l'avis d'un conseiller juridique consulté par l'intéressé n'a pas un effet disculpant.

4. Les clauses d'interdiction d'exportation constituent un type de restriction à la concurrence qui par sa nature même met en danger les échanges entre les États membres. Dès lors, la Commission peut reconnaître à cette infraction une certaine gravité et en tenir compte au regard des dispositions de l'article 15 du règlement n° 17.

Dans l'affaire 19/77

MILLER INTERNATIONAL SCHALLPLATTEN GMBH, Quickborn, représentée par M^es^ Wolfgang Schlutius, Günter Espey, Hans-Ulrich Wilhelmi, Ulrich Fichterl, Claus-Detlev Brose, Helmut Baumeister, avocats au barreau de Hambourg, ayant élu domicile à Luxembourg chez M^e^ Robert Elter, notaire, 11 boulevard Royal

partie requérante,

contre

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES représentée par son conseiller juridique, M. Norbert Koch, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de son conseiller juridique, M. Mario Cervino, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande en annulation de la décision de la Commission, du 1^er^ décembre 1976, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH),

LA COUR,

composée de MM. H. Kutscher, président, M. Sørensen et G. Bosco, présidents de chambre, A. M. Donner, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart et A. O'Keeffe, juges,

avocat général: M. J.-P. Warner
greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

En fait

Attendu que les faits, le déroulement de la procédure, les conclusions et les moyens et arguments des parties peuvent être résumés comme suit:

I — Exposé des faits

L'entreprise Miller International Schallplatten GmbH, à Quickborn, ci-après dénommée «Miller», produit des disques, bandes magnétiques et musicassettes, qu'elle distribue sous les marques «Europa» et «Sonic». Une troisième marque «Somerset» a été retirée du marché. Miller fabrique essentiellement des disques de longue durée à bas prix. Pour la distribution de ses produits sur le territoire de l'Alsace et de la Lorraine, elle a conclu un accord d'exclusivité avec l'entreprise Sopholest à Strasbourg. Cet accord, signé le 11 juin 1971, contient au point 5, la clause suivante:

«Pour toute la gamme des produits Miller, il existe en principe une interdiction d'exporter d'Alsace-Lorraine vers d'autres pays.»

Dans ses relations commerciales avec les acheteurs résidents, Miller a appliqué jusqu'au 31 juillet 1974 des conditions de vente et de livraison contenant au point IX (ventes à l'étranger) la clause suivante:

«Il est interdit d'exporter tous les disques portant l'une de nos marques. En cas d'infraction, nous nous réservons le droit de ne plus approvisionner l'acheteur et de le mettre en cause en cas de réclamation en dommages-intérêts émanant de l'étranger, qui nous serait adressée à la suite d'une telle exportation.»

Cette clause a été formulée dans les termes suivants au point IX (ventes à l'étranger) des conditions de vente, de livraison et de paiement valables à partir du 1er août 1974 pour tous les acheteurs résidents et étrangers:

«Il est normalement interdit à l'acheteur de revendre à l'étranger les articles que nous lui avons fournis. En cas d'infraction, nous nous réservons expressément le droit de cesser d'approvisionner l'acheteur défaillant, ainsi que de nous retourner contre lui pour les réclamations en dommages-intérêts qui nous seraient adressées par des ayants droit étrangers.»

Après l'intervention de la Commission des Communautés européennes à la suite d'une plainte portant sur l'interdiction d'exporter, Miller a fait savoir, par lettre du 7 mai 1975, qu'elle n'imposerait plus, à l'avenir, de telles interdictions et qu'elle délierait ses clients de l'obligation correspondante dans la mesure où de telles interdictions existeraient encore dans d'anciens contrats. Par lettre du 3 novembre 1975, Miller a soumis à la Commission une nouvelle version de ses conditions de vente, de livraison et de paiement, qui ne contient plus ces interdictions.

Par décision du 23 février 1976, la Commission a engagé contre Miller la procédure prévue par le règlement n° 17/62, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, p. 204)

Après l'audition de Miller en application de l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 et du règlement n° 99/63/CEE du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, para-

graphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil (JO 1963, p. 2268), la Commission a arrêté, le 1er décembre 1976, la décision relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE.

Elle constate, à l'article 1 de cette décision, que

«les interdictions d'exporter des disques, bandes et cassettes que l'entreprise Miller International Schallplatten GmbH a introduites jusqu'au 7 mai 1975 dans son accord de distribution exclusive du 11 juin 1971, ainsi que dans ses conditions de vente et de livraison (marché intérieur) applicables jusqu'au 31 juillet 1974 et dans ses conditions de vente, de livraison et de paiement appliquées depuis le 1er août 1974, constituaient des infractions aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne».

Aux termes de l'article 2 de la décision, il est infligé à Miller une amende de 70 000 unités de compte, soit 256 200 DM, pour les infractions constatées à l'article 1. Elle doit être payée dans un délai de trois mois à partir de la notification de la décision.

La décision de la Commission (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH) a été notifiée à Miller le 6 décembre 1976; elle a été publiée au Journal officiel des Communautés du 29 décembre 1976 (JO n° L 357, p. 40).

II — Procédure écrite

L'entreprise Miller a, le 4 février 1977, introduit un recours contre la décision de la Commission.

La procédure écrite a suivi un cours régulier.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Toutefois, la Cour a invité la requérante à produire ses bilans pour les années 1974-1976. La requérante a répondu qu'elle ne pouvait pas donner suite à cette demande.

III — Conclusions des parties

La requérante conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1. Annuler la décision de la Commission des Communautés européennes du 1er décembre 1976, notifiée le 6 décembre 1976, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE;
2. condamner la Commission des Communautés européennes à supporter les dépens;

à titre subsidiaire,

1. réduire d'une manière équitable l'amende fixée par la Commission à 70 000 UC (soit DM 256 200);
2. admettre la partie requérante à s'acquitter de cette amende par échéances d'un montant acceptable, étant donné sa situation de liquidités tendue en raison d'investissements et de projets d'investissements;
3. condamner la Commission au prorata des dépens.

La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours comme non fondé;

— condamner la requérante aux dépens.

IV — Moyens et arguments des parties

La *requérante* expose qu'elle vendrait ses produits principalement sur le marché allemand. Le répertoire étant spécifiquement allemand, les possibilités d'écoulement de ses supports de son demeureraient limitées — en dehors de quelques exceptions de peu d'importance — aux pays de langue allemande.

Les activités d'exportation seraient réalisées en général par l'intermédiaire d'im-

portateurs exclusifs, sans base contractuelle formelle, mais dans le cadre de relations d'affaires constantes (par exemple en Belgique, au Danemark et au Luxembourg). Il n'existerait pas de relations commerciales avec l'Angleterre et l'Irlande.

Dans la Communauté, des contrats écrits de concession exclusive n'existeraient qu'avec la France et avec les Pays-Bas.

La requérante présente un tableau du 29 décembre 1976 (annexe 4 à la requête) selon lequel le chiffre d'affaires à l'exportation représente 8,19 % en pièces et 6,77 % en valeur. D'après un aperçu du 29 décembre (annexe 5) la requérante exporte surtout vers les pays suivants: Danemark, Pays-Bas, Belgique, France, Luxembourg, Italie, Suède, Norvège, Finlande, Suisse, Autriche. Cet aperçu (base fin 1975) indique qu'en valeur 26,2 % des exportations vont vers l'Autriche et 23,4 % vers la Suisse. La part relativement importante des Pays-Bas (18,3 %) sur le marché de l'exportation serait due à la production et à l'exportation vers ce pays d'une série spéciale de contes pour enfants en langue néerlandaise. Pour les autres pays membres la part d'exportation ne serait que de 24,7 % (Danemark 7,8 %, Belgique 5,9 %, France 6,5 %, Luxembourg 3,5 %, Italie 1,0 %).

En ce qui concerne la composition de son répertoire, la requérante présente les chiffres suivants (données de 1975):

— Programme pour les enfants et pour la jeunesse: 42,95 %

— Musique légère (en allemand): 44,75 %

— Musique légère (en anglais): 5,08 %

— Musique classique: 6,23 %

— Série documentaire: 0,98 %

Les deux premières catégories seraient exclusivement destinées aux consommateurs de langue allemande. Seuls seraient éventuellement négociables en dehors des régions de langue allemande les blocs de programmes «musique classique» et «musique légère» (en anglais).

En ce qui concerne sa place occupée sur l'ensemble du marché des supports de son en république fédérale d'Allemagne, la requérante fait remarquer d'abord qu'il n'existerait pas de données exactes quant à ce marché. Elle serait obligée de se référer aux statitiques publiées par le «Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V.» (Association fédérale des producteurs de supports de son) — ci-après dénommé BPW — qui n'auraient qu'une valeur indicative limitée pour le motif que les membres de cette association ne déclareraient pas toutes leurs ventes et que les ventes réalisées par les non-membres, pas plus que les chiffres concernant les enregistrements clandestins, ne seraient appréhendées.

Il faudrait donc admettre que le marché global est considérablement plus important que celui qui résulte de la statistique du BPW et que la part de marché de la requérante doit être réduite en conséquence.

Selon la terminologie du BPW, les supports de son de la requérante seraient à classer dans la catégorie de supports de son à bas prix, leur prix de vente au consommateur final ne dépassant pas DM 10. Elle estime toutefois qu'il n'est pas possible de créer un marché «des supports de son à bas prix» à l'intérieur du marché général des supports de son. Le marché déterminant serait le marché général des supports de son et cela au niveau du marché commun.

La requérante fait valoir que les conditions de fait de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE ne seraient pas remplies en l'espèce. A cet égard elle se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice, notamment à l'arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, Société technique minière/Maschinenbau Ulm (Recueil 1966, p. 337) et elle affirme que le commerce entre les États

membres ne serait pas affecté de façon sensible. D'après l'arrêt de la Cour du 9 juillet 1969 dans l'affaire 5/69 Völk/ Vervaecke (Recueil 1969, p. 295) un accord échapperait à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause.

A — Position de la requérante sur le marché

La *requérante* affirme que sur l'ensemble du marché européen elle n'occuperait qu'une position faible. En particulier, cette position faible résulterait des éléments suivants:

— sur l'ensemble du marché européen des supports de son, elle ne disposerait que d'une part de marché qui pourrait à peine être exprimée en pourcentage et cela tant en pièces qu'en valeur;

— sur le marché national des supports de son en république fédérale d'Allemagne, elle ne posséderait pas une part appréciable du marché. En valeur, cette part serait d'environ 2,5 %; en pièces, elle se situerait probablement bien en dessous de 5 %;

— offrant un programme presque uniquement limité à la langue allemande, elle dépendrait de catégories de consommateurs de langue allemande, ce qui restreindrait sa flexibilité;

— elle ne disposerait que d'un capital restreint; elle se trouverait par contre en concurrence avec des entreprises ayant un capital élevé;

— elle n'aurait pas de filiales propres qui pourraient soutenir sa politique de vente;

— ses dépenses publicitaires seraient extrêmement basses.

Du seul fait de la faiblesse de la position sur le marché, il résulterait déjà que le marché n'est pas affecté de manière sensible et que les conditions de l'article 85, alinéa 1, du traité CEE ne sont pas remplies.

La *défenderesse* présente des chiffres relatifs aux ventes de la requérante pour l'année 1975. Se basant sur des indications fournies par le BPW pour cette année, elle chiffre la part de la requérante dans l'ensemble du marché intérieur des supports de son à 3,75 % en valeur et à 5,15 % en pièces. La part de la requérante dans les exportations des membres du BPW s'élèverait à 2,66 % (en pièces). Toutefois, sur le plan de la concurrence, ces pourcentages seraient totalement dépourvus de la valeur indicative.

Pour apprécier la position concurrentielle de la requérante dans le domaine de l'offre de supports de son, il importerait de délimiter le marché déterminant du point de vue de la concurrence.

Les rapports de concurrence entre les différents supports de son dépendraient de leur degré plus ou moins poussé de «substituabilité». Celle-ci se déterminerait en fonction des besoins qu'exprime la demande et pourrait être mise en évidence par l'élasticité croisée de la demande par rapport au prix.

En 1975, les enregistrements destinés aux enfants et à la jeunesse auraient représenté 42,27 % de la production totale de la requérante. On pourrait admettre sans plus que ces enregistrements ne concurrencent pas directement les enregistrements de musique classique et légère. Une diminution du prix de ces disques ne pourrait, en raison de la destination spécifique de ces articles, entraîner une augmentation de la demande totale au détriment des disques de musique classique ou légère. Il serait tout aussi improbable qu'une diminution du prix des disques de musique classique ou légère provoque un glissement de la demande en faveur

des enregistrements pour enfants. L'élasticité croisée de la demande par rapport aux prix serait des plus minimes. L'interchangeabilité des produits de ces deux catégories ne serait non seulement faible — il s'agirait de marchés distincts.

De la vente totale de disques pour enfants (1975) sur le marché intérieur, la part de la requérante pourrait être estimée à 25,54 % en pièces et à 15,33 % en valeur. Le tableau présenté par la requérante (annexe 9 à la requête) montrerait que 19 concurrents se partageraient le marché en question et que la requérante occuperait la deuxième place.

La production de la requérante se caractériserait en outre par le fait qu'elle comprend presque exclusivement des «imitations», c'est-à-dire des reproductions d'interprètes inconnus qui, en conservant l'anonymat, copient, moyennant une rémunération unique, des vedettes internationales ou des artistes connus en respectant le ton et les paroles. La production de la requérante se classerait dans la catégorie des articles à bas prix.

La défenderesse conteste la thèse de la requérante selon laquelle les articles à prix élevé et à bas prix constitueraient un même marché et le degré de substituabilité des deux catégories serait infiniment grand. S'il n'y avait pas de différences, on ne pourrait pas expliquer l'existence de prix différents. En plus, d'après les statistiques du BPW relatives aux ventes intérieures en 1975, la vente totale des articles à prix élevés aurait été supérieure à celle des articles à bas prix. Si toutes les qualités essentielles des enregistrements d'œuvres originales et d'imitations étaient, prix excepté, aussi semblables que la requérante l'affirme, les chiffres de vente seraient incompréhensibles.

Il faudrait admettre que la demande d'enregistrements d'œuvres originales et la demande d'enregistrements d'imitations émanent d'utilisateurs différents. Il s'agirait de deux marchés distincts; la demande d'articles à prix élevé ne serait pas élastique du tout.

La part de la requérante dans les ventes d'enregistrements à bas prix — effectuées par les membres de BPW sur le marché intérieur — pourrait être chiffrée à 22,06 %; la part réelle se situerait un peu plus bas, les statistiques du BPW ne tenant pas compte des livraisons aux clubs, des ventes sur catalogue, des enregistrements effectués sur commande et des ventes réalisées par les non-affiliés. La part unitaire de marché détenue par la requérante dans les exportations des membres du BPW se serait élevée en 1975 à 2,66 %. Ce pourcentage aurait été calculé sur la base des ventes totales des membres, en y incluant les «45 tours»; les «45 tours» non compris, le pourcentage serait de 3,22 %. Les ventes intérieures et les exportations de la requérante en 1975 représenteraient respectivement, en parts unitaires de marché 91,81 % et 8,19 %, et en valeur 93,21 % et 6,79 % du total des ventes pour cette année.

Dans sa réplique la *requérante* maintient son affirmation qu'il n'existerait pas de marché particulier pour les supports de son à bas prix. Le degré de substituabilité entre les articles à bas prix et à prix élevés serait en effet infiniment grand. Les deux catégories ne se distingueraient ni par le répertoire, ni par l'utilisation du consommateur, ni par la reproduction technique, la personne du consommateur ou la qualité technique ou musicale. La différence de prix s'expliquerait simplement par le fait que les supports de son à bas prix ne seraient normalement pas grevés, c'est-à-dire du point de vue du principe commercial, de droits de licence GEMA élevés. La requérante précise en outre que la part des imitations dans son répertoire ne s'élèverait qu'à environ 10 %. Toutefois, le phénomène des imitations ne serait pas pertinent dans le cadre de la délimitation du marché déterminant.

En ce qui concerne le marché d'enregistrements pour les enfants, la requérante expose que tant la délimitation du marché faite par la défenderesse que le calcul de la part du marché seraient erronés. Tout d'abord, il n'existerait pas de marché pour les supports de son destinés aux enfants. La requérante souligne qu'elle aurait abandonné la distinction faite autrefois entre les disques pour «enfants» et les disques pour la «jeunesse» et qu'elle ne parlerait que d'enregistrements pour la jeunesse. Dans le domaine des disques pour la jeunesse il existerait une très forte substituabilité avec la musique légère en général. Les acheteurs de ces disques seraient essentiellement des adultes qui offrent les disques à des jeunes. Les adultes connaissant le goût des enfants à partir d'environ 8 ans tant pour les disques de chansons à la mode que pour les disques de contes et d'aventures, leur achèteraient fréquemment un disque de chansons à la place d'un disque de contes ou autre. En tout cas, même si on considère le marché en question comme un marché distinct, la requérante conteste les chiffres présentés par la défenderesse. Enfin, le nombre des concurrents dans ce domaine ne serait pas limité à 19. A cet égard, la requérante renvoie aux firmes citées dans l'annexe 7 de la requête, qui commercialiseraient également des supports de son destinés aux enfants.

En conclusion, elle fait valoir:

— que le marché déterminant ne pourrait être délimité qu'avec la plus grande incertitude;

— que, compte tenu des chevauchements des domaines du répertoire, il y aurait lieu de tracer une limite plutôt large qu'étroite;

— que, lors de la délimitation des marchés régionaux, il y aurait lieu d'inclure à tout le moins les régions étrangères germanophones;

— que, même si l'on parvient à délimiter le marché déterminant, il ne serait pas possible d'établir exactement la part de marché de la requérante parce qu'il n'existerait pas de données sûres.

Dans sa duplique, la *défenderesse* répète que l'ensemble du marché des supports de son n'existerait tout au plus qu'en tant que grandeur statistique. Cette délimitation n'indiquerait rien quant aux rapports de concurrence entre les différents groupes de supports de son.

Quant au marché des supports de son à bas prix, la défenderesse souligne que si une différence de prix ne peut constituer en soi un critère suffisant pour la constitution d'un marché propre déterminant, des différences de prix considérables constitueraient toutefois l'indice d'un manque de substituabilité des produits vendus aux différents prix. La différence décisive entre les supports de son à bas prix et les supports de son à prix élevé consisterait dans le fait qu'il s'agit dans le premier cas de reproductions d'artistes, musiciens ou interprètes inconnus, tandis que les supports de son à prix élevé sont des enregistrements de vedettes et d'artistes connus, célèbres.

Au cours de la procédure administrative, le représentant de la requérante aurait, d'une façon générale, expressément qualifié d'imitations les enregistrements effectués avec des artistes non connus. Dans sa réplique, la requérante aurait défini cette notion de façon plus précise et calculé ainsi la part des imitations dans sa production totale à 10 % environ, alors que sa production, selon ses affirmations antérieures, se serait composée presque exclusivement d'imitations.

Toutefois, il ne serait pas nécessaire d'approfondir cette question de définition. Pour distinguer entre les supports de son à bas prix et à prix élevé, ce qui importe, ce serait le degré de notoriété des interprètes, et l'absence de notoriété serait incontestablement la caractéristique commune du répertoire de la requérante.

Les déclarations de la requérante sur le calcul des coûts de production seraient incomplètes. Le prix de revient peu élevé de ses supports de son serait rendu possible par le fait que la requérante sert une «rémunération unique» à ses interprètes. En outre, les ventes à prix élevé, contrairement aux ventes à bas prix, seraient supportées pour une part non négligeable par l'activité promotionnelle des artistes. La requérante ne supporterait naturellement pas des dépenses afférentes à une telle activité promotionnelle qui ne pourraient être financées qu'en pratiquant des prix plus élevés. Le résultat de cette politique commerciale serait un support de son qui se distingue délibérément de l'offre de supports de son à prix élevé. En offrant des enregistrements d'artistes inconnus, «sans nom», la requérante renoncerait d'emblée et par principe à cette catégorie considérable d'acheteurs pour qui l'originalité de l'interprète et l'authenticité de sa prestation ont une valeur essentielle. Pour cette catégorie d'acheteurs le support de son à prix élevé ne serait pas substituable; les fabricants de ces supports ne seraient pas en principe exposés à la concurrence des fabricants de supports de son à bas prix. Le marché montrerait que l'élasticité croisée de la demande par rapport au prix pour les supports de son à prix élevé est infiniment faible par rapport aux supports de son à bas prix. Même si elle procédait à de nouvelles réductions des prix, la requérante ne pourrait attirer à elle aucun acheteur d'interprétations d'artistes célèbres.

En résumé, les supports de son à prix élevé et à bas prix ne seraient pas offerts sur le même marché. Chacune des deux catégories de produits aurait son propre marché déterminant. La concurrence entre les vendeurs des deux catégories de produits serait en principe exclue; une concurrence entre les vendeurs de l'une et de l'autre catégorie d'articles ne pourrait se développer que dans des situations exceptionnelles (ventes à perte, absence d'un titre à bas prix sur le marché). La part de marché de la requérante en sa qualité de fabricant de supports de son à bas prix devrait donc être calculée sur la base de l'ensemble des ventes de supports de son à bas prix et non pas de supports de son en général.

En ce qui concerne la question de savoir s'il existe un rapport de concurrence entre les supports de son pour enfants et jeunes, d'une part, et la musique légère, d'autre part, la défenderesse estime que la seule chose importante serait de savoir si les deux catégories de produits satisfont le même besoin.

Le répertoire présenté par la requérante (réplique annexe 11) montrerait que le programme, avec les titres de textes parlés et chantés, s'adresse essentiellement aux tout petits, tandis qu'avec les pièces enregistrées elle s'adresserait également aux enfants d'âge plus élevé. Les supports de son ne viseraient pas uniquement le besoin de divertissement des enfants; ils demanderaient de la concentration dans l'écoute et poursuivraient également des buts pédagogiques, moraux et sociologiques. Par leur fonction, ils seraient plus proches du livre de contes et du livre d'aventures que de la musique légère. Le critère de la satisfaction du besoin de divertissement — commun à tous — serait trop général pour la délimitation du marché déterminant.

B — L'importance des interdictions d'exporter

La *requérante* estime que les conditions figurant dans la communication de la Commission, du 27 mai 1970, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE (JO n° C 64 du 2. 6. 1970, p. 1), sont remplies dans le cas d'espèce: les interdictions d'exporter contestées n'auraient produit aucun effet sur les conditions du marché dans le marché commun.

Quant à la clause contenue dans les conditions générales de vente, la requérante expose que pour sa clientèle sur le marché intérieur le type de magasins qu'elle exploite, empêcherait toute activité d'exportation (par exemple des grands magasins, hypermarchés, rack-jobber et autres entreprises de commerce en détail). Même les grossistes approvisionnés par la requérante ne pourraient être considérés comme exportateurs vers les autres États membres.

Pour les clients allemands, l'exportation ne présenterait aucun intérêt économique du seul fait déjà que les prix appliqués aux clients allemands seraient supérieurs de 20 % environ aux prix de vente à l'exportation franco frontière allemande.

L'interdiction d'exporter stipulée dans le contrat de concession exclusive avec la société Sopholest n'aurait eu, elle non plus, aucune incidence sur les conditions du marché. Cette firme n'aurait manifesté aucun intérêt pour l'exportation vers d'autres pays. Elle n'aurait jamais été entravée non plus dans ses activités par l'existence de la clause litigieuse. La firme Sopholest aurait même revendu des articles en Suisse et en Autriche sans que la requérante ne prenne pour autant de sanctions à son égard. Ce dernier fait démontrerait déjà que l'interdiction d'exporter n'a eu aucune incidence sur le marché.

Les interdictions d'exporter n'auraient ni pour objet ni pour effet de restreindre le jeu de la concurrence. Selon la requérante, les faits de la cause montreraient qu'elle n'a pas cherché en fait à restreindre le jeu de la concurrence, en particulier:

— elle n'aurait pas convenu d'une interdiction d'exporter générale avec ses concessionnaires exclusifs à l'étranger.

Une telle interdiction aurait été stipulée uniquement avec la firme Sopholest, et cela sur la demande expresse de cette dernière.

La requérante n'aurait poursuivi aucun but propre. Qu'elle n'aurait pas cherché à restreindre les échanges entre États membres résulterait déjà du seul fait qu'elle n'a pas contesté les livraisons indirectes vers l'étranger, par exemple celles opérées d'Alsace-Lorraine vers la Suisse et l'Autriche.

Pour apprécier l'existence en l'espèce de l'«effet», il faudrait prendre en considération les effets concrets que l'accord a pu avoir sur le marché.

Quant à la clientèle allemande, la requérante rappelle que celle-ci ne se serait intéressée ou n'aurait pu s'intéresser à l'exportation. La clause figurant dans les conditions générales de vente et de livraison n'aurait donc pas eu pour effet d'affecter le marché. L'interdiction d'exporter stipulée pour l'Alsace-Lorraine n'aurait pas eu, elle non plus, pour effet de restreindre concrètement le jeu de la concurrence pour les raisons exposées ci-dessus.

La *défenderesse* observe que la perceptibilité des interdictions d'exporter serait déterminée par la position et la puissance concurrentielle de la requérante sur le marché géographique que ces interdictions visent à protéger.

Si certains groupes de clients de la requérante sont, en raison du type d'affaires qu'ils réalisent, moins concernés par les exportations, il resterait les grossistes (12), les exportateurs (6) et les clients étrangers (30) qui auraient la possibilité d'exporter. Les interdictions d'exporter convenues avec ces clients auraient une double fonction. D'une part, elles protégeraient les débouchés des distributeurs sous contrat de la requérante contre les offres émanant d'autres distributeurs sous contrat, des autres importateurs étrangers, des exportateurs résidents et des grossistes. D'autre part, elles protégeraient le marché intérieur de la requérante contre les réexportations directes effectuées par des distributeurs sous contrat et des importateurs étrangers et contre les réexportations indirectes de

produits qui pourraient être écoulés par les exportateurs et les grossistes sur certains marchés étrangers.

La perceptibilité de la protection du marché intérieur devrait être appréciée non pas en fonction de la position de la requérante sur l'ensemble du marché communautaire ou sur certains marchés d'exportation, mais en fonction de sa position sur le marché intérieur lui-même.

Dans l'appréciation de la perceptibilité de la protection des marchés des distributeurs sous contrat, il faudrait aussi tenir compte de la puissance concurrentielle de la requérante sur le marché national. Cette puissance se concrétisant par des parts de marché supérieures à 20 % pour les supports de son destinés aux enfants ou vendus à bas prix permettrait à la requérante de soutenir ses prix de vente à l'exportation au moyen de ses ventes intérieures.

Dans les deux cas, le marché géographiquement déterminant serait celui de la république fédérale d'Allemagne.

Sur le plan des prix, le commerce intérieur de gros aurait fait l'objet d'une discrimination par rapport aux exportateurs résidents, aux distributeurs étrangers sous contrat et aux importateurs. En effet, les prix à l'exportation pratiqués par la requérante seraient inférieurs de 10 à 32,56 % à ses prix de vente aux grossistes, respectivement ces derniers seraient à présent supérieurs de 48 % aux premiers. La défenderesse n'a déduit de cette discrimination aucun grief à l'encontre de la requérante du point de vue du droit des ententes. Elle s'oppose toutefois à ce que la requérante se fonde sur cette différenciation pour conclure à l'absence de perceptibilité des interdictions d'exporter imposées aux grossistes. La difficulté d'exporter rencontrée par les grossistes pourrait certes être réelle, mais ce serait la requérante elle-même qui en est responsable, puisqu'elle priverait le commerce en gros du traitement préférentiel en matière de prix à l'exportation.

Si le niveau des prix sur les marchés étrangers est tel que le commerce de gros n'est pas raisonnablement en mesure d'exporter, l'interdiction d'exporter et le refus d'accorder le prix de vente à l'exportation aux grossistes aboutiraient économiquement au même résultat, à savoir la séparation de deux canaux de distribution. Le prix de vente plus élevé pratiqué sur le marché intérieur et l'interdiction d'exporter auraient été les deux facettes d'une même stratégie de vente; si, dans le droit des ententes, la différenciation des prix n'est pas suspecte en soi, il n'en serait plus de même lorsqu'elle se combine avec une interdiction d'exporter.

Quant à l'intérêt porté à l'exportation par les acheteurs étrangers, la défenderesse estime qu'il est possible que ceux-ci n'aient manifesté aucun intérêt pour la possibilité d'exporter eux-mêmes sur les marchés voisins. Par contre, il serait évident qu'ils ont tout intérêt à ce que d'autres s'abstiennent d'exporter sur leur propre marché. Si ces clients n'avaient peut-être pas un intérêt positif, ils auraient certainement eu un intérêt négatif, ce qui expliquerait leur désir de convenir des interdictions d'exporter.

Enfin, la défenderesse conteste l'argumentation de la requérante basée sur le répertoire en langue allemande. Les pourcentages d'exportation dans les États membres de Danemark, France, Belgique et Luxembourg, par exemple, ne seraient pas négligeables. Ces exportations ne seraient pas seulement constituées d'enregistrements de musique classique ou de musique légère anglaise et la proportion des titres allemands dans ces exportations ne s'expliquerait pas seulement par une meilleure compréhension de la langue dans les régions frontalières. Dans le cas de la musique légère et notamment des enregistrements de hit parades et de musique folklorique, cette compréhension ne revêtirait qu'une importance secondaire.

En outre, les acheteurs étrangers apparaîtraient comme des offrants potentiels des produits de la requérante sur le marché intérieur de celle-ci. Compte tenu de la différenciation des prix pratiquée par la requérante, cette possibilité présenterait une importance décisive.

La défenderesse estime que la requérante confond la volonté de restreindre le jeu de la concurrence et les intérêts servis par une restriction (volontaire) de la concurrence. En supposant même que la requérante ait stipulé les interdictions d'exporter pour répondre aux souhaits de ses clients, il n'en resterait pas moins que ces clauses visaient objectivement à protéger certains marchés et que la requérante est convenue de ces interdictions dans l'intérêt des acheteurs qui lui étaient liés par contrat. Par ailleurs, l'ensemble des faits montreraient que les interdictions d'exporter servaient l'intérêt de la requérante. Celle-ci aurait poursuivi un objectif double:

— Elle aurait désiré protéger le marché de ses distributeurs sous contrat afin de les encourager à procéder aux investissements indispensables. En raison de la faiblesse relative de sa position sur les marchés étrangers et des difficultés qu'elle aurait éprouvées en cherchant des intermédiaires, elle dépendrait dans une certaine mesure de ces distributeurs. Ce serait la raison pour laquelle elle a fait sien l'intérêt de ces acheteurs à une protection territoriale et est convenue d'interdictions d'exporter. En outre, les interdictions d'exporter imposées aux grossistes auraient eu aussi pour objet de protéger le marché des distributeurs étrangers sous contrat.

— En deuxième lieu, en raison de la différenciation des prix de vente selon les marchés intérieur ou étrangers, la requérante aurait eu forcément intérêt à empêcher le reflux de ses produits sur son marché national.

Enfin, il ne ferait non plus aucun doute que les interdictions d'exporter ont eu pour effet de restreindre le jeu de la concurrence: le fait que la requérante aurait pu, pendant des années, maintenir son système de différenciation des prix selon les marchés le prouverait suffisamment.

Dans sa réplique, la *requérante* conteste qu'elle pratiquerait un système de prix différencié et de soutien de prix.

Il serait exact que ses prix à l'intérieur du pays sont supérieurs aux prix de vente à l'étranger. Ainsi, le prix de vente intérieur au commerce de gros pour les supports de son Europa (constituant à eux seuls 94 % du volume des ventes) s'élèverait à 3 DM, alors que le prix de vente à l'importateur étranger n'atteindrait que 2,70 DM. Mais cette différence de prix résulterait simplement du fait que le calcul des prix de vente à l'étranger serait grevé de coûts moins élevés, et cela pour les raisons suivantes:

— le client étranger ne disposerait — contrairement au client à l'intérieur du pays — d'aucun droit d'échange;

— la requérante ne ferait aucune publicité ni promotion de vente à l'étranger, ces frais ne grevant que le prix de revient à l'intérieur du pays;

— les frais afférents au service extérieur seraient également supprimés dans les opérations avec l'étranger si l'on fait abstraction des visites occasionnelles auprès des clients étrangers.

Selon un tableau présenté à l'annexe 13 de la réplique, les coûts de distribution sur le marché intérieur s'élèvent à 0,4302 DM par pièce contre 0,0943 DM par pièce à l'étranger. Le prix de revient sur le marché intérieur serait donc grevé en moyenne de coûts de distribution supérieurs d'un montant d'environ 33 pfennige, ce qui représenterait à peu près le montant dont le prix de vente à l'étranger du disque Europa est inférieur aux prix pratiqués sur le marché interne (0,30 DM). Il ne saurait

donc être question d'un «soutien» comme l'affirme la défenderesse. La requérante ne chercherait non plus à protéger par la clause litigieuse des marchés dont le niveau des prix est différent. Elle ne se serait jamais attachée au cours des années antérieures à empêcher les réexportations, respectivement les réimportations en République fédérale. Elle n'aurait en effet jamais utilisé l'instrument de l'obligation de respecter les prix imposés dans le sens vertical (vertikale Preisbindung) qu'un tel intérêt aurait pu justifier. Les prix n'auraient toujours été que des prix recommandés avec cette conséquence qu'il n'aurait pas existé de prix uniformes au stade du consommateur final sur le marché allemand.

En résumé, les clauses d'interdiction d'exporter contenues dans les conditions générales de vente et de livraison imprimées n'auraient pas été l'expression d'un système de vente fondé sur des interdictions d'exporter mais une formalité en réalité insignifiante. La clause contenue dans le contrat avec la firme Sopholest n'aurait non plus revêtu, selon la volonté des parties, aucune importance pratique.

La requérante persiste dans son affirmation que l'ensemble de ses clients ne seraient pour diverses raisons absolument pas intéressés à une exportation. En ce qui concerne en particulier les grossistes, elle expose que l'absence d'un intérêt à exporter s'expliquerait d'abord par les problèmes d'exécution technique, d'organisation, de langue et de personnel qui se poserait également pour le commerce en gros n'étant pas spécialement organisé pour l'exportation.

En outre, l'exportation serait dépourvue d'intérêt pour les grossistes du point de vue de la marge bénéficiaire (voir ci-dessus).

Les exportateurs établis en République fédérale ne seraient pas non plus affectés par la clause contestée étant donné qu'ils recevraient les marchandises de la requérante précisément aux fins de l'exportation vers l'étranger.

Si les clients étrangers (au total 30 importateurs) ont, sous certaines conditions, un «intérêt négatif» à l'interdiction d'exporter, il s'agirait là d'un souhait absolument passif qui n'aurait pas le caractère d'une restriction à la concurrence.

Les importateurs étrangers n'auraient pas porté un intérêt fondamental propre à une exportation active dans d'autres pays, ils se seraient attachés en premier lieu à l'approvisionnement de leur propre marché national. Cette position de principe ne les aurait pas empêchés d'effectuer dans des cas isolés des exportations occasionnelles, ce qui démontrerait déjà que leur liberté de décision d'exporter n'était pas entravée.

Les clients étrangers n'auraient pas non plus porté un intérêt à la réexportation. A cet égard, la requérante rappelle qu'elle n'aurait jamais eu un intérêt particulier à empêcher de telles réimportations, respectivement réexportations (voir ci-dessus).

Enfin, l'intérêt à la réimportation serait également absent chez le client allemand, l'offre de réimportation présentant de nombreux inconvénients, à savoir:

— le client étranger n'achèterait pas la gamme complète des articles;

— dans les opérations avec l'étranger le client ne bénéficierait pas du droit d'échange;

— le client à l'intérieur du pays n'obtiendrait, dans ce cas, aucun matériel publicitaire;

— la marge bénéficiaire subsistant après la réimportation ne présenterait pas d'intérêt puisque le fournisseur étranger ajouterait encore à son prix d'achat ses propres frais ainsi que son bénéfice.

La *défenderesse* observe, dans sa duplique, que les déclarations faites par la requérante au cours de la procédure administrative auraient fait apparaître qu'elle était manifestement d'avis que seules des interdictions d'exporter strictes, valables sans aucune exception, constitueraient des restrictions à la concurrence au sens de l'article 85 du traité CEE. Or, selon la défenderesse toute influence d'ordre contractuel exercée sur la liberté d'action et de décision de l'entreprise devrait être considérée comme une restriction de la concurrence et il existerait toute une gamme de ces influences, pouvant aller de l'interdiction absolue jusqu'à une simple obligation de communication. En l'espèce, suivant les déclarations expresses de la requérante, les intéressés auraient voulu éviter dans la mesure du possible une prolifération incontrôlée des exportations. Il serait tout à fait possible que les distributeurs exclusifs devaient rester libres de procéder à des exportations, mais à condition d'être soumis à une instance de contrôle qui aurait pu intervenir, le cas échéant, pour enrayer une «prolifération».

Quant aux différences de prix selon les marchés, la défenderesse fait remarquer d'abord que l'affirmation relative au droit d'échange serait en contradiction avec les conditions de vente, de livraison et de paiement, le point VII (réclamations, échange et restitution) ne prévoyant pas de différence entre les clients résidents et les clients étrangers.

La référence aux différences de coût de distribution ne serait d'ailleurs pas pertinente. En effet, il importerait peu pour le marché de savoir sur quoi reposent les différenciations régionales des prix pratiqués par un vendeur. Lorsque ces différences existent, la demande se porterait sur l'offre la plus intéressante. Cette tendance à exploiter les différences de prix conduirait finalement à l'alignement des prix. Eu égard aux forces naturelles du marché, une différence de prix sensible ne pourrait être maintenue que si le vendeur conserve le contrôle du circuit de distribution et est ainsi en mesure de séparer les zones de prix différentes. Une différence de 10 % serait suffisamment importante pour mettre ces forces en mouvement.

Enfin, la défenderesse s'oppose à l'argumentation de la requérante basée sur l'absence de l'imposition verticale des prix pour nier son intérêt à protéger son marché intérieur. Ce dont il est question ici, ce ne serait pas de la protection des clients de la requérante, mais du seul et unique intérêt de celle-ci au maintien de ses prix de vente sur le marché allemand. Une baisse des prix au consommateur final ne gênerait pas la requérante tant qu'elle peut vendre elle-même aux prix de 3 DM. Mais si des clients étrangers réexportent sur le marché intérieur et offrent à des prix inférieurs à ceux pratiqués par le commerce de gros allemand, cela se répercuterait sur les prix de vente aux grossistes de la requérante. Le commerce de gros insisterait naturellement pour obtenir les mêmes avantages de prix que ses concurrents étrangers.

La question de l'intérêt de certaines catégories de clients à exporter serait au fond sans importance. Si l'on suivait la thèse de la requérante sur ce point, l'applicabilité des interdictions d'ententes dépendrait de la motivation des parties intéressées. Un intérêt potentiel de la partie limitée à agir et la simple existence de l'obligation de s'abstenir de ce comportement seraient l'indice de cet intérêt. Au reste, la défenderesse conteste que le commerce en gros se trouverait devant des difficultés insurmontables.

Quant au handicap constitué par le prix intérieur plus élevé, elle rappelle que ce serait la requérante elle-même qui en est responsable. Le commerce en gros ne percevrait aucune remise à l'exportation pour les quantités qu'il exporte éventuellement. Il serait en effet manifeste que la requérante ne peut d'un côté imposer

des interdictions d'exporter et, d'un autre côté, offrir des remises à l'exportation.

Quant à l'intérêt porté à l'exportation par les acheteurs étrangers, la défenderesse se réfère à son exposé antérieur. Sur les prétendus désavantages de l'offre à la réexportation, elle fait les observations suivantes:

— les clients étrangers ne seraient en aucune façon empêchés d'acheter l'assortiment complet pour pouvoir l'offrir ou le livrer aux acheteurs allemands;

— les conditions commerciales ne faisant aucune distinction entre les clients allemands et les clients étrangers, les uns et les autres auraient donc les mêmes droits;

— le client allemand n'aurait, dans la plupart des cas, pas besoin d'aides à la vente, car il en disposerait déjà, mais le client étranger pourrait au reste demander que la livraison soit assortie d'aides à la vente;

— la marge de 10 % serait très intéressante, d'autant plus que le commerce de gros allemand doit, comme le fournisseur étranger, inclure coûts et bénéfice dans ses calculs.

C — *Article 15, alinéa 2, a, du règlement n° 17*

A titre subsidiaire, la *requérante* fait valoir que l'absence de faute devrait entraîner l'annulation de l'article 2 de la décision attaquée, même s'il y avait infraction à l'article 85, alinéa 1, du traité CEE. En particulier, elle n'aurait pas agi de propos délibéré. L'interdiction d'exporter contenue dans les conditions générales de vente et de livraison n'aurait été qu'une simple formalité et celle contenue dans le contrat «Alsace-Lorraine» n'aurait été qu'une concession d'ordre formel, faite pour accéder à la demande de la firme Sopholest. Les clauses contestées n'auraient eu aucune portée pratique, ce dont la requérante aurait été consciente.

Si l'on pouvait reprocher à la requérante d'avoir commis une faute par négligence, l'amende devrait être réduite considérablement, fût-ce déjà en raison de l'atténuation de la responsabilité.

Dans le présent cas cependant, il n'y aurait même pas eu négligence. En 1971, la requérante — à cette époque une très petite entreprise — n'aurait guère eu de connaissance en droit communautaire. Lorsqu'elle a modifié ses conditions générales (1974), elle aurait pu éventuellement avoir appris quelque chose au sujet des interdictions d'exporter, si elle avait été membre des groupements professionnels compétents, si elle avait eu un service juridique ou peut-être même un service de politique économique. Elle n'aurait toutefois jamais disposé d'une telle organisation.

En l'espèce, il n'y aurait pas eu infraction grave à l'article 85 du traité CEE, ce qui serait démontré par

— l'absence de dol,

— le défaut d'incidence sur le marché, ou du moins le caractère dérisoire des effets produits sur le marché,

— la renonciation à une sanction,

— le nombre minime d'interdictions d'exporter.

Enfin, si tant est qu'il puisse être question en l'espèce d'une infraction avec faute par négligence, celle-ci ne saurait avoir été commise au plus tôt qu'à partir de la nouvelle impression des conditions générales de vente et de livraison en 1974. En conséquence, l'échelle d'évaluation de l'amende se réduirait d'au moins 3/5.

La requérante n'ayant qu'une petite marge bénéficiaire en raison de sa politique des bas prix, une amende d'un montant d'environ 0,73 % de son chiffre d'affaires constituerait pour elle une peine extrêmement lourde. Elle demande donc à la Cour de réduire considérablement l'amende, voir même de l'annuler.

La *défenderesse* estime que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce montrerait que l'engagement était voulu par la requérante et servait sa politique de vente, et ce dès l'instant où l'interdiction d'exporter prévue dans les conditions de vente et de livraison a été appliquée pour la première fois.

Elle croit pouvoir s'abstenir de réfuter chacun des arguments invoqués pour contester la gravité de l'infraction. Toutefois, quant au nombre d'interdictions d'exporter, il faudrait souligner que les conditions de vente, de livraison et de paiement mises en vigueur à compter du 1er août 1974 et par conséquent le point IX de ces conditions s'appliquaient sans distinction à tous les clients résidents et étrangers. Quant à l'absence de sanctions, elle renvoie au point 22 a de la décision attaquée qui aurait tenu compte de cet élément.

Sur le montant de l'amende, la défenderesse observe qu'une amende égale à 0,73 % du chiffre d'affaires se situerait dans la partie inférieure de la marge d'appréciation dont elle dispose et qu'il ne pourrait lui être reproché d'avoir abusé de son pouvoir discrétionnaire.

Dans sa réplique, la *requérante* expose les faits nouveaux suivants pour démontrer sa non-responsabilité: Des recherches dans des dossiers déjà classés auraient révélé que la requérante avait, par lettre du 25 septembre 1973, chargé un avocat de revoir sur le plan juridique les conditions de vente, de livraison et de paiement qu'elle avait appliquées jusque-là. Son conseiller juridique lui aurait transmis, le 14 novembre 1973, les conditions générales contenant la clause d'interdiction d'exporter litigieuse. L'avocat n'aurait pas indiqué que cette clause pouvait constituer une violation du droit et qu'il convenait, le cas échéant, d'obtenir une attestation négative auprès de la Commission. Dans ces conditions, on ne saurait imputer une faute à la requérante car elle aurait pu se fier à son conseiller juridique. Il s'agirait à cet égard d'une ignorance excusable.

Dans la mesure où la Cour de justice n'annulerait pas déjà la décision de la Commission en raison de l'absence des éléments constitutifs d'une restriction à la concurrence ou de l'absence d'une faute, il y aurait cependant lieu de réexaminer en faveur de la requérante le montant de l'amende et de le réduire sensiblement. A cet égard, il faudrait tenir compte des aspects nouveaux apparus au cours de la procédure écrite.

La *défenderesse* s'oppose à ce nouvel argument invoqué tant du point de vue du fond que du point de vue de la procédure.

Sous l'angle de la procédure, cet argument constituerait un moyen nouveau au sens de l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice. Si la requérante avait invoqué ces faits au cours de l'audition, la défenderesse aurait répondu dans le détail à l'argumentation. Dans l'intérêt de la vérité, la défenderesse n'aurait en principe rien à objecter, même en cas de moyen soulevé tardivement à un éclaircissement au cours de la procédure contentieuse. Elle estime toutefois que le nouveau moyen n'est pas soutenable.

Le déroulement des faits montrerait qu'il ne peut être question d'une erreur de la requérante en matière d'interdiction. Selon ses propres dires, elle aurait eu connaissance de l'interdiction en novembre 1973, mais d'une manière générale, non précise. Les consultations permanentes avec son conseiller juridique au cours de la même période lui auraient donné l'occasion de préciser cette connaissance. Le silence du conseiller juridique sur la compatibilité de l'interdiction d'exporter avec le droit en vigueur ne suffirait pas pour transformer la connaissance générale positive d'une interdiction en une erreur non fautive en matière d'interdiction. Pour cela, il aurait été au moins nécessaire d'étendre expressément la consultation à l'examen de l'interdiction d'exporter.

Lorsque l'avis du conseiller juridique est arrivé, la requérante aurait dû s'étonner que celui-ci garde silence sur ce point. Celui qui, dans ces circonstances, se fonde sur un silence, agirait non seulement en commettant une négligence grave, mais aussi de propos au moins partiellement délibéré.

V — Procédure orale

Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries à l'audience du 27 octobre 1977.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 10 janvier 1978.

En droit

1 Attendu que, par requête parvenue à la Cour le 4 février 1977, la société Miller International Schallplatten GmbH, ayant son siège à Quickborn, près de Hambourg (ci-après: Miller), a introduit un recours contre la décision de la Commission du 1er décembre 1976 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (JO n° L 357/40), par laquelle il a été constaté que les interdictions d'exporter des disques, bandes et cassettes, introduites par Miller dans un accord de distribution ainsi que dans ses conditions de vente, constituaient des infractions à l'article 85, paragraphe 1, du traité et une amende de 70 000 UC, soit 256 200 DM, a été infligée à cette entreprise;

que la requérante a conclu à l'annulation de la décision et, subsidiairement, à l'annulation ou la réduction de l'amende imposée;

2 attendu qu'il ressort du dossier que la requérante produit des supports de son (disques, cassettes, bandes magnétiques) qu'elle vend principalement sur le marché allemand et n'exporte qu'une partie limitée de sa production, en partie vers les pays de la Communauté, en partie vers des pays tiers;

que sa production consiste principalement en des supports de son à bas prix et comprend pour une partie considérable, plus de 40 %, des disques pour les enfants et pour la jeunesse;

qu'elle vend sa production à des grossistes, des commerces de journaux et «rack jobbers», des grands magasins, détaillants et supermarchés et, en ce qui concerne l'exportation, soit à des importateurs exclusifs situés à l'étranger soit aux exportateurs allemands;

3 attendu que le comportement de la requérante, qui a donné lieu à la décision attaquée, n'est pas controversé quant aux faits, mais que les parties s'opposent quant à l'appréciation de ses effets et, partant, de sa gravité;

4 qu'il est constant que la requérante a conclu le 11 juin 1971 un accord d'exclusivité avec l'entreprise Sopholest à Strasbourg pour la distribution de tous ses produits de marque «Europa» et «Somerset» sur le territoire de l'Alsace-Lorraine, comportant (point 5) la clause que «pour toute la gamme des produits Miller, il existe en principe une interdiction d'exporter d'Alsace-Lorraine vers d'autres pays»;

qu'il est également constant que dans ses relations commerciales avec les acheteurs résidant en république fédérale d'Allemagne, la requérante a appliqué jusqu'au 31 juillet 1974 des conditions de vente et de livraison contenant, au point 9 (ventes à l'étranger), la clause: «Il est interdit d'exporter tous les disques portant l'une de nos marques. En cas d'infraction, nous nous réservons le droit de ne plus approvisionner l'acheteur et de le mettre en cause en cas de réclamation en dommages-intérêts émanant de l'étranger qui nous serait adressée à la suite d'une telle exportation»;

qu'à compter du 1er août 1974, la requérante a appliqué à l'égard de ses clients allemands et étrangers de nouvelles conditions de vente, de livraison et de paiement, dont le point IX (ventes à l'étranger) était libellé: «Il est normalement interdit à l'acheteur de revendre à l'étranger les articles que nous lui avons fournis. En cas d'infraction, nous nous réservons expressément le droit de cesser d'approvisionner l'acheteur défaillant, ainsi que de nous retourner contre lui pour les réclamations en dommages-intérêts qui nous seraient adressées par des ayants droit étrangers»;

5 attendu qu'il est encore établi que les prix pratiqués par Miller à l'égard de ses acheteurs allemands et ceux pratiqués à l'exportation se différencient nettement, les prix à l'exportation étant plus bas que ceux demandés au commerce en gros, et beaucoup plus bas que ceux des produits livrés aux grands magasins, au commerce de détail organisé, aux détaillants et aux utilisateurs finals;

6 attendu que la requérante, sans contester substantiellement ces faits, allègue cependant que ceux-ci ne sauraient avoir eu un effet sensible sur les échanges entre les États membres, eu égard à la faible importance de son entreprise sur le marché des supports de son, à la nature de sa production, qui serait en prépondérance destinée au public de langue allemande, et au caractère de sa clientèle;

qu'elle en conclut que, s'il est vrai que des interdictions d'exportation ne sont pas compatibles avec le caractère d'un marché commun, on ne saurait lui reprocher une infraction aux dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité;

que, par ailleurs, elle allègue que dans son cas particulier ces interdictions d'exportation ne répondaient à aucun but répréhensible, mais auraient seulement été adoptées au souhait de ses co-contractants et n'auraient eu qu'une portée de «nature purement optique et psychologique»;

7 attendu qu'à cet égard il importe de constater que par sa nature même une clause d'interdiction d'exportation constitue une restriction de la concurrence, qu'elle soit adoptée à l'initiative du fournisseur ou à celle de son client, l'objectif sur lequel les contractants sont tombés d'accord étant d'essayer d'isoler une partie du marché;

qu'ainsi la circonstance que de sa part le fournisseur ne maintient de telles interdictions que mollement, ne saurait établir qu'elles sont restées sans effet, leur existence pouvant néamoins créer un climat «optique et psychologique» qui satisfait la clientèle et contribue à une répartition plus ou moins stricte des marchés;

que la stratégie de marché adoptée par un producteur s'accommodera fréquemment aux préférences plus ou moins générales de sa clientèle;

que, dès lors, l'affirmation de Miller, selon laquelle l'adoption des interdictions litigieuses aurait résulté plutôt des souhaits de ses co-contractants que d'une stratégie unilatérale et préméditée de sa part, à la supposer exacte, ne saurait faire échapper son comportement aux interdictions de l'article 85, paragraphe 1, du traité;

que c'est dans cette perspective qu'il y a lieu d'apprécier l'adoption d'une interdiction d'exportation tant dans son contrat avec la firme Sopholest que dans ses conditions générales de vente;

Quant à l'incidence de l'interdiction d'exportation sur les échanges intracommunautaires

8 Attendu qu'en premier lieu Miller se prévaut de sa position faible sur le marché en cause et de la partie «dérisoire» du marché total que constituerait sa production, pour maintenir que son comportement ne peut avoir affecté le commerce intracommunautaire;

9 attendu cependant que, selon les chiffres par elle produits au cours de la procédure administrative, sa part de l'ensemble du marché des supports de son de la république fédérale d'Allemagne était évaluée: pour l'année 1970 à 5,19 %, 1971 à 5,05 %, 1972 à 4,91 %, 1973 à 5,87 %, 1974 à 5,05 % et 1975 à 6,07 % quant à la quantité vendue;

qu'il est constant qu'elle s'est spécialisée dans la production des disques de longue durée et des musi-cassettes à bas prix et, dans cette catégorie, notamment dans la production des supports de son pour les enfants et la jeunesse, de sorte que sa part du marché des supports de son à bas prix et de ceux pour les enfants correspond à des pourcentages sensiblement plus élevés;

qu'enfin il est constant que pour l'année 1975 les ventes de Miller s'établissent à un total de 34 376 167 DM pour le marché intérieur et les exportations;

qu'au cours de la procédure les pourcentages ont été longuement discutés, la requérante alléguant qu'il ne serait pas possible d'obtenir des données statistiques exactes sur le marché en cause et que les chiffres seraient donc sujets à caution et donneraient une impression trop favorable de sa position sur ce marché, mais que cette discussion n'est pas de nature à changer substantiellement les données mentionnées;

10 attendu qu'en appréciant la position de Miller sur le marché, il y a lieu de prendre en considération notamment le marché de la république fédérale d'Allemagne, ne fût-ce que du fait que, d'après ses propres dires, son programme de production s'adresse en grande partie à un public germanophone;

que les parties sont en désaccord si, pour la détermination du marché en cause, il faudrait se référer, avec la requérante, à l'ensemble du marché des supports de son, ou plutôt, ainsi que le propose la Commission, distinguer d'abord un marché pour les supports de son à prix élevé d'une part et un marché de supports de son à bas prix d'autre part et encore distinguer séparément un marché pour les enfants et la jeunesse;

que, dans le contexte du présent litige, il n'est pas nécessaire de prendre position parce qu'il est évident que les ventes de Miller constituent une part non négligeable du marché et qu'elle s'est spécialisée dans la production de certaines catégories distinctes, pour lesquelles elle occupe une position, sinon forte, en tout cas importante sur le marché;

qu'à cet égard il y a donc lieu de conclure que, loin d'être comparable aux entreprises dont il s'agissait dans les arrêts du 30 juin 1966 (Technique

minière/Maschinenbau Ulm; affaire 56/65, Recueil 1966, p. 338), du 9 juillet 1969 (Völk/Vervaecke; affaire 5/69, Recueil 1969, p. 295) et du 6 mai 1971 (Cadillon/Höss; affaire 1/71, Recueil 1971, p. 351), Miller est une entreprise d'une taille suffisamment importante pour que son comportement soit en principe susceptible d'affecter le commerce;

11 attendu que Miller ajoute que, toutefois, son comportement ne saurait affecter le commerce intracommunautaire du fait que son programme est en grande partie destiné à un public de langue allemande et ne saurait intéresser que marginalement le public des autres États membres;

12 attendu que, sans qu'il soit nécessaire d'établir le degré d'exactitude de cette affirmation, il suffit de constater que Miller a conclu des contrats pour l'exportation vers des autres États membres et a, en effet, exporté une partie, il est vrai relativement mineure, de sa production vers ces États;

que, toutefois, ces exportations ont paru à Miller et à certains de ses clients suffisamment importantes pour justifier l'adoption des clauses litigieuses;

que, d'ailleurs, l'importance de son marché allemand pouvait amener Miller à protéger ce marché contre la réimportation de produits exportés à prix réduit;

13 attendu enfin que Miller allègue encore que ni ses clients allemands, ni ses clients exportateurs ou étrangers seraient intéressés au commerce intracommunautaire, de sorte que les interdictions d'exportation n'auraient pas entravé leur liberté de concurrence,

que, par ailleurs, les prix plus élevés pratiqués à l'égard des revendeurs résidant en République fédérale d'Allemagne auraient déjà rendu peu profitable les exportations vers les autres États membres;

14 attendu que des arguments tirés de la situation actuelle ne sauraient suffire pour établir que des clauses d'interdiction d'exportation ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres, même si l'exactitude de telles affirmations générales pouvait être vérifiée à suffisance de droit, cette situation pouvant changer d'année en année en fonction de modifications dans les conditions ou la composition du marché tant dans le marché commun dans son ensemble que dans les différents marchés nationaux;

que, par ailleurs, comme il a déjà été observé ci-dessus, la circonstance que les revendeurs, clients de la requérante, préfèrent plutôt de limiter leurs opérations commerciales à des marchés plus restreints, régionaux ou nationaux, ne saurait justifier l'adoption formelle de clauses d'interdiction d'exportation, soit dans des contrats particuliers soit dans des conditions de vente, aussi peu que le souhait du producteur de compartimenter le marché commun;

qu'enfin, l'existence des clauses litigieuses a, pour le moins, facilité à Miller de maintenir sa politique d'abaissement des prix à l'exportation;

15 attendu qu'il résulte de tout ce qui précède que les clauses litigieuses étaient susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres;

que Miller allègue, il est vrai, que la Commission aurait dû établir que ces clauses ont eu un effet sensible sur les échanges intracommunautaires, mais que cet argument ne saurait être retenu;

qu'en interdisant les accords ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence, qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres, l'article 85, paragraphe 1, du traité n'exige pas qu'il soit établi que de tels accords ont, en effet, sensiblement affecté ces échanges, preuve qui dans la plupart des cas ne saurait d'ailleurs que difficilement être administrée à suffisance de droit, mais demande qu'il soit établi que ces accords sont de nature à avoir un tel effet;

qu'en se basant sur la position de Miller sur le marché, sur l'ampleur de sa production, sur les exportations constatées et la politique de prix pratiquée par elle, la Commission a établi pertinemment qu'en effet le danger existait d'une affectation sensible des échanges entre les États membres;

16 que la décision attaquée a donc pu constater à bon droit que, par les clauses d'interdiction d'exportation incriminées, Miller avait enfreint les dispositions de l'article cité:

que, dès lors, le recours doit être rejeté pour autant qu'il est dirigé contre l'article 1 de cette décision;

Quant à l'amende

17 Attendu qu'à titre subsidiaire, la requérante a demandé que l'amende de 70 000 UC soit annulée ou réduite;

qu'elle allègue ne pas avoir commis les infractions reprochées de propos délibéré et que, par ailleurs, ces infractions n'auraient pas été graves;

qu'en adoptant les clauses d'interdiction d'exportation, elle n'aurait pas eu conscience d'enfreindre les interdictions de l'article 85, paragraphe 1, du traité;

que cette ignorance serait démontrée par l'avis d'un conseil juridique, qu'elle avait consulté pour la rédaction de ses conditions de vente, lequel avis, produit en annexe à son mémoire en réplique, n'aurait fait aucune mention d'une éventuelle incompatibilité de la clause d'interdiction d'exportation avec le droit communautaire;

18 attendu que les clauses dont il est question ont, ainsi qu'il ressort de tout ce qui précède, été adoptées ou acceptées par la requérante, qui n'a pu ignorer qu'elles avaient pour objet de restreindre la concurrence entre ses clients;

que, dès lors, il importe peu de savoir si la requérante avait, ou non, conscience d'enfreindre l'interdiction de l'article 85;

qu'à cet égard l'avis d'un conseiller juridique qu'elle invoque, ne saurait la disculper;

qu'il y a donc lieu de retenir que les actes interdits par le traité ont été commis de propos délibéré et en méconnaissance des dispositions de celui-ci;

19 attendu, quant à la gravité de l'infraction, que les clauses d'interdiction d'exportation constituent un type de restriction à la concurrence qui par sa nature même met en danger les échanges entre les États membres;

que, dès lors, la Commission a pu reconnaître aux infractions constatées une certaine gravité et en tenir compte au regard des dispositions de l'article 15 du règlement n° 17;

20 attendu que la requérante a encore allégué que le montant de l'amende serait une peine extrêmement lourde pour une entreprise telle que la sienne;

21 attendu cependant qu'elle a empêché la vérification de cette allégation en refusant la production de son bilan, que la Cour lui avait demandé;

22 attendu qu'il s'ensuit que le recours contre l'article 2 de la décision attaquée n'est pas fondé et doit donc être également rejeté;

Sur les dépens

23 Attendu qu'aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens;

que la partie requérante a succombé en ses moyens;

qu'il y a donc lieu de la condamner aux dépens;

par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1) Le recours est rejeté comme non fondé;

2) La requérante est condamnée aux dépens.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 1er février 1978.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

H. Kutscher