HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verklaart het beroep ongegrond;**

2. **Verwijst verzoekster in de kosten.**

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op één februari negentienhonderdachtenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 10 JANUARI 1978 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

In de onderhavige zaak gaat het om een beroep ex artikel 173 EEG-Verdrag, dat Miller International Schallplatten GmbH (hierna te noemen „Miller") heeft ingesteld tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie van 1 december 1976 (76/915/EEG, PB nr. L 357/40 van 29. 12. 1976), waarbij werd vastgesteld (artikel 1) dat bepaalde door Miller aan zijn klanten opgelegde exportverboden een inbreuk vormden op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en (artikel 2) Miller wegens deze inbreuken een geldboete werd opgelegd van 70 000 rekeneenheden ofwel 256 000 DM.

De in de beschikking van de Commissie vermelde feiten, zoals aangevuld met de voor het Hof naar voren gebrachte, onweersproken gegevens, kunnen worden samengevat als volgt.

Miller vervaardigt te Quickborn, bij Hamburg, laaggeprijsde geluidsdragers (grammofoonplaten, geluidsbanden en muziekcassettes). Het repertoire van de onderneming bestaat voor ongeveer 45 % uit Duitse amusementsmuziek, waaronder muziek uit de Duitse „hitpa-

1 — Vertaald uit het Engels.

rade" en Duitse volksmuziek, voor ongeveer 43 % uit een kinderprogramma, overwegend in het Duits maar ook in het Nederlands, voor ongeveer 6 % uit klassieke muziek, voor ongeveer 5 % uit Engelse amusementsmuziek en voor de rest (minder dan 1 %) uit documentair materiaal.

Miller is een volledige dochteronderneming van een Amerikaanse vennootschap, MCA Records Inc., die zelf dochteronderneming is van de Amerikaanse vennootschap MCA Inc. te Universal City in Californië.

Op 11 juni 1971 sloot Miller een alleenverkoopovereenkomst met een onderneming te Straatsburg, Sopholest SA, voor de verkoop van haar produkten in Elzas- Lotharingen (dit gebied was nader aangegeven op een bijbehorende kaart — bijlage 2 bij het verzoekschrift). Punt 5 van deze overeenkomst bevatte voor Miller-produkten een principieel exportverbod uit Elzas-Lotharingen naar andere landen.

Op 15 november 1973 sloot Miller een soortgelijke overeenkomst met een Nederlandse onderneming, Delta BV te Haarlem, voor de verkoop van haar produkten in Nederland (bijlage 3 bij het verzoekschrift). Punt 9 van deze in het Engels gestelde overeenkomst bepaalde:

„In overeenstemming [sic] met de EEG voorschriften inzake rechten en uitvoerrechten op goederen gaan Delta (de alleenverkoper) en Miller de volgende overeenkomst aan: gezien het feit dat Miller Delta voor haar contractsgebied een exclusief recht verleent, zal Delta er in overeenstemming met de geest van de overeenkomst van afzien de contractsprodukten zonder uitdrukkelijke toestemming van Miller uit Nederland te exporteren, zodat importeurs of licentiehouders van Miller buiten Nederland niet worden benadeeld".

Punt 11 bepaalde onder meer:

„Deze overeenkomst is onderworpen aan het recht van de Bondsrepubliek Duitsland alsmede aan geldende handelsregelingen zoals voorgeschreven in de bepalingen van de Europese Economische Gemeenschap".

Punt 9 werd in zijn geheel geschrapt bij een aanvulling op de overeenkomst, die werd ondertekend voordat de overeenkomst in werking trad. Dit punt behoort ook niet tot de inbreuken die de Commissie Miller telastelegt. De Commissie ziet hierin echter een bewijs dat Miller destijds heeft geweten dat het gemeenschapsrecht voor dergelijke clausules een regeling bevat. Dit speelt mee bij de vaststelling van de boete.

Wat betreft de overige landen van de Gemeenschap, had Miller ook alleenverkopers in België, Denemarken en Luxemburg, zij het zonder formele overeenkomst. Voor Italië had zij aan een Italiaanse firma te Brebbia, bij Varese, een exclusieve licentie verleend voor de fabricage en verkoop van geluidsdragers onder haar merk. Zij voerde geen produkten uit naar Ierland of het Verenigd Koninkrijk. In feite ging meer dan de helft van haar uitvoer naar Oostenrijk en Zwitserland.

In de Bondsrepubliek Duitsland zelf had Miller ruim 4 000 afnemers, waaronder groothandelaren, supermarkten, kettingwinkels, warenhuizen, kioskbedrijven, „rack jobbers", gewone detaillisten, particulieren en exporteurs.

Vanaf ongeveer 1970 bevatten Millers verkoop- en leveringsvoorwaarden voor het binnenland onder punt 9 de volgende bepaling:

„Alle grammofoonplaten van de door ons geleverde merken mogen niet worden geëxporteerd. Bij inbreuk op dit voorschrift behouden wij ons het recht voor, niet meer aan de koper te leveren en hem aansprakelijk te houden bij schadevergoedingsacties uit het buitenland, die in verband met een dergelijke export tegen ons worden ingesteld."

Op 1 augustus 1974 wijzigde Miller haar verkoop- en leveringsvoorwaarden die thans onder punt IX bepaalden:

„De doorverkoop van de door ons geleverde waren naar het buitenland is de koper principieel verboden. Bij inbreuken behouden wij ons uitdrukkelijk het recht voor, de betrokken koper niet langer te leveren, en voorts jegens hem regres te nemen voor vorderingen tot schadevergoeding die tegen ons door buitenlandse rechthebbenden worden ingesteld."

Tijdens de administratieve procedure heeft Miller de Commissie meegedeeld dat deze gewijzigde verkoop- en leveringsvoorwaarden zowel voor binnenlandse als voor buitenlandse afnemers golden (zie bijlage 1 b bij het verzoekschrift). Hiervan is de Commissie ook uitgegaan (zie overweging 6 van haar beschikking). In antwoord op een vraag van het Hof aan het einde van de schriftelijke behandeling verklaarde Miller echter dat dit onjuist was, dat buitenlandse afnemers met wie geen formele overeenkomst was gesloten, alleen prijsopgaven ontvingen en niet de verkoop- en leveringsvoorwaarden.

Op 7 mei 1975, na stappen van de Commissie op grond van een bij haar ingekomen klacht van een van Millers Duitse afnemers, verklaarde Miller dat zij haar afnemers voortaan geen exportbeperkingen meer zou opleggen. Enkele maanden later stelde zij nieuwe verkoop- en leveringsvoorwaarden vast, waaruit punt IX was geschrapt.

In haar beroep verzoekt Miller om nietigverklaring van de beschikking der Commissie. Subsidiair verzoekt zij het Hof de boete te verlagen en haar toe te staan deze in termijnen te voldoen (haar verzoek om de boete te mogen betalen in een andere munteenheid dan DM werd ingetrokken na de uitspraak van het Hof in de *„suikerzaken"* (Jurispr. 1977, blz. 455)).

Millers vordering tot nietigverklaring van de beschikking der Commissie is, naar ik begrijp, in wezen gebaseerd op de stelling dat de Commmissie niet heeft bewezen en ook niet kon bewijzen dat de betrokken uitvoerbeperkingen onder 85, lid 1, van het Verdrag vielen, aangezien de Commmissie niet heeft bewezen en ook niet kon bewijzen dat die beperkingen de handel tussen Lid-Staten konden beïnvloeden of ertoe strekten of ten gevolge hadden dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd verhinderd, beperkt of vervalst. Miller meent in het bijzonder dat de Commissie haar (Millers) marktpositie heeft overschat.

Gezien de aard van de tot staving dezer beweringen aangevoerde argumenten, zie ik mij gedwongen de door Uw Hof ten deze ontwikkelde rechtsbeginselen in herinnering te brengen.

Ten eerste wil de zinsnede in artikel 85, lid 1, „welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden" zeggen dat de betrokken overeenkomst al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de vrije handel tussen Lid-Staten kan beïnvloeden, doordat zij, met name door een verdeling van de markt voor bepaalde produkten tussen de Lid-Staten, de totstandkoming van één markt voor de gezamenlijke Lid-Staten kan belemmeren. Of een overeenkomst de handel tussen Lid-Staten aldus ongunstig beïnvloedt, dient derhalve te worden vastgesteld op grond van objectieve gegevens feitelijk en rechtens — zie onder meer zaak 56/65 *(Société Technique Minière* t. *Maschinenbau Ulm GmbH,* Jurispr. 1966, blz. 392) en de zaken 56 en 58/64 *(Consten en Grundig* t. *Commissie,* Jurispr. 1966. blz. 449). Ten tweede blijkt uit deze arresten dat de verwijzing in artikel 85, lid 1, naar een overeenkomst die „ertoe strekt of ten gevolge heeft" dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, op een alternatief onderzoek duidt. Heeft een overeenkomst klaarblijkelijk deze strekking, dan behoeft niet meer te worden nagegaan wat zij ten gevolge heeft. Alleen wanneer de strekking onduidelijk is, dient te worden gezien naar de werking der overeenkomst, in de zin van haar feitelijke gevolgen.

Dit alleen al ontneemt alle grond aan der betogen van Miller die, naar zijzelf erkent, zijn gebaseerd op de stelling dat een beperking van de uitvoer naar andere Lid-Staten niet in strijd kan worden geacht met artikel 85, lid 1, tenzij is aangetoond dat deze beperking feitelijk tot gevolg heeft gehad dat de handel tussen Lid-Staten ongunstig is beïnvloed en dat de mededinging in de gemeenschappelijke markt aanmerkelijk is belemmerd. Zo heeft Miller omstandig uiteengezet dat haar Duitse afnemers zich niet in de exporthandel wilden begeven en hierop ook niet waren ingesteld (ofschoon toch blijkbaar door de klacht van één hunner bij de Commissie deze hele procedure op gang is gebracht en ofschoon het — zoals de Commissie opmerkte — toch wel onwaarschijnlijk is dat bij voorbeeld een groothandelaar in Aken een detaillist in Eupen eerder naar een groothandelaar in Brussel zou verwijzen dan zelf aan hem te leveren). Zo ook is door Miller betoogd dat het voor zijn buitenlandse afnemers niet aantrekkelijk was naar andere landen of terug naar Duitsland uit te voeren (zulks ofschoon — zoals Miller zelf heeft toegegeven — Sopholest SA het voordelig vond goederen van Straatsburg naar Zwitserland en naar Oostenrijk te verzenden, en Delta BV voordeel zag in een afzet op de Belgische markt vanuit Haarlem). Deze beweringen hebben geleid tot een uitvoerig debat tussen Miller en de Commissie over de vraag waarom eerstgenoemde op haar thuismarkt hogere prijzen berekende dan op exportmarkten, en over de hoogte van het prijsverschil. Dit alles doet mijns inziens — met alle respect voor partijen — niet ter zake. Afgezien van de uitzonderingen waarover ik aanstonds kom te spreken, verbiedt artikel 85, lid 1, in handelsovereenkomsten clausules op te nemen welke de handel tussen Lid-Staten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt uitdrukkelijk beperken, en wel ongeacht of de betrokkenen zich in feite in deze handel of mededinging willen of kunnen begeven.

Door Miller is betoogd dat zij ruimschoots ontheffingen van de betrokken clausules heeft verleend. Dit mag waar zijn, doch het verbod van artikel 85, lid 1, is allereerst gericht tegen het opleggen van zulke clausules en niet tegen een bepaalde gestrengheid bij de toepassing ervan. Dit is zo, alleen al omdat dergelijke clausules een preventieve werking hebben, die moeilijk is te kwantificeren. Men kan bij voorbeeld niet vaststellen hoeveel afnemers van Miller bij hoeveel gelegenheden zijn afgehouden van uitvoer, zonder eraan te hebben gedacht ontheffing te vragen. Zou men de preventieve werking van dergelijke clausules buiten beschouwing kunnen laten, dan zou artikel 85, lid 2, waarin deze nietig worden verklaard, immers op zichzelf al voldoende zijn de doelstellingen van artikel 85, lid 1, te verzekeren. Het is echter irreëel dit te veronderstellen. In gevallen als het onderhavige dient het ruimschoots verlenen van ontheffingen ongetwijfeld in aanmerking te worden genomen bij het vaststellen van de boete, maar dit is niet van belang voor de vraag of een inbreuk heeft plaatsgehad.

Ik sprak zojuist van uitzonderingen. De belangrijkste hiervan staan uiteraard in artikel 85, lid 3, maar op deze bepaling is hier geen beroep gedaan.

Vervolgens bevat artikel 85, lid 1, zelf een stilzwijgende uitzondering. Is bewezen dat zonder een bepaalde concurrentiebeperking in het geheel geen handel zou kunnen plaatsvinden, dan valt deze beperking niet onder het verbod van artikel 85, lid 1. Zo heeft het Hof in de zaak *Technique Minière* beslist dat een concurrentiebeperking in een alleenverkoopovereenkomst buiten het bereik van artikel 85, lid 1, kan vallen, als de betrokken onderneming zonder die overeenkomst in het geheel niet zou kunnen doordringen op het door de overeenkomst bedoelde geografische gebied. Ook in de zaken 19 en 20/74, de „kalizaken", Jurisprudentie 1975, blz. 499, oordeelde het Hof dat artikel 85, lid 1,

zich niet verzet tegen een overeenkomst die een onderneming in staat stelt haar produktieoverschot af te zetten aan haar concurrent, indien zij zonder deze mogelijkheid dit overschot in het geheel niet zou kunnen afzetten. Miller heeft niet getracht zich op deze uitzondering te beroepen.

Ten slotte is er nog een uitzondering waarop Miller zich wel heeft beroepen: volgens deze valt een overeenkomst niet onder artikel 85, lid 1, als de marktpositie van partijen zo zwak is dat deze overeenkomst de vrije mededinging en handel tussen Lid-Staten slechts in geringe mate beïnvloedt. Deze uitzondering is ontwikkeld in Uw arresten 5/69-*Völk* t. *Vervaecke* (Jurispr. 1969, blz. 295), in de zaak 1/71 *Cadillon* t. *Höss* (Jurispr. 1971, blz. 351) en in de zaak 22/71 *Béguelin Import* t. *G. L. Import Export* (ibidem blz.: 949). Historisch schijnt deze uitzondering te zijn voortgekomen uit de laatstgenoemde, aangezien de zaak *Völk* t. *Vervaecke* soortgelijk lag als de zaak *Technique Minière.* Advocaat-generaal Gand meende ook dat de uitspraak in de zaak *Völk* t. *Vervaecke* die in de zaak *Technique Minière* moest volgen (zie Jurispr. 1969, blz. 306). Doch de uitzondering is een eigen leven gaan leiden; als onafhankelijke uitzondering kan zij volgens mij slechts worden gebaseerd op het beginsel „de minimis non curat lex" of, zoals sommigen eerder zeggen, „de minimis non curat praetor". Hoewel de zaken *Völk/Vervaecke, Cadillon* en *Béguelin* alle drie betrekking hadden op alleenverkoopovereenkomsten, zie ik niet in waarom de daar gemaakte uitzondering niet algemeen zou kunnen gelden. Maar terwijl men bij de uitzondering in de zaken *Technique Minière* en *Kali* poneert: „mijn inbreuk is geen inbreuk, want zonder deze zou ik geen handel kunnen drijven", betoogt men bij de „de minimis-regel": ‚mijn inbreuk is zo onbetekenend dat zij buiten beschouwing kan blijven". Dit betoog is alleen houdbaar, als de inbreuk op artikel 85, lid 1, inderdaad te verwaarlozen is.

Miller heeft ook nog gewezen op de bekendmaking van de Commissie van 27 mei 1970 „inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen" (PB nr. C 64 van 2. 6. 1970, blz. 1). Volgens mij is in dit document geen steun te vinden voor haar standpunt. Zoals advocaat-generaal Dutheillet de Lamothe heeft uiteengezet in zijn conclusies in de zaak *Cadillon* (Jurispr. 1971, blz. 361) en in de zaak *Béguelin* (ibidem blz. 969) blijkt reeds uit de bewoordingen van deze bekendmaking dat deze slechts indicatief en niet normatief van aard was. De bekendmaking was geformuleerd als een meningsuiting van de Commissie; de daarin gegeven „kwantitatieve omschrijving van het begrip ‚merkbaar' " had geen „absoluut karakter" en in geval van twijfel konden de betrokken ondernemingen een negatieve verklaring vragen of de overeenkomst aanmelden. Belangrijker nog was de opmerking: „Op het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wordt door deze bekendmaking niet vooruitgelopen." Het kon ook niet anders, aangezien de Commissie niet bevoegd is de in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde regeling te wijzigen. Ingeval een onderneming, in goed vertrouwen op de tekst van de Bekendmaking, had aangenomen dat een overeenkomst waarbij zij partij was, niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, viel, dan zou zulks redelijkheidshalve wellicht een beletsel voor de Commissie zijn om de onderneming vervolgens een boete op te leggen op grond dat de overeenkomst toch onder het verbod viel. In casu kan er voor de Commissie echter geen enkel redelijkheidsbeletsel bestaan, omdat uit niets blijkt dat Miller in enig opzicht is afgegaan op de Bekendmaking. Men kan zich ook moeilijk voorstellen hoe zij dit te goeder trouw had kunnen doen. De Bekendmaking doelt

kennelijk op „horizontale" overeenkomsten tussen producenten of tussen wederverkopers. De tekst past niet op een geval als het onderhavige, waarin een producent aan al zijn wederverkopers dezelfde beperking oplegt. Wie zouden in een dergelijk geval „de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen zijn" waarvan „alle ... goederen- en dienstenomzetten" (samen met die van dochterondernemingen en moedermaatschappijen) moeten worden samengeteld om vast te stellen of deze de toegestane limiet overschrijden? Wellicht is het antwoord hierop dat men in dit geval de omzet van Miller, van al haar klanten en van al hun respectieve dochter- en moedermaatschappijen (met inbegrip van MCA Records Inc.) had moeten samentellen. Natuurlijk heeft niemand geprobeerd dit te doen.

Volledigheidshalve zij nog vermeld dat de Bekendmaking op 19 december 1977 is vervangen door een soortgelijke (PB nr. C 313 van 29. 12. 1977, blz. 3). De voorgaande opmerkingen zouden eveneens van toepassing zijn op deze laatste Bekendmaking, indien deze hier ter zake deed. Dit is volgens mij echter niet het geval, alleen al omdat de wettigheid van een door de Commissie in december 1976 vastgestelde beschikking niet kan worden aangetast door een publikatie van de Commissie van december 1977; gezien artikel 173 van het Verdrag hoeft U zich, wat dit aspect van de zaak betreft, uitsluitend in te laten met de wettigheid van de beschikking der Commissie op het ogenblik dat deze is vastgesteld.

Over het „de minimis" punt heeft de Commissie zich in de overwegingen 12 tot 15 van haar beschikking als volgt uitgelaten:

„12. Overwegende dat bij de beoordeling van onderhavige concurrentiebeperking niet kan worden uitgegaan van het aandeel dat de onderneming op de markt voor geluidsdragers in totaal bezat omdat zij voornamelijk geluidsdragers met amusementsmuziek fabriceert. Dat amusementsmuziek en ernstige muziek gezien hun bijzondere eigenschappen slechts in geringe mate onderling verwisselbaar zijn; dat geluidsdragers op het gebied van de amusementsmuziek derhalve een afzonderlijke markt vormen; dat, aangezien in de Duitse Bondsrepubliek van de totale verkoop van geluidsdragers ongeveer 90 % betrekking heeft op amusementsmuziek, derhalve het aandeel in stuks van de onderneming, dat op de markt voor geluidsdragers in totaal 6,07 % bedraagt in verhouding tot de markt voor geluidsdragers met amusementsmuziek in de Duitse Bondsrepubliek ongeveer 6,7 % betekent.

13. Overwegende dat bovendien in aanmerking dient te worden genomen dat de produktie van de onderneming ongeveer voor de helft uit een kinderprogramma bestaat; dat de onderneming op deze markt in de Duitse Bondsrepubliek een leidende positie inneemt.

14. Overwegende dat alhoewel het programma van de onderneming ongeveer voor de helft bestaat uit kindergrammofoonplaten in de Duitse taal en voor het overige grotendeels uit Duitse hitparades en volksmuziek, de afnemers van de onderneming in staat waren door export van contractsprodukten naar de andere landen van de gemeenschappelijke markt mededinging te doen ontstaan, omdat de afzet van dit programma niet, bij voorbeeld om taalkundige redenen, tot het gebied van de Bondsrepubliek Duitsland beperkt blijft, zoals uit het aandeel in stuks van de onderneming in de Duitse export van grammofoonplaten in 1975 van 3,25 % blijkt; dat veeleer andere gemeenschapslanden als importland in aanmerking komen, omdat de bevolking van deze landen, zij het slechts in de aan de Bondsrepubliek Duitsland grenzende gebieden, de Duitse taal over het algemeen voldoende verstaat.

Overwegende dat het begrip van de Duitse taal in de andere landen van de Gemeenschap voor de afzet van geluidsdragers met Duitse hitparades en volksmuziek (bij voorbeeld liedjes in streektaal en carnavalschlagers) vermoedelijk zonder meer van ondergeschikte betekenis is; dat het overigens in het belang van afnemers uit andere EEG-landen kan zijn, de produkten van de onderneming in de Duitse Bondsrepubliek weder in te voeren.

15. Overwegende dat de beperking van de mededinging derhalve merkbaar was."

De cijfers van 6,07 % voor Millers aandeel op de Duitse markt voor alle geluidsdragers en van 3,25 % voor haar aandeel in de Duitse export heeft Miller zelf tijdens de administratieve procedure aan de Commissie opgegeven; hieraan moet eerlijkheidshalve worden toegevoegd dat zij althans bij het eerste cijfer heeft opgemerkt dat dit haar werkelijke marktaandeel te hoog kon aangeven, omdat het was gebaseerd op door het Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e. V. gepubliceerde statistieken, waarin niet de produktie van een aantal „clandestiene" fabrikanten was verwerkt (zie bijlage I c bij het verzoekschrift). De Commissie heeft ter terechtzitting aangetoond dat Millers aandeel op de Duitse markt, deze niet-geregistreerde produktie in aanmerking genomen, in elk geval op meer dan 5 % kon worden geraamd (zie verweerschrift blz. 9).

Deze percentages hebben betrekking op de hoeveelheid. Aangezien Miller overwegend goedkope produkten fabriceert, is haar marktpercentage, in waarde uitgedrukt, uiteraard lager. De Commissie maakte een geloofwaardige schatting van 3,75 % (zie verweerschrift blz. 8-9).

Dit zijn wel heel andere cijfers dan de marktpercentages van bijvoorbeeld 0,2 en 0,5 % in de zaak *Völk/Vervaecke* (Jurispr. 1969, blz. 299). Bij de toepassing van de „de minimis" regel moet mijns inziens echter niet alleen naar marktpercentages worden gekeken. Ook moet worden gelet op de produktie en omzet in absolute cijfers van de betrokken onderneming of ondernemingen. In zover bedroeg Millers produktie in 1975 bijna 10 miljoen platen en haar omzet ruim 34 miljoen DM. Ik vind deze cijfers geenszins onaanzienlijk: artikel 85, lid 1, geldt niet alleen voor mammoetondernemingen. Men dient ook rekening te houden met de draagwijdte van de inbreukmakende beperking, welke in dit geval althans op de binnenlandse markt werd opgelegd aan alle afnemers van Miller.

Ter terechtzitting hebben partijen uitvoerig gedebateerd over de vraag wat in dit geval de „relevante markt" is in geografisch opzicht en in produktopzicht. Op een gegeven moment betoogde Millers raadsman hier zelfs dat de relevante markt, in geografisch opzicht, de hele Gemeenschap omvatte — zulks terwijl hij in ander verband had gezegd dat er binnen de Gemeenschap voor Millers produkten geen wezenlijke markt was buiten Duitsland en de aan Duitsland grenzende gebieden van andere Lid-Staten waar veel Duits wordt gesproken —. Miller betoogde eveneens dat de markt voor geluidsdragers ondeelbaar was. Volgens haar was de Commissie bij de behandeling van deze zaak ten onrechte ervan uitgegaan dat er afzonderlijke markten bestonden voor geluidsdragers met amusementsmuziek en geluidsdragers met ernstige muziek, of afzonderlijke markten voor geluidsdragers voor kinderen en geluidsdragers voor volwassenen, of afzonderlijke markten voor goedkope en voor dure geluidsdragers. In de gegeven omstandigheden lijkt het mij niet noodzakelijk hierin een standpunt te bepalen. Wel zou ik willen opmerken dat de Commissie haar beschikking niet heeft gebaseerd op het bestaan van een afzonderlijke markt voor goedkope geluidsdragers, ofschoon zij dit punt wel tijdens de administratieve

procedure had opgeworpen en in haar vertogen voor het Hof opnieuw van haar sympathie hiervoor had laten blijken.

In repliek betoogde Miller dat de onbetrouwbaarheid van de beschikbare statistieken en de andere moeilijkheden bij het verkrijgen van marktgegevens van dien aard waren dat het onmogelijk was haar eigen marktaandeel nauwkeurig te bepalen en dat het voor de Commissie derhalve ook onmogelijk was zich te kwijten van haar bewijslast over het belang van dat aandeel. Met deze bewering wordt mijns inziens de rechtsverhouding omgedraaid. Wanneer de betrokken overeenkomst op het eerste gezicht inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, is het rechtens niet zo dat de toepassing van dat artikel niettemin is uitgesloten, tenzij de Commissie aan de hand van de constateerbare feiten kan aantonen dat de „de minimis" regel niet opgaat.

Ik kom thans aan Millers subsidiaire vorderingen tot verlaging van de geldboete en tot betaling hiervan in termijnen. Tot staving hiervan voert Miller vier argumenten aan:

1. dwaling van de Commissie bij haar bevinding dat Miller opzettelijk inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1;
2. de onbeduidendheid van Millers inbreuk op dit artikel;
3. Millers fincanciële positie en in het bijzonder haar lage winstmarge en haar gebrek aan liquide middelen (naar zij beweert, wegens haar hoge investeringsverplichtingen);
4. het feit dat haar in 1974 herziene verkoop- en leveringsvoorwaarden waren opgesteld door een advocaat, de heer Kirchner te Hamburg.

Ten aanzien van het eerste punt was de Commissie tot de volgende constateringen gekomen (overweging 21 van haar beschikking):

„Overwegende dat de onderneming opzettelijk inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1; dat zij heeft geweten en gewild dat haar afnemers door het exportverbod zouden worden verhinderd met de contractsprodukten in de andere gemeenschapslanden concurrentie te voeren; dat zij tevens wist dat het exportverbod op het gemeenschapsrecht inbreuk maakt, of zich ten minste bewust over twijfel betreffende deze inbreuken heeft heengezet."

De constatering dat Miller zich ten minste bewust over twijfel betreffende de werking van artkel 85, lid 1, had heengezet, steunde op de tekst van punt 9 van de overeenkomst tussen Miller en Delta BV en meer in het bijzonder op de opmerking van een van Millers directeuren tijdens de administratieve procedure dat men wist dat algehele exportverboden volgens het gemeenschapsrecht ongeoorloofd waren (bijlage 1 d bij het verzoekschrift). Onder de gegeven omstandigheden was deze constatering mijns inziens gerechtvaardigd. Opvallend is dat Miller in haar memories wel op tal van andere punten overvloedig bewijs heeft aangedragen, doch op dit punt in het geheel niet.

De enige kritiek die op overweging 21 van de Beschikking van de Commissie zou kunnen worden geleverd, is dat de Commissie verderop in deze overweging schijnt aan te nemen dat handelaren in de Gemeenschap op de hoogte behoren te zijn van haar beschikkingen in individuele mededingingszaken. Naar mijn mening mag van handelaren in de Gemeenschap worden verwacht dat zij op de hoogte zijn van het recht volgens het Verdrag, de hierop steunende verordeningen en eventueel de uitspraken van het Hof. Maar het is van hen te veel geëist dat zij zich op de hoogte houden van alle beschikkingen van de Commissie in individuele gevallen. Deze scheppen geen recht. Deze zwakte in de redenering van de Commissie doet mijns inziens echter geen afbreuk aan de juistheid van haar standpunt over Millers ge-

draging. Bovendien, zoals ik nog zal aantonen, heeft de Commissie de aan Miller opgelegde geldboete vastgesteld op basis van een culpose en geen opzettelijke inbreuk.

Wat vervolgens de onbeduidendheid van de inbreuk betreft, dient men te zien naar de tekst van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, waar wordt gezegd:

„Wanneer ondernemingen ... opzettelijk of uit onachtzaamheid:

a) inbreuk maken op artikel 85, lid 1, ... van het Verdrag,

...

kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen ... geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden, of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden.

Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk."

De beoordelingsvrijheid der Commissie met betrekking tot de hoogte van de boete beweegt zich derhalve tussen 0 % en 10 % van de omzet van de betrokken onderneming. Weliswaar wordt in artikel 15, lid 2, gesproken van „ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden", maar de Raad kan hiermee niet hebben bedoeld dat een onderneming met een omzet van minder dan 10 miljoen rekeneenheden in verhouding zwaarder kan worden beboet dan een onderneming met een omzet van méér dan 10 miljoen rekeneenheden. Het laagste bedrag van 1 000 rekeneenheden geeft volgens mij aan dat, indien de passende boete lager is dan dit bedrag, geen boete dient te worden opgelegd.

Dienovereenkomstig lijkt een boete van 10 % van de omzet gerechtvaardigd bij een langdurige opzettelijke inbreuk van de zwaarste soort. Aan het andere einde van de schaal is een boete van minder dan 1 % passend bij kortstondige culpose inbreuk van de lichtste soort, wanneer de omstandigheden niettemin het opleggen van een boete rechtvaardigen.

In het onderhavige geval bedroeg de boete volgens Millers eigen berekening 0,73 % van haar omzet. Krachtens artikel 17 van verordening nr. 17 heeft het Hof volledige rechtsmacht terzake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete wordt vastgesteld. Maar in een geval waarin de Commissie de laagst mogelijke boete heeft vastgesteld, zou het mijns inziens van weinig respect getuigen voor de discretionaire overwegingen van de Commissie, indien het Hof de boete nog verder zou verlagen op de enkele grond dat de inbreuk van geringe betekenis is.

In verband met een subsidiair argument van Miller wil ik nog opmerken dat de Commissie (in overweging 22 a van haar beschikking) uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat zij bij de vaststelling van de geldboete onder meer rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat „de onderneming enkele gevallen van export naar andere EEG-landen kende, zonder dat zij daarom sancties heeft toegepast".

Met betrekking tot Millers financiële positie heeft het Hof (krachtens artikel 45, § 2, sub b, van het Reglement voor de procesvoering) verzocht om overlegging van haar balansen over de jaren 1974 tot 1976, met name om een inzicht te krijgen in haar winst en liquiditeitspositie. Miller heeft gevraagd om verschoning hiervan, daar zij geen cijfers wilde openleggen. Het Hof drong niet verder aan, maar zoals bleek uit het antwoord van Millers raadsman op een tijdens de mondelinge behandeling door een Uwer gestelde vraag, wist Miller dat zij zich op deze manier zelf de mogelijkheid ontnam dat het Hof de boete op die gronden zou verlagen. Afgezien van alge-

mene opmerkingen van Millrs kant, heeft het Hof hieromtrent geen enkele informatie.

Dat Millers gewijzigde verkoop- en leveringsvoorwaarden waren opgesteld door een advocaat, is de Commissie niet medegedeeld tijdens de administratieve procedure; evenmin is hiervan melding gemaakt in het verzoekschrift aan het Hof. Pas in Millers repliek werd hierop voor het eerst gewezen, waarbij als verklaring werd aangevoerd dat de betrokken stukken zich in een reeds afgelegd dossier bevonden en daarom over het hoofd waren gezien. Ik moet U bekennen dat dit aspect van de zaak mij de meeste hoofdbrekens heeft gekost. Uiteraard kan tegen een civiele vordering of tegen een strafrechtelijke beschuldiging niet in het algemeen het verweer worden gevoerd dat een leek heeft gehandeld op advies van een volwaardig jurist, maar wanneer geen kwade trouw in het spel is, dient dit wel een sterk verzachtende omstandigheid te zijn bij het bepalen van geldboeten, zelfs wanneer deze uitdrukkelijk „geen strafrechtelijk karakter" hebben (artikel 15, lid 4, van verordening nr. 17).

De Commissie baseert zich in de eerste plaats op artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, waar wordt bepaald:

„Nieuwe middelen mogen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken."

Het lijkt mij dat de Commissie deze bepaling te restrictief wil uitleggen. Indien Millers uitleg juist is, steunt het betrokken „nieuwe middel" op een feitelijk gegeven waarvan in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken, zij het wellicht ook niet naar aanleiding van de gedingstukken. Bovendien moet artikel 42, lid 2, worden uitgelegd in samenhang met artikel 42, lid 1, dat luidt:

„Partijen kunnen nog in de repliek en in de dupliek aanbieden haar stellingen nader te bewijzen. De vertraging, waarmede zodanig bewijsaanbod geschiedt, dient te worden gemotiveerd."

Men kan stellen dat het hier alleen gaat om de zwaarte van Millers inbreuk en dat zij alleen tracht nader bewijs te leveren voor haar standpunt in deze.

In elk geval zou het mijnerzijds kwaadwillend zijn om op zo zwakke processuele gronden stof tot verlaging van de boete uit te sluiten.

Evenmin overtuigend acht ik de tegenwerping van de Commissie dat dit nieuwe argument in tegenspraak is met het vroeger door Miller gevoerde verweer dat, als zij inbreuk had gemaakt op het gemeenschapsrecht, zij dit uit onwetendheid had gedaan, omdat zij niet beschikte over een eigen juridische afdeling die haar voor eventuele inbreuken kon waarschuwen. Als de Commissie gelijk heeft dat Miller zich in feite van de gehele werking van het gemeenschapsrecht niets aantrok, dan kan een dergelijke tegenwerping vanzelfsprekend geen doel treffen.

Anderzijds ben ik onder de indruk van de wijze waarop de Commissie heeft nagegaan hoe Miller van de heer Kirchner de tekst van haar gewijzigde verkoop- en leveringsvoorwaarden heeft verkregen.

Het eerste bij Millers repliek gevoegde bewijsstuk is een brief van Miller aan Kirchner van 25 september 1973, welke voor Miller is ondertekend door een zekere Müller. In deze brief welke eraan herinnerde dat Kirchner in het kader van geschillen waarin hij de belangen van Miller had behartigd, herhaaldelijk kritiek had uitgeoefend op haar verkoop- en leveringsvoorwaarden, werd hem derhalve verzocht deze te wijzigen (bijlage 14 bij de repliek). Vervolgens is er een brief van Kirchner aan Miller van 14 november 1973 met een gewijzigde tekst waarin punt IX nog in stringenter vorm was gesteld dan uiteindelijk het ge-

val zou zijn (zie bijlage 15 en 16 bij de repliek). Uit de tekst van die brief kan men opmaken dat het Kirchner er voornamelijk om te doen was Miller te beschermen tegen gebrekige afnemers. Ten slotte is er nog een nagekomen brief van 22 november 1973 van Kirchner aan Miller, waarbij hij zijn rekening insloot doch tevens wees op een Duitse wet van 17 juli 1973 waarbij de eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken van kracht werd verklaard. Volgens Kirchner dienden de bepalingen van deze wet uitdrukkelijk schriftelijk te worden uitgesloten, als Miller de voorkeur gaf aan toepassing van haar eigen verkoop- en leveringsvoorwaarden (bijlage 17 bij de repliek). In diezelfde tijd onderhandelde Miller echter over haar overeenkomst met Delta BV, welke werd gesloten op 15 november 1973 en waarbij Miller erkende dat zij wist dat het gemeenschapsrecht een regeling bevat voor bepalingen als van punt IX.

In repliek bood Miller bewijslevering aan door getuigenis van de heren Miller en Kirchner zelf. Het Hof achtte het dienstig eerst de opmerkingen rechtens te horen alvorens op dit aanbod in te gaan. Volgens de Commissie zou het Hof op grond van de beperkte gegevens over de omstandigheden waaronder Kirchner de nieuwe verkoop- en leveringsvoorwaarden van Miller had opgesteld, gevoeglijk de boete niet kunnen verlagen, met welk standpunt ik het eens ben. Wij weten niet hoe Kirchner heeft kunnen voorbijgaan aan het gemeenschapsrecht, hoe Miller kon nalaten zijn advies hierover in te winnen, en waarom Kirchners tekst van punt IX werd gewijzigd.

Naar mijn mening staan thans voor U twee wegen open. Ten eerste kunt U overeenkomstig artikel 45 van het Reglement voor de procesvoering een onderzoek gelasten inzake de genoemde vragen. Ten tweede kunt U de zaak terugverwijzen naar de Commissie voor een herbeoordeling van de boete in het licht van het door Miller aangeboden bewijs. Voor een dergelijke terugverwijzing is er een precedent in de zaak 17/74, *Transocean Marine Paint Association* t. *Commissie* (Jurispr. 1974, blz. 1063), al zou in dit geval 's Hofs bevoegdheid ten deze niet moeten worden gebaseerd op artikel 176 van het Verdrag, maar op artikel 172, juncto artikel 17 van verordening nr. 17. Ik acht deze laatste weg de juiste, omdat daarbij het beginsel wordt geëerbiedigd dat de bevinding van de feiten welke van invloed zijn op de krachtens verordening nr. 17 op te leggen geldboete, en de vaststelling van de hoogte van deze boete in eerste instantie de taak van de Commissie is.

Ik meen echter niet dat de Commissie moet worden verwezen in enig deel van de kosten van het geding, omdat haar mijns inziens geen enkel verwijt treft.

Samenvattend concludeer ik:

1. tot intrekking van de in artikel 2 van de Beschikking der Commissie opgelegde boete en tot terugverwijzing van de zaak naar de Commissie ter nadere bepaling van de boete met inachtneming van de door Miller aangeboden nieuwe bewijsmiddelen, en

2. tot verwijzing van Miller in de kosten van het geding.