3, men denne bestemmelse er ikke påberåbt her.

Artikel 85, stk. 1 indeholder selv forudsætningsvis en undtagelse. Hvis det påvises, at en særlig handel overhovedet ikke kan finde sted, med mindre der foreligger en særlig begrænsning af konkurrencen, rammes denne begrænsning ikke af artikel 85, stk. 1. I sagen *Société Technique Minière* statuerede Domstolen således, at en konkurrencebegrænsning i en eneforhandlingsaftale kan falde uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1, hvis den pågældende begrænsning var nødvendig for, at den pågældende producent overhovedet kunne komme ind på det område, som aftalen omfattede. Domstolen statuerede også i sagerne 19 og 20/74 »Kalisagerne« (Sml. 1975, s. 499), at artikel 85, stk. 1 ikke ramte en aftale, hvorefter en virksomhed kunne sælge sin overskudsproduktion til sin konkurrent, hvor virksomheden uden denne mulighed ville have været afskåret fra overhovedet at afsætte denne produktion. Miller har ikke gjort denne undtagelsesmulighed gældende.

Endelig er der en undtagelse, som Miller har påberåbt sig, og som går ud på, at en aftale falder uden for artikel 85, stk. 1, hvis kontrakternes stilling på markedet er så svag, at aftalen kun i ubetydelig grad kan påvirke fri konkurrence og handel mellem medlemsstaterne. Denne undtagelse blev lagt til grund af Domstolen i dens domme i sag 5/69 *Völk* mod *Vervaecke* Sml. 1969, s. 69, sag 1/71 *Cadillon* mod *Höss* Recueil 1971, s. 351 og sag 22/71 *Béguelin Import* mod *G. L. Import Export*, ibid. s. 949. Rent historisk synes denne undtagelse at være en følge af de sidstnævnte, for så vidt som *Völk* mod *Vervaecke* lignede sagen *Technique Minière*. Generaladvokat Gand var af den opfattelse, at afgørelsen *Völk* mod *Vervaecke* måtte følge afgørelsen i sagen *Technique Minière* (se Sml. 1969 på s. 73). Men undtagelsen har fået selvstændigt liv, og efter min mening kan dens status som

selvstændig undtagelse kun støttes på princippet om »de minimis non curat lex« (loven interesserer sig ikke for ubetydeligheder), eller som nogle foretrækker at betegne det »de minimis non curat praetor« (dommeren interesserer sig ikke for ubetydeligheder). Skønt *Völk* mod *Vervaecke, Cadillon* mod *Höss* og *Béguelin*-sagerne alle tre drejede sig om eneforhandlingsaftaler, kan jeg endvidere ikke se nogen grund til, at den i disse sager knæsatte undtagelse ikke skulle gælde generelt. Men når begrundelsen for den påberåbte undtagelse i sagerne *Technique Minière* og *Kali* er »min brøde er ingen brøde, fordi uden den kunne jeg ikke handle« (my is no sin because without it I could not trade), er begrundelsen her »min brøde må overses, fordi den er så ubetydelig« (my sin should be disregarded because it is so tiny). For at dette anbringende kan godtages, må overtrædelsen af artikel 85, stk. 1 virkelig være forsvindende lille.

Miller har henvist til Kommissionens meddelelse af 27. maj 1970 »vedrørende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1 i traktaten om oprettelse af Det europæiske Fællesskab« (JO C 64/1 af 2. 6. 1970). Jeg mener imidlertid ikke, at henvisningen til denne meddelelse kan støtte Miller. Som generaladvokat Dutheillet de Lamothe anførte i *Cadillon* mod *Höss* (Recueil s. 361) og igen i sagen *Béguelin* (ibid. på s. 968), fremgår det klart af indholdet i denne meddelelse, at den alene var en vejledning, og at den ikke havde nogen retlig virkning. Meddelelsen gav udtryk for Kommissionens mening, og Kommissionen angav heri, at »den i meddelelsen« angivne »kvantitative definition« af »mærkbar« ikke var »en absolut målestok« og understregede, at de pågældende virksomheder i tvivlstilfælde »frit kunne ansøge om negativattest eller anmelde aftalen«. Og endnu vigtigere er det, at det anførtes, at »denne meddelelse foregriber ikke fortolkninger, som måtte anlægges af De europæiske Fællesskabers Domstol«. Sådan må det også være, for Kommissionen har ingen beføjelse til at ændre bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1. Har en virksomhed i god tro m.h.t. meddelelsens indhold handlet ud fra den antagelse, at en aftale, som den er part i, ikke omfattes af forbudet i artikel 85, stk. 1, er det muligt, at der vil være en eller anden juridisk hindring, som udelukker Kommissionen fra senere at give denne virksomhed en bøde under henvisning til, at aftalen faktisk var omfattet af forbudet. Men noget sådant er der ikke tale om her, fordi det ikke er blevet påstået, at Miller overhovedet støttede sig på meddelelsen. Det er faktisk også vanskeligt at se, hvorledes Miller kunne have gjort dette i god tro. Det fremgår, at meddelelsen er affattet med henblik på »horisontale« aftaler mellem enten producenter eller forhandlere. Meddelelsens ordlyd passer ikke rigtigt til en sag som den foreliggende, hvor en producent pålægger de fleste af sine forhandlere samme begrænsning. Hvem er i dette tilfælde »aftalepartnere«, hvis »omsætning af alle varer og tjenesteydelser« (sammen med deres datter- eller hovedselskaber) skal lægges sammen, for at det kan afgøres, om omsætningen overskrider den fastsatte grænse? Måske er svaret, at man i denne sag skulle lægge Millers omsætning til alle dets køberes og alle dets henholdsvis datter- og hovedselskabers omsætning (herunder MCA Record Inc.) Ingen har naturligvis forsøgt denne beregning.

Måske skulle jeg for fuldstændighedens skyld nævne, at meddelelsen nyligt er erstattet af en lignende af 19. december 1977 (EFT C 313 af 19. 12. 1977). Hvis denne sidste meddelelse var relevant, ville de ovenfor anførte betragtninger også gælde for denne. Jeg mener dog ikke, det er tilfældet, om ikke andet så fordi lovligheden af en af Kommissionen i december 1976 vedtaget beslutning ikke kan påvirkes af noget,

som Kommissionen offentliggjorde i december 1977; når henses til traktatens artikel 173 er det naturligvis og for så vidt angår denne del af sagen kun spørgsmålet om lovligheden af Kommissionens beslutning på det tidspunkt, da den blev vedtaget, der skal behandles.

Kommissionen behandlede, hvad jeg måske kan kalde »de minimis«-spørgsmålet i beslutningens artikel 12 til 15 således:

»12. Ved bedømmelsen af den foreliggende begrænsning af konkurrencen kan man ikke gå ud fra, hvilken andel virksomheden havde på det samlede marked for lydbærere. Virksomheden fremstiller hovedsagelig lydbærere med underholdningsmusik. På grund af deres særlige kendetegn kan underholdningsmusik og klassisk musik kun i ringe omfang substituere hinanden. Lydbærere med underholdningsmusik udgør derfor et særskilt marked. Under hensyntagen til, at ca. 90 % af den samlede afsætning af lydbærere på det tyske hjemmemarked udgøres af lydbærere med underholdningsmusik, udgør virksomhedens andel af markedet for alle lydbærere på 6,07 % en andel af markedet for lydbærere med underholdningsmusik i Forbundsrepublikken Tyskland på 6,7 %.

13. Desuden skal der tages hensyn til, at virksomhedens produktion for ca. halvdelens vedkommende består af et børneprogram. På dette marked besidder virksomheden en ledende stilling i Forbundsrepublikken Tyskland.

14. Selv om virksomhedens program for ca. halvdelens vedkommende består af børnetitler på tysk og i øvrigt i stort omfang af tyske hitparader og af tysk folkemusik, ville virksomhedens aftagere have været i stand til, ved eksport af de af aftalen omfattede produkter til de andre fællesskabslande, at tilvejebringe en konkurrence, idet afsætningen af dette program ikke — af sproglige grunde — er begrænset til Forbundsrepublikken Tyskland; dette bevises af, at virksomhedens andel i den tyske eksport af grammofonplader, målt i stykker, var på 3,25 % i 1975. Tværtimod kommer andre fællesskabslande i betragtning som importlande, idet befolkningen i disse lande — selv om dette så også kun er tilfældet i de områder, der grænser direkte op til Forbundsrepublikken Tyskland — i almindelighed forstår tysk tilstrækkelig godt.

For salget af lydbærere med tyske hitparader og tysk folkemusik (f.eks. sange på dialekter og karnevalssange) i de andre fællesskabslande måtte forståelsen af tysk i disse lande være af underordnet betydning. I øvrigt kan aftagere i de andre fællesskabslande være interesseret i at genindføre virksomhedens produkter til Forbundsrepublikken.

15. Begrænsningen af konkurrencen var derfor mærkbar.«

Procenten 6,07 % for Millers andel af det tyske marked for alle lydbærere og dets 3,25 % andel af den tyske eksport er tal, som Miller selv har angivet over for Kommissionen under den administrative behandling, skønt Miller, hvilket retfærdigvis bør nævnes, samtidig advarede om, at i hvert fald det første tal kunne være udtryk for en overvurdering af Millers virkelige andel af markedet, fordi det var baseret på statistikker, offentliggjort af Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e. V., som ikke tog hensyn til pladeproduktionen fra et antal »pirat«-producenter (se stævningens bilag 1 litra c). Kommissionen har for denne ret påvist, at Millers andel af det tyske marked uanset den i statistikken ikke medtagne produktion, stadig korrekt kunne ansættes til over 5 % (se svarskrift s. 9).

Disse procenter vedrører kvantiteten. Eftersom Miller hovedsagelig er en lavprisproducent, er den værdimæssige procent af Millers andel nødvendigvis lavere. Kommissionen har skønnet, at

denne andel er på 3,75 %, hvilket forekommer troværdigt. (Se svarskrift s. 8-9).

Disse tal ligger ud fra ethvert synspunkt langt fra f.eks. den andel på 0,2 og 0,5 % af markedet, som der var tale om i *Völk* mod *Vervaecke* (se Sml. 1969 s. 69 (72)). Efter min mening skal man imidlertid ikke ved anvendelsen af »de minimis«-princippet alene se på markedsandelene. Man bør også se på den pågældende eller de pågældende virksomheders absolutte produktion eller omsætning. Her ved vi, at Millers produktion i 1975 beløb sig til omtrent 10 mio plader, og dets omsætning var over 34 mio DM. Sådanne tal kan ikke betragtes som ubetydelige: artikel 85, stk. 1 gælder ikke kun for giganterne. Man må også se på omfanget af den ulovlige begrænsning. Her pålagdes hver af Millers købere denne begrænsning, i hvert fald på hjemmemarkedet.

Parterne har for Domstolen indgående diskuteret, hvad der i denne sag var »det relevante marked« dels geografisk og dels kvalitativt. Herunder gik Millers advokat så vidt, at han påstod, at det relevante geografiske marked var hele Fællesskabet — trods hans i anden sammenhæng fremførte anbringende om, at der i Fællesskabet ikke var noget væsentligt marked for Millers varer uden for Tyskland og de dele af de andre medlemsstater, som grænsede op til Tyskland, hvor der normalt taltes tysk. Det blev også på Millers vegne gjort gældende, at grammofonpladermarkedet var udeleligt. Det anførtes, at Kommissionen havde begået en fejl ved i denne sag at gå ud fra, at markederne for grammofonplader med underholdningsmusik og grammofonplader med klassisk musik var adskilte, at grammofonplader for børn og grammofonplader for voksne var adskilte markeder, og at markederne for lavprisgrammofonplader og dyre grammofonplader var adskilte. Under de foreliggende omstændigheder er det efter min mening ikke nødvendigt for mig at anføre, hvad jeg mener om disse punkter. Imidlertid skal jeg gøre opmærksom på, at Kommissionen ikke har støttet sin beslutning på den omstændighed, at der foreligger et særligt marked for lavpris-grammofonplader, skønt Kommissionen havde anført dette punkt under den administrative behandling og i sit indlæg for os igen tilkendegav, at den lagde vægt herpå.

I Millers replik anførtes det, at de tilgængelige statistikker var så usikre, og der var så mange vanskeligheder forbundet med at finde frem til de rette markedsforhold, at det var umuligt nøjagtigt at afgøre, hvor stor dens andel af det relevante marked faktisk var, og at Kommissionen derfor ikke kunne løfte sin bevisbyrde og påvise, at dens andel var mærkbar. Dette forekommer mig at vende op og ned på loven. I en sag, hvor den relevante aftale tilsyneladende er en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, forholder det sig ikke efter gældende ret således, at denne artikel alligevel kun kan finde anvendelse, såfremt omstændighederne er sådanne, at Kommissionen kan påvise, at anvendelse af »de minimis«-princippet er udelukket.

Jeg går nu over til at behandle Millers subsidiære påstande om nedsættelse af bøden og om tilladelse til at betale den i rater. Miller har til støtte for disse påstande fremført fire begrundelser:

1. Kommissionen har begået en fejl ved at finde, at Miller forsætligt overtrådte artikel 85, stk. 1;
2. Millers overtrædelse af denne artikel er ubetydelig;
3. Millers økonomiske forhold og navnlig dets ringe fortjenstmargen og dets mangel på likvid kapital (ifølge Miller på grund af betragtelige investeringer);
4. den omstændighed, at de ændrede salgs- og leveringsbetingelser, som Miller indførte i 1974, var blevet udarbejdet af en advokat Kirchner, Hamburg.

Med hensyn til det første af disse punkter lyder Kommissionens konklusion (beslutningens punkt 21) faktisk således:

»Miller har forsætligt overtrådt artikel 85, stk. 1. Den har været klar over og har ønsket, at dens aftagere på grund af eksportforbudene hindredes i at føre konkurrence med aftaleprodukterne i andre fællesskabslande. Den har også været klar over, at eksportforbud er i strid med fællesskabsretten eller i det mindste har denne forsætligt sat sig ud over tvivl i så henseende.«

Kommissionens konstatering af, at Miller i det mindste har sat sig ud over tvivl med hensyn til artikel 85, stk. 1, støttedes på indholdet af punkt 9 i aftalen mellem Miller og Delta BV og ganske særlig på en indrømmelse, som en af Millers direktører fremkom med under den administrative behandling, hvorefter Miller var klar over, at fællesskabsretten i hvert fald forbød fuldstændige eksportforbud (se stævningens bilag 1 d). Under disse omstændigheder mener jeg, at Kommissionens konklusion herved var korrekt. Det er interessant at bemærke, at skønt Miller i sine indlæg fremkom med nøjagtigt bevismateriale til mange andre punkter, blev der ikke anført noget bevis for ovennævnte punkt.

Hvis der kan rettes nogen kritik mod punkt 21 i Kommissionens beslutning, skulle det være den, at Kommissionen længere nede giver udtryk for, at handlende i Fællesskabet bør have kendskab til Kommissionens beslutninger i individuelle konkurrencesager. Jeg mener, at handlende i Fællesskabet må antages at have kendskab til traktatens bestemmelser, bestemmelserne i forordninger, som er udstedt i medfør heraf og måske Domstolens afgørelser. Men det er for meget at forlange, at de handlende skal holde sig à jour med alle Kommissionens individuelle beslutninger. Disse er ikke retsskabende. Denne brist i Kommissionens begrundelse påvirker imidlertid ikke efter min mening gyldigheden af Kommissionens stilling til Millers handlemåde. Desuden fastsatte Kommissionen faktisk, som jeg skal påvise, størrelsen på den bøde, som den pålagde Miller, ud fra den opfattelse, at Millers overtrædelse snarere var uagtsom end forsætlig.

Jeg skal nu behandle punktet om overtrædelsens ubetydelighed. Med henblik herpå er det efter min mening nødvendigt at holde sig artikel 15, stk. 2 i forordning nr. 17 for øje (EFT 1959-62 s. 81; org.ref. JO L 204 af 21. 2. 1962). Den her relevante del af denne artikel lyder således:

»Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder ..... bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes med 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de fortsætligt eller uagtsomt ... overtræder bestemmelser i traktatens artikel 85, stk. 1.

Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.«

Kommissionens skøn med hensyn til bødens størrelse ligger altså på området mellem 0 % og 10 % af den pågældende virksomheds omsætning. Jeg overser ikke angivelsen i artikel 15, stk. 2 »fra 1 000 til 1 000 000 regningsenheder«, men det kan ikke have været Rådets mening hermed, at en virksomhed med en mindre omsætning end 10 000 000 regningsenheder forholdsmæssigt kan idømmes en større bøde end en virksomhed med en omsætning på over 10 000 000 regningsenheder. Undergrænsen på 1 000 regningsenheder må efter min mening fortolkes således, at såfremt den passende bøde er mindre end dette beløb, skal der ikke idømmes nogen bøde.

Som følge heraf må en bøde på 10 % af omsætningen antages at være passende

for en forsætlig overtrædelse af den groveste karakter og af betragtelig varighed. I den anden ende af skalaen er en bøde på under 1 % passende for en kun uagtsom overtrædelse af den mest ubetydelige karakter og af ganske kort varighed, såfremt omstændighederne dog kræver idømmelse af en bøde.

Ifølge Millers egen beregning udgør bøden 0,73 % af dens omsætning. Domstolen har i medfør af artikel 17 i forordning nr. 17 fuld prøvelsesret af beslutninger, hvorved Kommissionen har idømt en bøde. Men hvis Domstolen nedsatte bøden alene under henvisning til, at overtrædelsen var ubetydelig i en sag, hvor Kommissionen har fastsat bøden i den laveste del af skalaen, ville en sådan afgørelse efter min mening være udtryk for ringe respekt for Kommissionens udøvelse af dets skøn.

Med henblik på Millers subsidiære påstand mener jeg at måtte gøre opmærksom på, at Kommissionen (i sin beslutnings punkt 22 litra a)) udtrykkelig anførte, at blandt de faktorer, den tog i betragtning ved dens fatsættelse af bøden, var at »Miller var blevet bekendt med tilfælde af eksport til de andre fællesskabslande, uden at den er skredet til sanktioner af den grund«.

Angående Millers økonomi anmodede Domstolen (i henhold til procesreglementets artikel 42, stk. 2, litra b)) om fremlæggelse af Millers regnskaber for årene 1974 til 1976 for navnlig at kunne bedømme virksomhedens fortjeneste og likvide kapital. Miller anmodede om tilladelse til ikke at fremlægge disse under henvisning til, at den ikke ønskede tallene offentliggjort. Domstolen insisterede ikke på regnskabernes fremlæggelse, men som det klart fremgik af et svar fra Millers advokat på et spørgsmål fra en dommer under retsmødet, var Miller klar over, at virksomheden ved ikke at fremlægge regnskaberne berøvede sig selv muligheden for, at Domstolen nedsatte bøden under hensyn til sådanne faktorer. Bortset fra de oplysninger, som Miller generelt er fremkommet med, er Domstolen overhovedet ikke blevet oplyst om disse faktorer.

Den omstændighed, at Millers ændrede salgs- og leveringsbetingelser var blevet affattet af en advokat, blev ikke nævnt for Kommissionen under den administrative behandling, og heller ikke i Millers stævning til Domstolen. Det oplystes først i Millers svarskrift, hvori der som forklaring herpå blev givet, at de relevante dokumenter hidtil var blevet glemt i et gammelt kartotek. Jeg indrømmer over for Dem, at dette er det forhold i sagen, som bekymrer mig mest. Jeg betvivler ikke, at medens dens omstændighed, at en lægmand har handlet efter en advokats råd, i almindelighed ikke kan anføres som forsvar hverken i et civilt eller i kriminelt søgsmål, må dette i et tilfælde, hvor der ikke er tale om ond tro, være en stærk formildende omstændighed, når der er tale om fastsættelse af straf, selv om denne udtrykkeligt ikke »er sanktion i strafferetlig forstand« (artikel 15, stk. 4 i forordning nr. 17).

Kommissionen støtter sig i første række på artikel 42, stk. 2 i Domstolens procesreglement, hvori det hedder:

»Nye søgsmålsgrunde og indsigelser må ikke fremføres under sagens behandling, medmindre disse støttes på retslige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling.

»Efter min mening er Kommissionens fortolkning af denne artikel for snæver. Hvis Millers forklaring er korrekt, er de pågældende »nye søgsmålsgrunde og indsigelser her støttet på et forhold, som fremkom under den skriftlige forhandling, omend måske ikke på grund af indholdet heri. Desuden må artikel 42, stk. 2 fortolkes i sammenhæng med artikel 42 stk. 1, som lyder således:

»Parterne kan i deres replik og dublik anføre yderligere bevismidler til støtte for deres anbringender. De skal begrunde forsinkelsen.«

Man kan hævde, at det eneste anbringende her vedrører grovheden af Millers overtrædelse, og at sagsøgers formål med at fremføre det er et forsøg på yderligere underbygning af det af sagsøger herom tidligere anførte.

Under alle omstændigheder er jeg uvillig til alene på et så spinkelt processuelt grundlag at udelukke faktorer, som kan medføre nedsættelse af en bøde.

Lige så lidt er jeg overbevist af den indvending, som Kommissionen har fremført, hvorefter dette nye anbringende strider mod andre anbringender, som Miller tidligere har anført om, at hvis virksomheden overtrådte fællesskabsretten, var det på grund af ukendskab hertil, og fordi virksomheden ikke selv havde en juridisk afdeling, som kunne advare den om en mulig overtrædelse. Hvis Kommissionens konklusion, at Miller faktisk valgte at lukke øjnene for fællesskabsrettens fulde virkning, var korrekt, er denne indsigelse åbenlyst irrelevant.

På den anden side har Kommissionens gennemgang af de omstændigheder, hvorunder Miller erhvervede udkastet til sine ændrede salgs- og leveringsbetingelser fra hr. Kirchner, gjort indtryk på mig.

Bevismaterialet, som er bilagt Millers replik, begynder med en skrivelse fra Miller til hr. Kirchner af 25. september 1973, som på Millers vegne er signeret af en hr. H. Müller. I skrivelsen anføres, at hr. Kirchner i forbindelse med retssager adskillige gange havde kritiseret Millers salgs- og leveringsbetingelser, og hr. Kirchner anmodedes i brevet om at udarbejde et udkast til ændring af disse (replikkens bilag 14). Dernæst er der et brev fra hr. Kirchner til Miller af 14. november 1973, som indeholder Kirchners udkast, og hvori kontraktbestemmelsen IX var strammere end den endelige (se replikkens bilag 15 og 16). Det fremgår af ordlyden af denne skrivelse, at Kirchners hovedproblem var at beskytte Miller mod klienter, som ikke opfyldte deres betingelser. Dernæst er der en følgeskrivelse af 22. november 1973 fra hr. Kirchner til Miller, som indeholder Kirchners regning, men hvori der også nævnes en tysk lov af 17. juli 1973 til gennemførelse af den uniforme lov om internationale løsørekøb i Tyskland. Hr. Kirchner påpeger, at det udtrykkeligt skriftligt må anføres, at denne lovs bestemmelse ikke finder anvendelse, hvis Millers egne salgs- og leveringsbetingelser skal gælde (replikkens artikel 17). Intetsteds i denne korrespondance nævnes der noget om fællesskabsretten. Dog forhandlede Miller samtidig sin aftale med Delta BV, som blev underskrevet den 15. november 1973, og i forbindelse med hvilken Miller har indrømmet, at den var klar over, at fællesskabsretten havde indvirkning på sådanne kontraktklausuler som klausul IX.

Miller har i replikken tilbudt, at såvel hr. Müller som advokat Kirchner kunne afgive forklaring. Domstolen fandt det korrekt først at høre parternes indlæg, inden den traf afgørelse om, om der skulle foretages bevisførelse. Kommissionen har anført, at Domstolen ikke alene ud fra sit ringe kendskab til omstændighederne i forbindelse med hr. Kirchners udarbejdelse af Millers nye salgs- og leveringsbetingelser kunne nedsætte bøden. Jeg er enig heri. Vi er ikke klar over, hvorledes hr. Kirchner overså fællesskabsretten, eller hvorledes det gik til, at Miller undlod at anmode ham om rådgivning herom, eller hvorledes Kirchners udkast til klausul IX blev ændret.

Så efter min mening har De to muligheder. Den ene er at anordne en undersøgelse i medfør af Domstolens procesreglements artikel 45 om disse spørgsmål. Den anden vej er at hjemvise sagen til Kommissionen, for at denne

kan tage bødens størrelse op til fornyet drøftelse under henvisning til det af Miller nu tilbudte bevis. Der foreligger et fortilfælde med en sådan hjemvisning i sag 17/74 *Transocean Marine Paint Association* mod *Kommissionen* (Sml. 1974, s. 1063), skønt Domstolens kompetence til hjemvisning i denne sag ikke skal støttes på traktatens artikel 176, men på artikel 172 sammenholdt med artikel 17 i forordning nr. 17. Jeg for min del mener, at den sidstnævnte løsning er den mest korrekte, fordi De herved overholder princippet om, at konstatering af forhold vedrørende størrelsen af den bøde, som skal pålægges efter forordning nr. 17 og fastsættelse af bødestørrelsen i første instans angår Kommissionen.

Jeg mener dog ikke, at Kommissionen skal bære nogen af udgifterne i forbindelse med denne sag, for Kommissionen har efter min mening under ingen omstændigheder handlet ukorrekt.

Som følge af ovenstående mener jeg, at De bør —

1. Annullere den i medfør af Kommissionens beslutning artikel 2 pålagte bøde og hjemvise sagen til Kommissionen, for at den under hensyn til det af Miller tilbudte nye bevismateriale kan træffe afgørelse om bødens størrelse.

2. Idømme Miller sagens omkostninger.