ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ JEAN-PIERRE WARNER της 10ης Ιανουαρίου 1978 *

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

Η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε βάσει του άρθρου 173 της Συνθήκης ΕΟΚ από τη Miller International Schallplatten GmbH (την οποία θα αποκαλώ «MILLER») και προσβάλλεται η απόφαση της Επιτροπής της 1ης Δεκεμβρίου 1976 (76/915/ΕΟΚ, Ο.J. L 357 σ. 40 της 29.12.1976), με την οποία η Επιτροπή (με το άρθρο 1) αποφάνθηκε ότι, με ορισμένους περιορισμούς των εξαγωγών που επέβαλε η MILLER στους πελάτες της, παρέβη το άρθρο 85, παράγραφος 1 της Συνθήκης και (με το άρθρο 2) επέβαλε στη MILLER, για τις εν λόγω παραβάσεις, πρόστιμο 70 000 λογ. μον., ήτοι 256 200 γερμανικών μάρκων DM.

Τα περιστατικά που εκθέτει με την απόφασή της η Επιτροπή, όπως συμπληρώθηκαν από μη αμφισβητηθέντα στοιχεία που προσκομίστηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου, συνοψίζονται ως εξής.

Η MILLER ασκεί την επιχείρησή της στο QUICKBORN, κοντά στο Αμβούργο, ως παραγωγός φθηνών ηχητικών υποθεμάτων (δίσκων, μαγνητοταινιών και κασσετών). Το ρεπερτόριό της αποτελεί το 45% περίπου της ελαφράς γερμανικής μουσικής, περιλαμβάνοντας μουσική «Hitparade» και γερμανικά λαϊκά τραγούδια, το δε 43% περίπου περιλαμβάνει διάφορα είδη ηχογραφήσεων για παιδιά, ως επί το πλείστον στη γερμανική γλώσσα και μερικά στην Ολλανδική, κατά το 6% περίπου κλασική μουσική, ενώ το 5% περίπου λαϊκή μουσική στα αγγλικά το υπόλοιπο (κάτω από 1%) άλλο έντυπο υλικό.

Η MILLER είναι 100% θυγατρική μιας αμερικανικής εταιρίας, της MCA RECORDS INC., η οποία είναι θυγατρική μιας άλλης αμερικανικής εταιρίας της MC INC., της UNIVERSAL CITY, CALIFORNIA.

Στις 11 Ιουνίου 1977, η MILLER συνήψε συμφωνία αποκλειστικότητας με την εταιρία του Στρασβούργου SOPHOLEST SA, για την πώληση των προϊόντων της στην Αλσατία και στη Λωραίνη (η περιοχή αυτή προσδιορίζεται με αναφορά σε ένα χάρτη — βλ. παράρτημα 2 της προσφυγής). Η ρήτρα 5 της συμφωνίας αυτής όριζε ότι τα προϊόντα της MILLER δεν μπορούσαν κατά κανόνα να εξαχθούν από την Αλσατία-Λωραίνη σε άλλες χώρες.

Στις 15 Νοεμβρίου 1973, η MILLER συνήψε παρόμοια συμφωνία με την ολλανδική εταιρία DELTA BV του HAARLEM, για την πώληση των προόντων της στις Κάτω Χώρες (παράρτημα 3 της προσφυγής). Η ρήτρα

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

9 της συμφωνίας αυτής, που ήταν διατυπωμένη στα αγγλικά όριζε:

«Σύμφωνα με τους κανονισμούς ΕΟΚ περί κυριότητας των εμπορευμάτων και περί δικαιωμάτων επανεξαγωγής, οι DELTA και MILLER συμφωνούν τα εξής: η MILLER παρέχει αποκλειστικό δικαίωμα στην DELTA για την περιοχή που καλύπτει η σύμβαση· σε αντάλλαγμα, η DELTA παραιτείται, σύμφωνα με το πνεύμα της παρούσας συμφωνίας, από την επανεξαγωγή των προϊόντων που αναφέρονται στη σύμβαση χωρίς ρητή συναίνεση της MILLER, προκειμένου να μη ζημιώνει τους εισαγωγείς ή τους έχοντες άδεια της MILLER εκτός των Κάτω Χωρών.»

Η ρήτρα 11 όριζε μεταξύ άλλων τα εξής: «Η παρούσα συμφωνία θα ερμηνεύεται και θα δεσμεύει τα μέρη σύμφωνα με τους νόμους της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας και δυνάμει των υφιστάμενων εμπορικών κωδίκων, όπως προβλέπεται από τους κανονισμούς της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας.»

Η ρήτρα 9, στην πραγματικότητα, απαλείφθηκε καθ' ολοκληρία με μια προσθήκη στη συμφωνία, που υπογράφηκε προτού τεθεί σε ισχύ η συμφωνία. Δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των παραβάσεων τις οποίες η Επιτροπή έχει προσάψει στη MILLER. Η σημασία της, από πλευράς Επιτροπής, έγκειται στο ότι αποδεικνύει ότι η MILLER ήταν ενήμερη τότε του γεγονότος ότι το κοινοτικό δίκαιο προέβλεπε σχετικώς κάτι για τις ρήτρες αυτές. Αυτό αφορά το ύψος του προστίμου.

Όσον αφορά τα άλλα κράτη μέλη της Κοινότητας, η MILLER είχε επίσης αποκλειστικούς διανομείς στο Βέλγιο, Δανία και Λουξεμβούργο, αλλά χωρίς να συνδέονται με αυτή την τυπική συμφωνία. Για την Ιταλία, η MILLER είχε χορηγήσει αποκλειστική άδεια σε μια ιταλική εταιρία της BREBBIA, κοντά στη Varese, για την κατασκευή και πώληση ηχητικών υποθεμάτων με το σήμα της. Δεν εξήγε προς την Ιρλανδία ή προς το Ηνωμένο Βασίλειο. Στην πραγματικότητα, πάνω από το 50% των εξαγωγών της κατευθυνόταν προς την Αυστρία και Ελβετία.

Στην ίδια την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, η MILLER είχε πάνω από 4 000 πελάτες, μεταξύ των οποίων χονδρεμπόρους, μεγάλα καταστήματα, αλυσίδες καταστημάτων, Σούπερ Μάρκετ, Βιβλιοπώλες, «Rack Jobbers», συνήθεις λιανοπωλητές, ιδιώτες και εξαγωγείς.

Από το 1970 περίπου, το έγγραφο που περιείχε τους όρους πωλήσεων στην εγχώρια αγορά περιείχει μια ρήτρα (ρήτρα 9) που όριζε τα εξής:

«Απαγορεύεται η εξαγωγή δίσκων που φέρουν τα σήματά μας. Σε περίπτωση παραβάσεως της διατάξεως αυτής, επιφυλασσόμαστε του δικαιώματός μας να σταματήσουμε την προμήθεια του πωλητή και να του αξιώσουμε αποζημίωση για ζημίες που μας προκαλούνται στο εξωτερικό σε σχέση με τις εν λόγω εξαγωγές.»

Την 1η Αυγούστου 1974, η MILLER προέβη σε αναθεώρηση του κειμένου των όρων πωλήσεως, περιέλαβε δε μια ρήτρα (ρήτρα IX) που έχει ως εξής:

«Απαγορεύεται κατά κανόνα στον πελάτη να εξάγει εμπορεύματα που εμείς του προμηθεύουμε. Σε περίπτωση παραβάσεως της παρούσας διατάξης, επιφυλασσόμαστε ρητώς του δικαιώματός μας να σταματήσου-

με την προμήθεια του παραβάτη πελάτη και να αξιώσουμε αποζημίωση από αυτόν για ζημίες που μας προκλήθηκαν στο εξωτερικό.»

Κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας ελέχθη στην Επιτροπή από τη MILLER ότι οι αναθεωρημένοι αυτοί όροι εφαρμόζονταν τόσο στους εγχώριους όσο και στους αλλοδαπούς πελάτες (βλ. παράρτημα 1β της προσφυγής). Η Επιτροπή το διαπίστωσε (βλ. παράγραφο 6 της απόφασεώς της). Απαντώντας σε ερώτημα του Δικαστηρίου κατά το τέλος της συζητήσεως, η MILLER είπε πάντως ότι επρόκειτο για σφάλμα, ότι οι αλλοδαποί πελάτες με τους οποίους δεν είχε συνάψει καμιά τυπική συμφωνία ελάμβαναν μόνο τιμοκαταλόγους και όχι τους γενικούς όρους πωλήσεως.

Στις 7 Μαΐου 1975, κατόπιν παραστάσεων που έκανε η Επιτροπή συνεπεία καταγγελίας που έλαβε από ένα γερμανό πελάτη της MILLER, η MILLER δήλωσε ότι δεν θα επέβαλλε πλέον, στο μέλλον, απαγορεύσεις εξαγωγών στους πελάτες της. Αργότερα, την ίδια χρονιά, εξέδωσε νέους γενικούς όρους πωλήσεως, απαλείφοντας τη ρήτρα IX.

Με την προσφυγή της η MILLER ζητεί την ακύρωση της αποφάσεως της Επιτροπής. Επικουρικώς, ζητεί από το Δικαστήριο να μειώσει το πρόστιμο ή να της επιτραπεί να το καταβάλει σε δόσεις· [αίτημα της MILLER να της επιτραπεί να καταβάλει το πρόστιμο σε νόμισμα πλην του γερμανικού μάρκου αποσύρθηκε μετά την απόφαση του Δικαστηρίου που ερμήνευσε την απόφασή του στις υποθέσεις «ζαχάρεως» (1977) σ. 445].

Κατ' ουσίαν το αίτημα της MILLER περί ακυρώσεως της αποφάσεως στηρίζεται, όπως το αντιλαμβάνομαι, στο ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε, και δεν μπορούσε να αποδείξει, ότι οι εν λόγω περιορισμοί εξαγωγών ενέπιπταν στο άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, καθόσον η Επιτροπή δεν απέδειξε και δεν μπορούσε να αποδείξει είτε ότι οι περιορισμοί αυτοί θα μπορούσαν να επηρεάσουν το μεταξύ κρατών μελών εμπόριο είτε ότι είχαν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της Κοινής Αγοράς.

Ειδικότερα η MILLER ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε σφάλμα, καθότι υπερεκτίμησε τη θέση της (τη θέση της MILLER) στην αγορά.

Ενόψει της φύσεως των επιχειρημάτων που μας αναπτύχτηκαν προς υποστήριξη των ισχυρισμών αυτών, πρέπει, νομίζω, να υπενθυμίσω το εφαρμοστέο σχετικά δίκαιο όπως έχει ερμηνευτεί από το Δικαστήριο.

Πρώτον, η φράση «που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών» του άρθρου 85, παράγραφος 1 υποδηλώνει ότι η συμφωνία για την οποία πρόκειται είναι ικανή να έχει μια επίπτωση, άμεση ή έμμεση, ενεστώσα ή ενδεχόμενη, στην ελευθερία του εμπορίου μεταξύ των κρατών μελών, ώστε να εμποδίζει, με την κατανομή ειδικότερα της αγοράς ως προς ορισμένα προϊόντα μεταξύ των κρατών μελών, την επίτευξη του στόχου μιας ενιαίας αγοράς που περιλαμβάνει το σύνολο αυτών. Το αν μια συμφωνία μπορεί να επηρεάσει έτσι το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών πρέπει να διαπιστώνεται βάσει αντικειμενικών δεδομένων, νόμου ή ουσίας — βλ. π.χ. υπόθεση 56/65, Société Technique Minière κατά Maschinenbau Ulm GmbH (1966, σ. ECR 235, στη σ. 249) (1966 ECR., σ. 337, στη σ. 359) και

υποθέσεις 56/65 και 58/64, Consten και Grundig κατά Επιτροπής 1966 ECR 299, στη σ. 341 — 1966, ECR, σ. 429, στη σ. 496). Δεύτερον, όπως προκύπτει από τις ίδιες νομολογιακές πηγές, η αναφορά που γίνεται στο άρθρο 85, παράγραφος 1 σε συμφωνία που έχει ως «αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα» την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς επιβάλλει μια εναλλακτική εξέταση. Αν μια συμφωνία έχει προδήλως αυτό ως αντικείμενό της, παρέλκει η εξέταση του αποτελέσματός της. Μόνο αν το αντικείμενο είναι ασαφές, χρειάζεται περαιτέρω εξέταση του αποτελέσματος της συμφωνίας, υπό την έννοια των πραγματικών συνεπειών του.

Αυτό και μόνο του καθιστά χωρίς επιρροή τους ισχυρισμούς που προέβαλε ενώπιον του Δικαστηρίου η MILLER, ότι βασίζονταν, κατά τα λεγόμενά της, στην ιδέα ότι ο περιορισμός των εξαγωγών προς άλλα κράτη μέλη δεν μπορεί να θεωρηθεί αντίθετος προς το άρθρο 85, παράγραφος 1, παρά μόνο αν αποδεικνύεται ότι πράγματι είχε ως συνέπεια να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών και να εμποδίσει τον ανταγωνισμό σε σημαντικό τμήμα της κοινής αγοράς. Έτσι, για λογαριασμό της MILLER αναπτύχτηκαν μακροσκελείς ισχυρισμοί περί του ότι οι γερμανοί πελάτες της δεν ήθελαν και δεν ήταν εξοπλισμένοι να επιδοθούν σε εξαγωγικό εμπόριο (έστω και αν υπήρξε ένας απ' αυτούς, όπως φαίνεται, του οποίου η καταγγελία προς την Επιτροπή έδωσε αφορμή στην κίνηση της όλης παρούσας διαδικασίας, και έστω και αν, όπως παρατήρησε η Επιτροπή, φαίνεται απίθανο ότι, για παράδειγμα, ένας χονδρέμπορος στο Aachen θα προτιμούσε μάλλον να εφοδιάσει ένα λιανοπωλητή στο Eupen παρά να τον παραπέμψει σε ένα διανομέα στις Βρυξέλλες). Ομοίως, για λογαριασμό της MILLER αναπτύχτηκαν οι ισχυρισμοί σχετικά με το ότι δεν υπήρχαν κίνητρα για τους αλλοδαπούς πελάτες της να εξάγουν σε άλλες χώρες ή να επανεισάγουν στη Γερμανία (έστω και αν, όπως παραδέχεται η MILLER, η SOPHOLEST SA είχε κρίνει επικερδές να αποστέλλει εμπορεύματα από το Στρασβούργο στην Ελβετία και στην Αυστρία, η δε DELTA BV έκρινε επικερδές να εφοδιάζει τη βελγική αγορά από το Haarlem). Οι ισχυρισμοί αυτοί οδήγησαν σε μακρά συζήτηση μεταξύ της MILLER και της Επιτροπής, ως προς τους λόγους για τους οποίους η MILLER χρέωνε υψηλότερες τιμές στη δική της εγχώρια αγορά απ' ό,τι στις αγορές εξαγωγής και, πράγματι, ως προς το ακριβές ποσό της διαφοράς. Κατά τη γνώμη μου, και με όλο το σεβασμό που έχω προς τους διαδίκους, όλα αυτά στερούνταν σημασίας.

Με την επιφύλαξη των εξαιρέσεων που θα αναφέρω σε λίγο, το άρθρο 85, παράγραφος 1 απαγορεύει να περιλαμβάνονται σε εμπορικές συμφωνίες ρήτρες που ρητώς περιορίζουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και τον ανταγωνισμό εντός της κοινής αγοράς, πράττει δε αυτό ασχέτως του αν πράγματι το εν λόγω εμπόριο ή ο εν λόγω ανταγωνισμός αποτελεί εμπόριο ή ανταγωνισμό στον οποίο εκείνοι που θίγονται θέλουν ή δεν θέλουν, ή μπορούν ή δεν μπορούν να μετάσχουν.

Για λογαριασμό της MILLER προβλήθηκε ο ισχυρισμός ότι υπήρξε φιλελεύθερη στη χορήγηση εξαιρέσεων από τις επίδικες εν προκειμένω ρήτρες. Αυτό μπορεί να συνέβη, αλλά η παράβαση που πατάσσει το άρθρο 85, παράγραφος 1, είναι η επιβολή των ρητρών αυτών κατ' αρχήν και όχι ο συγκεκριμένος βαθμός της έλλειψης ελευθεριότητας στην εκτέλεσή τους. Αυτό εξηγείται απλώς και μόνο από το γεγονός ότι οι ρήτρες αυτές έχουν απαγορευτικό αποτέλεσμα που δεν μπορεί εύκολα να υπολογιστεί. Για παράδειγμα, κανένας δεν μπορεί να πει πόσοι πελάτες της MILLER, σε πόσες περιπτώσεις, εμποδίστηκαν να εξαγάγουν, χωρίς να σκεφθούν να ζητήσουν το ευεργέτημα της απαλλαγής. Πράγματι, αν το απαγορευτικό αποτέλεσμα των εν λόγω ρητρών μπορούσε

να αγνοηθεί, το άρθρο 85, παράγραφος 2, το οποίο τις καθιστά άκυρες, θα αρκούσε αυτό καθαυτό για να εξασφαλίσει την πραγματοποίηση των στόχων του άρθρου 85, παράγραφος 1. Πάντως, θα αφίστατο της πραγματικότητας να υποτεθεί ότι έτσι έχει το πράγμα. Σε περίπτωση όπως η παρούσα, η ελευθεριότητα στη χορήγηση απαλλαγών αποτελεί αναμφίβολα ένα στοιχείο που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά τον υπολογισμό του προστίμου, πλην όμως δεν ασκεί επιρροή στο ερώτημα αν υπήρξε ή όχι παράβαση.

Ανέφερα ότι υπάρχουν εξαιρέσεις.

Οι πιο σημαντικές εξαιρέσεις είναι βεβαίως εκείνες του άρθρου 85, παράγραφος 3, πλην όμως δεν έγινε εν προκειμένω επίκληση της διατάξεως αυτής.

Έπειτα, υπάρχει μια σιωπηρή εξαίρεση στο ίδιο το άρθρο 85, παράγραφος 1. Αν αποδεικνύεται ότι, ελλείψει συγκεκριμένου περιορισμού του ανταγωνισμού, υπάρχει απόλυτη αδυναμία διενέργειας ορισμένων συγκεκριμένων εμπορικών πράξεων, ο περιορισμός αυτός δεν πατάσσεται από το άρθρο 85, παράγραφος 1. Έτσι, στην υπόθεση Technique Minière, το Δικαστήριό σας αποφάνθηκε ότι περιορισμός του ανταγωνισμού, περιεχόμενος σε συμφωνία αποκλειστικότητας, ενδέχεται να μην εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, αν, χωρίς τον περιορισμό αυτό, ο ενδιαφερόμενος κατασκευαστής δεν μπορεί να διεισδύσει σε μια γεωγραφική περιοχή που καλύπτεται από τη συμφωνία. Ομοίως στις υποθέσεις 19 και 20/74, τις ονομαζόμενες «υποθέσεις Kali» 1975, ECR, σ. 499, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι το άρθρο 85, παράγραφος 1, δεν αφορά συμφωνία επιτρέπουσα σε επιχείρηση να πωλεί το πλεόνασμα της παραγωγής της σε ανταγωνιστή της, οσάκις, χωρίς τη διευκόλυνση αυτή, δεν μπορεί να πωλήσει καθόλου την εν λόγω παραγωγή. Η MILLER δεν επιδίωξε να τύχει της εξαιρέσεως αυτής.

Τέλος, υπάρχει μια εξαίρεση, της οποίας επιδιώκει να τύχει η MILLER, συνιστάμενη στο ότι μια συμφωνία δεν εμπίπτει στο άρθρο 85, παράγραφος 1, αν η θέση των συμβαλλομένων μερών εντός της αγοράς είναι τόσο αδύνατη ώστε η συμφωνία δεν μπορεί να επηρεάσει τον ελεύθερο ανταγωνισμό και το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών παρά σε ασήμαντη έκταση. Η εξαίρεση αυτή συνάγεται από τις αποφάσεις του Δικαστηρίου στην υπόθεση 5/69, Völk κατά Vervaecke, 1969, ECR, σ. 295, υπόθεση 1/71 Cadillon κατά Höss 1971 ECR, σ. 351 και η υπόθεση 22/71, Beguelin Import κατά G. L. Import Export, όπ.π.σ. 949.

Από πλευράς ιστορικού, η εξαίρεση αυτή φαίνεται να έχει συναχθεί από την τελευταία, καθόσον η υπόθεση Völk κατά Vervaecke ήταν παρόμοια με την υπόθεση Technique Minière. Πράγματι, ο γενικός εισαγγελέας Gand σαφώς θεώρησε ότι η απόφαση στην υπόθεση Völk κατά Vervaecke έπρεπε να ακολουθήσει την απόφαση στην υπόθεση Technique Minière, 1969 ECR, σ. 305 και 306. Αλλά η εξαίρεση έχει αποκτήσει μια αυτοτελή ύπαρξη και μου φαίνεται ότι, ως ανεξάρτητη εξαίρεση, μπορεί να στηριχτεί μόνο στην αρχή «De minimis non curat lex» ή, όπως το προτιμούν μερικοί, «De minimis non curat praetor». Εξάλλου, μολονότι οι υποθέσεις Völk κατά Vervaecke, Cadillon κατά Höss, και Beguelin αφορούσαν και οι τρεις συμφωνίες αποκλειστικότητας, δεν βλέπω το λόγο γιατί η εξαίρεση που καθιέρωσαν κατ' αυτό τον τρόπο να μην είναι γενικής εφαρμογής. Αλλά ακόμα, ενώ στις υποθέσεις Technique Minière και Kali έγινε επίκληση του «το σφάλμα μου δεν είναι σφάλμα, διότι χωρίς αυτό δεν θα μπορούσα να πωλήσω», εν προκειμένω γίνεται επίκληση του «το σφάλμα μου δεν πρέπει να ληφθεί υπόψη

διότι είναι πολύ μικρό». Για να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός αυτός, η παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, πρέπει να είναι πράγματι αμελητέα.

Η MILLER αναφέρθηκε στην από 27 Μαΐου 1970 κοινοποίηση της Επιτροπής «περί συμφωνιών, αποφάσεων και εναρμονισμένων πρακτικών μικρής σημασίας που δεν εμπίπτουν στο άρθρο 85, παράγραφος 1 της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας (OJ C 64 της 2.6.1970, σ. 1). Εν τούτοις, δεν νομίζω ότι η αναφορά στο έγγραφο αυτό μπορεί να χρησιμεύσει στη MILLER. Όπως παρατήρησε ο γενικός εισαγγελέας Dutheillet De Lamothe, στην υπόθεση Cadillon κατά Höss, (1971 ECR, σ. 361) και εκ νέου στην υπόθεση Beguelin (1971 ECR, σ. 968), από τη διατύπωση της εν λόγω κοινοποιήσεως προκύπτει σαφώς ότι αυτή ήταν ενδεικτικού μόνο χαρακτήρα και δεν είχε κανένα έννομο αποτέλεσμα. Η κοινοποίηση είχε διατυπωθεί ως έκφραση γνώμης της Επιτροπής· ανέφερε ότι ο «ποσοτικός ορισμός» του όρου «αισθητός» που έδιδε δεν είχε «απόλυτη αξία» και υπογράμμιζε ότι, σε μια αμφίβολη περίπτωση, οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ήταν «ελεύθερες να ζητήσουν αρνητική πιστοποίηση ή να κοινοποιήσουν τη συμφωνία». Είναι δε ακόμα πιο σημαντικό το ότι ανέφερε ότι «η παρούσα κοινοποίηση τελεί υπό την επιφύλαξη της ερμηνείας που ενδέχεται να δώσει το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων». Το πράγμα δεν μπορούσε να έχει διαφορετικά, διότι η Επιτροπή δεν έχει εξουσία να τροποποιεί το δίκαιο όπως έχει τεθεί με το άρθρο 85, παράγραφος 1 της Συνθήκης. Σε περίπτωση που μια επιχείρηση, στηριζόμενη καλοπίστως στις διατάξεις της κοινοποιήσεως της Επιτροπής, είχε ενεργήσει νομίζοντας ότι η συμφωνία στην οποία μετείχε δεν ενέπιπτε στην απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, θα υπήρχε δυνατότητα ενός είδους Estoppel που θα εμπόδιζε την Επιτροπή να επιβάλει εν συνεχεία πρόστιμο στην εν λόγω επιχείρηση για το λόγο ότι η συμφωνία ενέπιπτε πράγματι στην απαγόρευση. Όμως, δεν πρόκειται για κανενός είδους Estoppel στην προκειμένη περίπτωση, διότι δεν υπάρχει καμιά ένδειξη ότι η MILLER στηρίχτηκε κατά κάποιο τρόπο στην κοινοποίηση. Πράγματι, είναι δύσκολο να δει κανείς πώς θα μπορούσε, καλοπίστως, να το είχε πράξει. Οι διατάξεις της κοινοποιήσεως φαίνεται να αφορούν τις «οριζόντιες» συμφωνίες, είτε μεταξύ παραγωγών είτε μεταξύ διανομέων. Η διατύπωσή της δεν φαίνεται να έχει εύκολα εφαρμογή σε περίπτωση όπως η παρούσα, κατά την οποία ένας παραγωγός επιβάλλει τον ίδιο περιορισμό στο σύνολο των πελατών του διανομέων.

Σε μια τέτοια περίπτωση, ποιες θα ήταν «οι επιχειρήσεις που μετέχουν στη συμφωνία», των οποίων «ο κύκλος εργασιών περιλαμβάνει το σύνολο των προϊόντων και των υπηρεσιών» (μαζί με εκείνα των θυγατρικών τους και των μητρικών τους εταιριών) πρέπει να προστεθεί για να διαπιστωθεί αν υπερβαίνουν το επιτασσόμενο όριο; Ίσως η απάντηση εν προκειμένω είναι ότι θα έπρεπε να γίνει πρόσθεση του κύκλου εργασιών της MILLER, όλων των πελατών της και όλων των αντίστοιχων θυγατρικών και μητρικών της εταιριών (συμπεριλαμβανομένης της MCA Records Inc.). Βεβαίως, κανένας δεν τόλμησε έναν τέτοιο υπολογισμό.

Χάριν της πληρότητας, θα πρέπει ίσως να αναφέρω ότι η κοινοποίηση είχε πρόσφατα αντικατασταθεί από παρόμοια της 19ης Δεκεμβρίου 1977 (OJ C 313 της 29.12.1977 σ. 3). Οι παραπάνω παρατηρήσεις ισχύουν επίσης και όσον αφορά την τελευταία κοινοποίηση, αν ενδιαφέρουν την παρόμοια υπόθεση. Νομίζω πάντως ότι αυτό δεν συμβαίνει, διότι η νομιμότητα της αποφάσεως που έλαβε η Επιτροπή το Δεκέμβριο του 1976 δεν μπορεί να επηρεαστεί από κάτι που δημοσίευσε η Επιτροπή το Δεκέμβριο του 1977· και, βεβαίως, έχοντας υπόψη τις διατάξεις του άρθρου 173 της Συνθήκης, δεν μπορείτε, όσον αφορά αυτό το σημείο της

υποθέσεως, παρά να εκτιμήσετε τη νομιμότητα της αποφάσεως της Επιτροπής κατά το χρόνο εκδόσεώς της.

Στις αιτιολογικές σκέψεις 12 μέχρι 15 της απόφασεώς της, η Επιτροπή πραγματεύεται αυτό που θα μου επιτρεπόταν ίσως να αποκαλέσω στοιχείο «De minimis», ως εξής:

«12. Η διαπίστωση του ότι έγινε περιορισμός του ανταγωνισμού στην παρούσα περίπτωση δεν μπορεί να γίνει από το μέγεθος του μεριδίου που κατέχει η MILLER στην αγορά για όλα τα ηχητικά υποθέματα. Η MILLER παράγει κυρίως ηχητικά υποθέματα ελαφράς μουσικής. Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της ελαφράς και σοβαρής μουσικής είναι τέτοια ώστε σπάνια μόνο μπορούν να εναλλαχθούν. Επομένως, μπορεί να λεχθεί ότι τα ηχητικά υποθέματα ελαφράς μουσικής αποτελούν χωριστή αγορά. Δεδομένου ότι στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας τα ηχητικά υποθέματα ελαφράς μουσικής αντιπροσωπεύουν περίπου το 90% του κύκλου εργασιών για όλους τους τύπους ηχητικών υποθεμάτων, το μερίδιο 6,07% που έχει η MILLER στην αγορά όλων των ηχητικών υποθεμάτων αντιπροσωπεύει μερίδιο 6,7% στην αγορά την ηχητικών υποθεμάτων ελαφράς μουσικής.

13. Περαιτέρω, πρέπει να σημειωθεί ότι το 50% του ρεπερτορίου της MILLER συνίσταται σε ηχητικά υποθέματα για παιδιά, αγορά στην οποία η επιχείρηση αυτή κατέχει προέχουσα θέση.

14. Μολονότι το 50% του ρεπερτορίου της MILLER συνίσταται σε ηχητικά υποθέματα γερμανικής γλώσσας για παιδιά και το υπόλοιπο κυρίως σε μουσική από γερμανική Hitparade και γερμανική φολκλορική μουσική, οι πελάτες της εταιρίας αυτής θα μπορούσαν να είναι σε θέση να ανταγωνιστούν εξάγοντας τα εν λόγω εμπορεύματα σε άλλες χώρες της Κοινότητας, διότι η πώληση ηχητικών υποθεμάτων της MILLER δεν περιορίζεται λόγω γλώσσας στη γερμανική αγορά, όπως αποδεικνύεται εξάλλου από το γεγονός ότι οι γερμανικές εξαγωγές της MILLER το 1975 σε δίσκους ανήλθαν στο 3,25%. Πολλές άλλες κοινοτικές χώρες μπορούν να θεωρηθούν ως εισάγουσες τα προϊόντα αυτά, καθόσον ο πληθυσμός των χωρών αυτών, ακόμα και μόνο σε περιοχές που συνορεύουν με τη Γερμανία, έχει τουλάχιστον κάποια γνώση της γερμανικής γλώσσας.

Η γνώση της γερμανικής γλώσσας από αγοραστές σε άλλες κοινοτικές χώρες μπορεί να λεχθεί ότι είναι μικρότερης σημασίας, όσον αφορά την πώληση ηχητικών υποθεμάτων της γερμανικής Hitparade και φολκλορικής μουσικής (τραγούδια σε διάλεκτο και τραγούδια καρναβαλιού, για παράδειγμα). Περαιτέρω, οι αγοραστές σε άλλα κράτη μέλη ενδέχεται να έχουν συμφέρον στο να επανεισάγουν προϊόντα της MILLER στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας από άλλες χώρες.

15. Συνεπώς, ο περιορισμός του ανταγωνισμού ήταν αισθητός.»

Τα μεγέθη 6,07% που αντιπροσωπεύει το μερίδιο της MILLER στη γερμανική αγορά για όλα τα ηχητικά υποθέματα και 3,25% που αντιπροσωπεύει το μερίδιό της στις γερμανικές εξαγωγές προσκομίστηκαν πράγματι από την ίδια τη MILLER στην Επιτροπή, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, καίτοι, πρέπει να λεχθεί, με υπογράμμιση, στην περίπτωση τουλάχιστον του πρώτου μεγέθους, ότι ενδέχεται να είχε υπερεκτιμηθεί το πραγματικό μερίδιο της αγοράς της MILLER, διότι στηριζόταν σε στατιστικές που δημοσίευσε το

Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft eV (Ομοσπονδιακή Ένωση Βιομηχανίας Ηχογραφήσεων), στις οποίες δεν περιλαμβανόταν η παραγωγή ορισμένων κατασκευαστών που προέβαιναν σε παράνομη ηχογράφηση (βλ. παράρτημα 1 C της προσφυγής). Ενώπιον του Δικαστηρίου, η Επιτροπή απέδειξε ότι, λαμβανομένης υπόψη της παράνομης αυτής παραγωγής, το μερίδιο της MILLER στη γερμανική αγορά μπορεί πάντως να εκτιμηθεί, χωρίς κίνδυνο σφάλματος, σε ποσοστό πάνω από 5% (βλ. υπόμνημα αντικρούσεως σ. 9).

Τα ποσοστά αυτά αναφέρονται στις ποσότητες που διοχετεύτηκαν στο εμπόριο. Δεδομένου ότι η MILLER είναι παραγωγός κυρίως φθηνών προϊόντων, το επί της αγοράς ποσοστό της, από την άποψη αξίας, είναι κατ' ανάγκη χαμηλότερο. Η Επιτροπή το εκτίμησε αξιόπιστα σε 3,75% (βλ. το υπόμνημα αντικρούσεως σελίδες 8-9). Εν πάση περιπτώσει, τα μεγέθη αυτά πολύ απέχουν, π.χ., από τα ποσοστά 0,2% και 0,5% της αγοράς για τα οποία επρόκειτο στην υπόθεση Völk κατά Vervaecke (Βλ. 1969 ECR, σ. 303 και 304). Πάντως, δεν νομίζω ότι, εφαρμόζοντας την αρχή «De minimis», πρέπει να περιοριστούμε μόνο στα ποσοστά της αγοράς. Θα πρέπει να ληφθεί επίσης υπόψη η παραγωγή και ο κύκλος εργασιών της επιχειρήσεως ή των επιχειρήσεων για τις οποίες πρόκειται σε απόλυτους αριθμούς. Στην περίπτωση που μας απασχολεί, γνωρίζουμε ότι η παραγωγή της MILLER το 1975 ανήλθε σε 10 περίπου εκατομμύρια ηχητικά υποθέματα και ο κύκλος εργασιών της υπερέβη τα 34 εκατομμύρια γερμανικά μάρκα. Δεν μπορώ να θεωρήσω τα μεγέθη αυτά ως αμελητέα: το άρθρο 85, παράγραφος 1, δεν εφαρμόζεται μόνο σε γίγαντες. Πρέπει να λαμβάνεται επίσης υπόψη το περιεχόμενο του προσαπτόμενου περιορισμού. Εν προκειμένω η επίδικη ρήτρα επιβλήθηκε σε καθέναν από τους πελάτες της MILLER, τουλάχιστον στην εγχώρια αγορά.

Ενώπιον του Δικαστήριου, έγινε κατ' αντιπαράθεση συζήτηση μεταξύ των διαδίκων που αφορούσε εν προκειμένω τι σημαίνει «σχετική αγορά», από γεωγραφικής απόψεως αφενός και ποιοτικής απόψεως αφετέρου. Σε κάποιο σημείο, ο δικηγόρος της MILLER έφθασε στο σημείο να ισχυριστεί ότι η σχετική αγορά, γεωγραφικώς, ήταν ολόκληρη η Κοινότητα, και αυτό παρά τον ισχυρισμό που είχε προβάλει, σε διαφορετικό πλαίσιο, ότι δεν υφίστατο μέσα στην Κοινότητα ουσιώδης αγορά για τα προϊόντα της MILLER εκτός της Γερμανίας και των τμημάτων των άλλων κρατών μελών που συνορεύουν με τη Γερμανία, όπου ομιλείται κοινώς η γερμανική. Η MILLER προέβαλε επίσης τον ισχυρισμό ότι η αγορά ηχητικών υποθεμάτων είναι αδιαίρετη. Ελέχθη ότι κακώς η Επιτροπή χειρίστηκε την υπόθεση αυτή θεωρώντας ότι υφίστανται αγορές για τα ηχητικά υποθέματα ελαφράς μουσικής και για τα αντίστοιχα της κλασικής μουσικής, ή χωριστές αγορές για τα ηχητικά υποθέματα που προορίζονται για παιδιά και για τα αντίστοιχα που προορίζονται για ενήλικες ή ακόμα χωριστές αγορές για τα φθηνά ηχητικά υποθέματα, αφενός, και για τα ακριβά υποθέματα, αφετέρου. Υπό τις παρούσες περιστάσεις, δεν μου φαίνεται αναγκαίο να εκφέρω γνώμη επ' αυτών των σημείων. Θα παρατηρούσα πάντως ότι η Επιτροπή δεν στήριξε την απόφασή της στην ύπαρξη χωριστής αγοράς για τα φθηνά ηχητικά υποθέματα, μολονότι είχε εγείρει το πρόβλημα κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας και το επανέφερε κατά κάποιο τρόπο ενώπιόν μας.

Με το υπόμνημά της απαντήσεως η MILLER υποστήριξε ότι το αναξιόπιστο των διαθεσίμων στατιστικών στοιχείων και οι λοιπές δυσχέρειες κατά την πορεία της αποδείξεως των περιστατικών περί της αγοράς ήταν τέτοιες που είναι αδύνατο να προσδιοριστεί ακριβώς ποιο ήταν το πραγματικό μερίδιό της στη σχετική αγορά, και επομένως αδύνατο για την Επιτροπή να απαλλαγεί από το βάρος αποδείξεως ότι το

μερίδιο αυτό ήταν σημαντικό. Με τον ισχυρισμό αυτό μου φαίνεται ότι ανατρέπεται η θέληση του κοινοτικού νομοθέτη. Οσάκις η συμφωνία για την οποία πρόκειται παραβιάζει το άρθρο 85, παράγραφος 1, δεν είναι δυνατό να υποστηριχτεί, πράγματι, ότι, παρά ταύτα, η συμφωνία αυτή διαφεύγει των συνεπειών που προβλέπει η διάταξη αυτή, εκτός αν η Επιτροπή μπορεί να αποδείξει ότι δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής η αρχή «De minimis».

«Η MILLER παρέβη εκ προθέσεως το άρθρο 85, παράγραφος 1. Γνώριζε και επιδίωκε οι απαγορεύσεις της επί των εξαγωγών να εμποδίσουν τους πελάτες της να ανταγωνίζονται στα εμπορεύματα για τα οποία πρόκειται εντός άλλων χωρών της Κοινότητας. Η MILLER ήταν επίσης ενήμερη ότι οι απαγορεύσεις εξαγωγών ήταν αντίθετες προς το κοινοτικό δίκαιο ή τουλάχιστον αντιπαρήλθε εσκεμμένως οποιαδήποτε αμφιβολία είχε επί του ζητήματος αυτού.»

Έρχομαι τώρα στα επικουρικά αιτήματα της MILLER, να της μειωθεί το πρόστιμο και να της επιτραπεί να το καταβάλει με δόσεις. Προς υποστήριξη των αιτημάτων αυτών, η MILLER ανέπτυξε μια επιχειρηματολογία σε τέσσερα σημεία ήτοι:

1) φερόμενο σφάλμα της Επιτροπής, καθόσον έκρινε ότι η MILLER παρέβη εκ προθέσεως το άρθρο 85, παράγραφος 1·

2) η μηδαμινότητα της εκ μέρους της MILLER παραβάσεως του άρθρου αυτού·

3) η οικονομική κατάσταση της MILLER και, ειδικότερα, το χαμηλό περιθώριο κέρδους της και η έλλειψη μετρητών της (οφειλόμενη, κατά τη MILLER, σε ανάληψη μεγάλων υποχρεώσεων για επενδύσεις)·

4) το γεγονός ότι οι αναθεωρηθέντες γενικοί όροι πωλήσεως που υιοθέτησε το 1974 η MILLER είχαν συνταγεί από το δικηγόρο του Αμβούργου Kirchner.

Όσον αφορά το πρώτο από τα σημεία αυτά, οι διαπιστώσεις της Επιτροπής διατυπώθηκαν πράγματι ως εξής (21η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως):

Για να αποδείξει ότι η MILLER προτίμησε, τουλάχιστον, να κλείσει τα μάτια της σε οποιαδήποτε αμφιβολία μπορούσε να έχει ως προς το περιεχόμενο του άρθρου 85, παράγραφος 1, η Επιτροπή στηρίχτηκε στο περιεχόμενο της ρήτρας 9 της συμφωνίας μεταξύ MILLER και DELTA BV και, ειδικότερα, στο γεγονός ότι ένας από τους διαχειριστές της MILLER δέχτηκε κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας ότι η επιχείρησή του τελούσε εν γνώσει ότι το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει, τουλάχιστον, τις πλήρεις απαγορεύσεις των εξαγωγών (βλ. παράρτημα 1D της προσφυγής). Υπό τις περιστάσεις αυτές, η διαπίστωση μου φαίνεται δικαιολογημένη. Είναι ενδιαφέρον να παρατηρηθεί ότι, μολονότι η MILLER με τα υπομνήματά της προσφέρθηκε αφειδώς σε αποδείξεις επί πολλών άλλων σημείων, επ' αυτού δεν προσκόμισε καμιά.

Αν μπορεί να βρεθεί κάποιο επίψογο σημείο στην αιτιολογική σκέψη 21 της αποφάσεως της Επιτροπής, πρόκειται για το γεγονός ότι, συνεχίζοντας τη σκέψη αυτή, η Επιτροπή εξέφρασε την άποψη ότι οι έμποροι εντός της Κοινότητας έπρεπε να είναι ενήμεροι των αποφάσεων που αυτή εκδίδει σε ατομικές περιπτώσεις που αφορούν τον ανταγωνισμό.

Νομίζω ότι οι εντός της Κοινότητας έμποροι πρέπει να υποτεθεί ότι γνωρίζουν το δί-

καιο που τίθεται με τις Συνθήκες, τους κανονισμούς που εκδίδονται κατ' εφαρμογή τους και, ενδεχομένως, με τις αποφάσεις του παρόντος Δικαστηρίου. Αλλά, είναι υπερβολικό να αναμένει κανείς απ' αυτούς ότι πρέπει να τηρούνται ενήμεροι για όλες τις ατομικές αποφάσεις της Επιτροπής. Αυτές δεν δημιουργούν δίκαιο. Πάντως, αυτός ο τρόπος συλλογισμού της Επιτροπής δεν μου φαίνεται να επηρεάζει το κύρος της διαπιστώσεως της Επιτροπής όσον αφορά τη συμπεριφορά της MILLER. Εξάλλου, όπως θα αποδείξω, η Επιτροπή πράγματι καθόρισε το ποσό του προστίμου, το οποίο επέβαλε στη MILLER, επί τη βάσει του ότι η παράβασή της προήλθε από αμέλεια παρά από πρόθεση.

Έτσι, η διακριτική ευχέρεια της Επιτροπής για τον προσδιορισμό του ύψους του προστίμου τοποθετείται μεταξύ 0% και 10% του κύκλου εργασιών της εν λόγω επιχειρήσεως.

Δεν παραβλέπω το ότι το άρθρο 15, παράγραφος 2, κάνει λόγο περί «ύψους χιλίων μέχρι ενός εκατομμυρίου λογ. μον.», αλλά δεν ήταν δυνατό με αυτό το Συμβούλιο να εννοεί ότι μια επιχείρηση με κύκλο εργασιών μικρότερο από 10 εκατομμύρια λογ. μον. θα μπορούσε να πληγεί αναλογικά με βαρύτερο πρόστιμο από ό,τι μια επιχείρηση με κύκλο εργασιών πάνω από 10 εκατομμύρια λογ. μον.

Έρχομαι τώρα στη μηδαμινότητα της παραβάσεως. Ως προς αυτή, πρέπει κατά τη γνώμη μου να λάβουμε υπόψη το άρθρο 15, παράγραφος 2, του κανονισμού 17 (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25). Κατά το μέτρο που ενδιαφέρει την παρούσα υπόθεση η διάταξη αυτή έχει ως εξής:

Το κατώτερο όριο των χιλίων λογ. μον. πρέπει, νομίζω, να εννοηθεί ότι υποδηλώνει ότι, αν το ενδεδειγμένο πρόστιμο είναι κατώτερο του ποσού αυτού, δεν πρέπει να επιβληθεί καθόλου πρόστιμο.

«Η Επιτροπή δύναται να επιβάλλει με απόφαση στις επιχειρήσεις (...) πρόστιμο ύψους χιλίων μέχρις ενός εκατομμυρίου Λογ. Μον., ή και ποσό μεγαλύτερο απ' αυτό μέχρι ποσοστού 10% του κύκλου εργασιών που επραγματοποιήθη κατά την προηγούμενη διαχειριστική περίοδο από μία των επιχειρήσεων, οι οποίες έχουν συνεργήσει στην παράβαση, όταν εκ προθέσεως ή εξ αμελείας (...) διαπράττουν παράβαση των διατάξεων του άρθρου 85, παράγραφος 1 (...) της Συνθήκης (...)

Επομένως, ένα πρόστιμο ίσο με το 10% του κύκλου εργασιών μπορεί να θεωρηθεί ενδεδειγμένο στην περίπτωση εκ προθέσεως διαπραχθείσας παράβασης, η οποία είναι σοβαρή και μεγάλης διάρκειας. Στο άλλο άκρο της κλίμακας, πρόστιμο μικρότερο από το 1% ενδείκνυται για παράβαση που διαπράχθηκε από απλή αμέλεια, μηδαμινή και μικρής μόνο διάρκειας, σε περίπτωση κατά την οποία, πάντως, οι περιστάσεις επιβάλλουν την επιβολή κάποιου προστίμου.

Κατά τον καθορισμό του ύψους του προστίμου, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, εκτός από τη σοβαρότητα της παραβάσεως, και η διάρκειά της.»

Εν προκειμένω, το ύψος του προστίμου αντιστοιχούσε, κατά τους υπολογισμούς της MILLER, στο 0,73% του κυκλου εργασιών της. Βεβαίως, το Δικαστήριο έχει, δυνάμει του άρθρου 17, του κανονισμού 17, πλήρη δικαιοδοσία να ελέγχει τις αποφάσεις με τις οποίες η Επιτροπή έχει επιβάλει

πρόστιμο. Πλην όμως μου φαίνεται ότι, σε περίπτωση κατά την οποία η Επιτροπή έχει καθορίσει το πρόστιμο στο κατώτερο όριο της κλίμακας, θα μαρτυρούσε έλλειψη σεβασμού στην άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Επιτροπής, αν το Δικαστήριο μείωνε ακόμα περισσότερο το πρόστιμο, για το λόγο απλώς και μόνο ότι η παράβαση ήταν μηδαμινή.

Ενόψει του επικουρικού ισχυρισμού που προέβαλε η MILLER, νομίζω ότι πρέπει να παρατηρήσω ότι η Επιτροπή (παράγραφος 22Β της αποφάσεώς της) ανέφερε ρητώς ότι μεταξύ των στοιχείων που έλαβε υπόψη κατά τον καθορισμό του ύψους του προστίμου ήταν ότι «η MILLER ήταν πάντως ενήμερη ορισμένων περιπτώσεων εξαγωγών προς άλλες χώρες της Κοινότητας, πλην όμως δεν επέβαλε κυρώσεις».

Όσον αφορά την οικονομική κατάσταση της MILLER, το Δικαστήριο (όπως έχει τη σχετική εξουσία από το άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο β του κανονισμού διαδικασίας) ζήτησε από τη MILLER να προσκομίσει τους ισολογισμούς της των ετών 1974 μέχρι 1976, για να δει ειδικότερα ποιο ήταν το ποσοστό κέρδους της και τα έσοδά της σε μετρητά. Η MILLER ζήτησε να της επιτραπεί να μην προσκομίσει τους ισολογισμούς, για το λόγο ότι δεν ήθελε να αποκαλυφθούν τα μεγέθη. Το Δικαστήριο δεν επέμεινε, αλλά, όπως κατέστη σαφές με την απάντηση που έδωσε ο δικηγόρος της MILLER σε ερώτημα που του υπέβαλε ένα μέλος του Δικαστηρίου κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η MILLER γνώριζε ότι, με την ενέργειά της αυτή, στερούσε από τον εαυτό της τη δυνατότητα να μειώσει το Δικαστήριο το πρόστιμο υπό το φως των στοιχείων αυτών. Εκτός από γενικούς ισχυρισμούς που προέβαλε η MILLER, το Δικαστήριο δεν έχει καμιά πληροφορία όσον αφορά τα στοιχεία αυτά.

Το γεγονός ότι τους γενικούς όρους πωλήσεως της MILLER είχε καταρτίσει δικηγόρος δεν αναφέρθηκε στην Επιτροπή κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, ούτε στην προσφυγή της MILLER ενώπιον του Δικαστηρίου. Αναφέρθηκε για πρώτη φορά με το υπόμνημα απαντήσεως της MILLER, με την εξήγηση ότι τα σχετικά έγγραφα είχαν ξεχαστεί μέχρι τότε σε ένα παλαιό αρχειοθετημένο φάκελο. Ομολογώ κύριοι δικαστές ότι αυτό το σημείο της υποθέσεως με απασχόλησε πιο πολύ. Δεν αμφισβητώ ότι, καίτοι το γεγονός ότι ένας κοινός άνθρωπος ενήργησε κατόπιν συμβουλής έμπειρου νομικού δεν αποτελεί γενικά μέσον άμυνας είτε σε πολιτική δίκη είτε σε ποινική κατηγορία, όμως, ότι λείπει η κακή πίστη πρέπει να αποτελεί ισχυρή ελαφρυντική περίπτωση κατά τον καθορισμό της ποινής, έστω και αν αυτή δεν έχει «ποινικό χαρακτήρα» (άρθρο 15, παράγραφος 4 του κανονισμού 17). Η Επιτροπή στηρίζεται πρώτον στο άρθρο 42, παράγραφος 2, του κανονισμού διαδικασίας του Δικαστηρίου το οποίο ορίζει:

«Κατά τη διάρκεια της δίκης, απαγορεύεται η προβολή νέων ισχυρισμών, εκτός αν στηρίζονται σε νομικά και πραγματικά στοιχεία που ανέκυψαν κατά την έγγραφη διαδικασία.»

Μου φαίνεται ότι η Επιτροπή επιδιώκει μια πολύ στενή ερμηνεία της διατάξεως αυτής. Αν η εξήγηση της MILLER είναι ορθή, ο επίδικος «νέος ισχυρισμός» εν προκειμένω στηρίζεται σε ένα πραγματικό στοιχείο που ανέκυψε ίσως εξ αιτίας ενός στοιχείου της διαδικασίας αυτής. Εξάλλου, το άρθρο 42, παράγραφος 2 πρέπει να ερμηνευτεί σε συνδυασμό με το άρθρο 41, παράγραφος 1, το οποίο ορίζει:

«Οι διάδικοι μπορούν προς υποστήριξη της επιχειρηματολογίας τους να προτείνουν με την απάντηση και την ανταπάντηση απο-

δεικτικά μέσα. Η καθυστερημένη πρόταση των αποδεικτικών μέσων αιτιολογείται.»

Μπορεί να υποστηριχτεί ότι το μόνο επίδικο θέμα όσον αφορά το παρόν σκέλος της υποθέσεως είναι η σοβαρότητα της παραβάσεως που διέπραξε η MILLER και ότι εκείνο που επιδιώκει η επιχείρηση αυτή είναι να προσκομίσει συμπληρωματικές αποδείξεις προς υποστήριξη των ισχυρισμών της που αφορούν το θέμα αυτό.

Εν πάση περιπτώσει, δεν θα ήθελα να αποκλείσω, για τόσο λεπτούς δικονομικούς λόγους, στοιχεία που μπορούν να απαμβλύνουν το πρόστιμο. Κατά τη γνώμη μου, δεν είναι πιο πειστικός ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι το νέο αυτό στοιχείο αντικρούει ορισμένους προηγούμενους ισχυρισμούς της MILLER, δηλαδή ότι, αν αυτή παρέβη το κοινοτικό δίκαιο, το έπραξε αγνοώντας το δίκαιο αυτό, και διότι δεν διέθετε δική της νομική υπηρεσία που θα μπορούσε να της επιστήσει την προσοχή για την ενδεχόμενη παράβαση. Το αν ήταν ορθή η διαπίστωση της Επιτροπής ότι πράγματι η MILLER αγνόησε το πλήρες περιεχόμενο του κοινοτικού δικαίου δεν ασκεί προδήλως επιρροή εν προκειμένω ως επιχείρημα.

Αντίθετα, με εντυπωσίασε η ανάλυση που έκανε η Επιτροπή των περιστάσεων υπό τις οποίες η MILLER έλαβε από το δικηγόρο Kirchner το σχέδιο των αναθεωρημένων γενικών όρων πωλήσεώς της.

Το πρώτο αποδεικτικό στοιχείο που προσαρτάται στο υπόμνημα απαντήσεως της MILLER είναι η από 25 Σεπτεμβρίου 1973 επιστολή της προς το δικηγόρο Kirchner, την οποία υπέγραψε για λογαριασμό της κάποιος H. Müller. Η επιστολή υπενθυμίζει ότι σε αρκετές περιπτώσεις, στο πλαίσιο δικών, όπου ο Kirchner εκπροσώπησε τη MILLER, είχε επικρίνει τους γενικούς όρους πωλήσεως της MILLER, ζητείται δε από αυτόν να τους καταρτίσει εκ νέου (παράρτημα 14 του υπομνήματος απαντήσεως). Στη συνέχεια, υπάρχει η από 14 Νοεμβρίου 1973 επιστολή του Kirchner προς τη MILLER, περιέχουσα το σχέδιό του περί των όρων πωλήσεως, στους οποίους συμπεριελήφθη η ρήτρα IX υπό πιο αυστηρή μορφή από τη μορφή που τελικά υιοθετήθηκε (βλ. παραρτήματα 15 και 16 του υπομνήματος απαντήσεως). Από την επιστολή αυτή προκύπτει ότι κύρια μέριμνα του Kirchner ήταν να προστατεύσει τη MILLER από μη συμμορφούμενους πελάτες. Υπάρχει τέλος μια ακόμα επιστολή, της 22ας Νοεμβρίου 1973, του Kirchner προς τη MILLER, με την οποία αυτός ζήτησε την αμοιβή του και σχολίασε ένα γερμανικό νόμο της 17ης Ιουλίου 1973, ο οποίος έθεσε σε ισχύ στη Γερμανία τον ενιαίο νόμο περί διεθνούς πωλήσεως κινητών. Ο Kirchner παρατηρεί ότι οι διατάξεις του νόμου αυτού πρέπει ρητώς να αποκλειστούν εγγράφως αν η MILLER θέλει να επικρατήσουν οι γενικοί όροι πωλήσεώς της (παράρτημα 17 του υπομνήματος απαντήσεως).

Πουθενά, στην εν λόγω αλληλογραφία, δεν γίνεται καμιά μνεία περί κοινοτικού δικαίου.

Επίσης, κατά την ίδια εποχή, η MILLER διαπραγματευόταν την υπογραφείσα στις 15 Νοεμβρίου 1973 συμφωνία της με την DELTA BV, σχετικά με την οποία η MILLER δέχτηκε ότι γνώριζε ότι το κοινοτικό δίκαιο αφορούσε ρήτρες όπως είναι η υπό στοιχείο IX.

Με το υπόμνημα απαντήσεώς της η MILLER πρότεινε να εξεταστεί ως μάρτυρας ο Müller και ο ίδιος ο δικηγόρος Kirchner. Το Δικαστήριο έκρινε ότι θα έπρεπε να ακού-

σει τη νομική επιχειρηματολογία προτού αποφασίσει αν θα προχωρήσει στην εξέταση των μαρτύρων αυτών.

Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι το Δικαστήριο δεν μπορεί λογικά να μειώσει το πρόστιμο βάσει της περιορισμένης γνώσης που έχει των περιστάσεων υπό τις οποίες ο Kirchner κατάρτισε τους νέους όρους πωλήσεως, παραδόσεως και πληρωμής της MILLER. Σ' αυτό το σημείο συμφωνώ. Δεν γνωρίζουμε πώς ο Kirchner παρείδε το κοινοτικό δίκαιο ή πώς η MILLER παρέλειψε να του ζητήσει να τη συμβουλεύσει σχετικά ή γιατί τροποποιήθηκε η ρήτρα IX του σχεδίου του Kirchner.

Έτσι, κύριοι δικαστές, νομίζω ότι έχετε δύο επιλογές ενώπιόν σας. Η μια είναι να διατάξετε αποδείξεις βάσει του άρθρου 45 του κανονισμού διαδικασίας του Δικαστηρίου για τα ζητήματα αυτά. Η άλλη είναι να αναπέμψετε την υπόθεση στην Επιτροπή να επανεξετάσει το ύψος του προστίμου υπό το φως των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η MILLER. Υπάρχει προηγούμενο μιας τέτοιας αναπομπής στην υπόθεση 11/74 (Transocean Marine Paint Association κατά Επιτροπής, 1974 ECR, σελ. 1063), αν και εν προκειμένω η δικαιοδοσία του Δικαστηρίου να διατάξει την αναπομπή αυτή πρέπει να συναχθεί όχι από το άρθρο 176 της Συνθήκης, αλλά από τις συνδυασμένες διατάξεις του άρθρου 172 της Συνθήκης και του άρθρου 17 του κανονισμού 17. Κατά τη γνώμη μου η τελευταία λύση είναι η ορθή, διότι με την υιοθέτησή της τηρείται η αρχή σύμφωνα με την οποία στην Επιτροπή εναπόκειται κατά πρώτο να αποδείξει τα περιστατικά στα οποία στηρίζεται το επιβαλλόμενο δυνάμει του κανονισμού 17 πρόστιμο και να καθορίσει το ύψος του εν λόγω προστίμου.

Πάντως, δεν νομίζω ότι πρέπει να επιβληθεί εις βάρος της Επιτροπής οποιοδήποτε μέρος των εξόδων της παρούσας δίκης, διότι, κατά τη γνώμη μου, από καμιά άποψη η συμπεριφορά της δεν ήταν επίψογη.

Συμπεραίνοντας, προτείνω στο Δικαστήριο

1) να διαγράψει το πρόστιμο που επιβλήθηκε με το άρθρο 2 της αποφάσεως της Επιτροπής και να αναπέμψει την υπόθεση στην Επιτροπή για να καθορίσει, υπό το φως των νέων αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η MILLER, το ύψος του επιβλητέου προστίμου· και

2) να καταδικάσει τη MILLER στα δικαστικά έξοδα.