sig selv bringer samhandelen mellem medlemsstater i fare. Kommissionen kan derfor tillægge denne overtrædelse en vis grov karakter og inden for rammerne af artikel 15 i forordning nr. 17 tage hensyn hertil.

I sag 19/77

VIRKSOMHEDEN MILLER INTERNATIONAL SCHALLPLATTEN GMBH, Quickborn, repræsenteret af advokaterne Wolfgang Schlutius, Günter Espey, Hans-Ulrich Wilhelmi, Ulrich Fichterl, Claus-Detlev Brose, Helmut Baumeister, Hamburg, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Robert Elter, 11, Boulevard Royal,

sagsøger

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, repræsenteret af sin juridiske konsulent Norbert Koch som befuldmægtiget og med valgt adresse i Luxembourg hos sin juridiske konsulent Mario Cervino, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

sagsøgt

angående et krav om annullation af Kommissionens beslutning af 1. december 1976 vedrørende en procedure efter EØF-traktatens artikel 85 (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH),

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: præsidenten H. Kutscher, afdelingsformændene M. Sørensen og G. Bosco, dommerne A. M. Donner, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart og A. O'Keeffe,

generaladvokat: J.-P. Warner
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb, parternes påstande og anbringender kan sammenfattes således:

I — De faktiske omstændigheder

Virksomheden Miller International Schallplatten GmbH i Quickborn, herefter kaldet »Miller«, fremstiller grammofonplader, lydbånd og musikkassetter, som den sælger under varemærkerne »Europa« og »Sonic«. Et tredje mærke »Somerset« har virksomheden trukket tilbage fra markedet. Miller fremstiller hovedsagelig longplayingplader til lavpris. Med henblik på salget af virksomhedens produkter i Alsace-Lorraine indgik virksomheden en eneforhandlingsaftale med virksomheden Sopholest i Strasbourg. Den aftale, som blev underskrevet den 11. juni 1971, indeholder under punkt 5 følgende klausul:

»For alle Miller-produkter gælder principielt et forbud mod udførsel fra Alsace-Lorraine til andre lande«.

I sine forretningsforhold med indenlandske aftagere anvendte Miller indtil den 31. juli 1974 i sine salgs- og leveringsbetingelser under punkt IX (salg til udlandet) følgende klausul:

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

I de fra 1. august 1974 for alle indenlandske og udenlandske aftagere gældende salgs-, leverings- og betalingsbetingelser affattedes denne bestemmelse under punkt IX (salg til udlandet) således:

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

Efter at Kommissionen for De europæiske Fællesskaber som følge af en klage over eksportforbudet havde grebet ind, meddelte Miller ved skrivelse af 7. maj 1975, at virksomheden ikke længere fremtidigt ville pålægge sådanne forbud, og at den løste sine kunder fra den tilsvarende forpligtelse i de tilfælde, hvor sådanne forbud endnu eksisterede i gamle kontrakter. Miller fremsendte ved skrivelse af 3. november 1975 en ny version af sine salgs-, leverings- og betalingsbetingelser til Kommissionen, som ikke længere indeholdt disse forbud.

Ved beslutning af 23. februar 1976 indledte Kommissionen den procedure, som er foreskrevet i forordning nr. 17/62 af 6. februar 1962, den første gennemførelsesforordning til EØF-traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-62, s. 81; org.ref. JO 1962, s. 204).

Efter at Miller var blevet hørt i medfør af artikel 19, stk. 1 i forordning nr. 17 og EØF-forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2 i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-64, s. 42; org.ref. JO 1963, s. 2268) vedtog Kommissionen den 1. december 1976 beslutningen

vedrørende en procedure efter EØF-traktatens artikel 85.

Kommissionen anfører i denne beslutnings artikel 1, at

»de eksportforbud for virksomheden Miller International Schallplatten GmbH's grammofonplader, lydbånd og kassetter, som indtil den 7. maj 1975 har været optaget i virksomhedens eneforhandlingsaftale af 11. juli 1971 samt i dens indtil 31. juli 1974 gældende salgs- og leveringsbetingelser (hjemmemarkedet) og i dens fra 1. august 1974 gældende salgs-, leverings- og betalingsbetingelser efter den 1. august udgjorde overtrædelser af artikel 85, stk. 1 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab.«

I henhold til beslutningens artikel 2 pålægges Miller en bøde på 70 000 regningsenheder eller 256 200 DM for de i artikel 1 konstaterede overtrædelser, at betale inden for tre måneder fra beslutningens meddelelse.

Kommissionens beslutning (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH) blev meddelt Miller den 6. december 1976; beslutningen blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 29. 12. 1976 (EFT L 357, s. 40).

II — Skriftvekslingen

Virksomheden Miller anlagde den 4. februar 1977 sag mod Kommissionens beslutning.

Skriftvekslingen er afviklet forskriftsmæssigt.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har dog anmodet sagsøger om at fremlægge regnskaber for årene 1974-1976. Virksomheden har svaret, at den ikke er i stand til at efterkomme denne anmodning .

III — Parternes påstande

Sagsøger har nedlagt følgende påstand:

1. Beslutningen om en procedure efter EØF-traktatens artikel 85, vedtaget af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber den 1. december 1976 og meddelt sagsøger den 6. december 1976, annulleres.
2. Kommissionen for De europæiske Fællesskaber tilpligtes at afholde sagens omkostninger;

subsidiært:

1. Den af Kommissionen fastsatte bøde på 70 000 regningsenheder (eller 256 200 DM) nedsættes efter ret og billighed.
2. Det tillades sagsøger at erlægge denne bøde i flere rimelige afdrag, idet sagsøgers likviditet på grund af investeringer og investeringsprojekter er anstrengt.
3. Kommissionen tilpligtes at afholde en forholdsmæssig del af omkostningerne.

Kommissionen har nedlagt følgende påstand:

— frifindelse;

— sagsøger tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

IV — Parternes søgsmålsgrunde, indsigelser og øvrige anbringender

Sagsøger har forklaret, at virksomheden hovedsagelig afsætter sine varer på det tyske marked. Da hovedparten af virksomhedens repertoire er på tysk, er virksomhedens muligheder for afsætning af sine lydbærere — bortset fra enkelte uvæsentlige undtagelser — begrænset til tysktalende lande.

Sagsøgers eksport gennemføres som regel via eneimportører uden noget formelt kontraktgrundlag, men inden for rammerne af faste forretningsforbin-

delser (for eksempel til Belgien, Danmark og Luxembourg). Virksomheden handler ikke med England og Irland.

I Fællesskabet har virksomheden alene indgået skriftlige eneforhandlingsaftaler med kontrahenter i Frankrig og Nederlandene.

Sagsøger har fremlagt en oversigt af 29. december 1976 (stævningens bilag 4), hvorefter virksomhedens eksport udgør 8,19 % af virksomhedens produktion og 6,77 % af virksomhedens omsætning. Ifølge en oversigt af 29. december (bilag 5) udfører sagsøger navnlig til følgende lande: Danmark, Nederlandene, Belgien, Frankrig, Luxembourg, Italien, Sverige, Norge, Finland, Schweiz, Østrig. Denne oversigt (fra udgangen af 1975) viser, at 26,2 % af eksportomsætningen hidrører fra Østrig og 23,4 % fra Schweiz. Nederlandenes relativt store betydning (18,3 %) på eksportmarkedet skyldes fremstilling og udførsel til dette land af en særlig række børnefortællinger på nederlandsk. Med hensyn til de andre medlemslande udgør eksporthandelen kun 24,7 % (Danmark 7,8 %, Belgien 5,9 %, Frankrig 6,5 %, Luxembourg 3,5 % og Italien 1,0 %).

Med hensyn til sammensætningen af virksomhedens repertoire har sagsøger fremlagt følgende tal (fra 1975)

- Børne- og ungdomsprogrammer: 42,95%
- Underholdning (tysk): 44,75 %
- Underholdning (engelsk): 5,08 %
- Klassisk: 6,23 %
- Dokumentarserier: 0,98 %

De to første grupper er udelukkende beregnet på tysktalende forbrugere. Af de øvrige grupper er det kun grupperne »klassisk« og »underholdning« (engelsk),der kan sælges uden for tysktalende områder.

Med hensyn til virksomhedens andel på det samlede marked for lydbærere i Forbundsrepublikken Tyskland har sagsøger indledningsvis anført, at der ikke foreligger nøjagtige oplysninger herom. Sagsøger har måttet henholde sig til statistikker, offentliggjort af »Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e. V.« (Sammenslutning af Producenter af Lydbærere) — herefter kaldet BPW — som kun har en begrænset oplysningsværdi, fordi sammenslutningens medlemmer ikke oplyser om alle deres salg, og fordi dens statistikker ikke omfatter salg til ikke-medlemmer og heller ikke tallene for »pirat-udgaver«.

Altså må man gå ud fra, at det samlede marked er betydeligt større, end det fremgår af BPW's statistikker, og at sagsøgers markedsandel må reduceres tilsvarende.

Ifølge den af BPW anvendte terminologi henføres sagsøgers lydbærere til gruppen af lavprislydbærere, idet deres salgspris til den endelige forbruger ikke overstiger 10,— DM. Sagsøgeren finder dog, at det ikke er muligt at udskille et marked for »lavprislydbærere« inden for det almindelige marked for lydbærere. Det relevante marked er det samlede marked for lydbærere i hele Fællesskabet.

Sagsøger har anført, at de faktiske omstændigheder, hvortil EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 knytter sine retsvirkninger, ikke foreligger i denne sag. Sagsøger har til støtte herfor henvist til Domstolens praksis, blandt andet til dom af 30. juli 1966 i sag 56/65, Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm (Sml. 1965-68, s. 211) og har anført, at handelen mellem medlemsstaterne ikke påvirkes mærkbart. Ifølge Domstolens dom af 9. juli 1969 i sag 5/69 Völk mod Vervaecke (Sml. 1969, s. 69) omfattes en aftale ikke af forbudet i artikel 85, når aftalen i betragtning af de pågældende parters svage stilling på markedet for de omhandlede produkter kun i ringe omfang påvirker markedet.

A — Sagsøgers markedsstilling

Sagsøger har anført, at virksomhedens markedsandel af det samlede europæiske marked er ringe. Dette skyldes navnlig følgende faktorer:

— På det samlede europæiske marked for lydbærere er Millers markedsandel så ringe, at den næppe kan angives i procent, og dette gælder såvel mængden som værdien.

— På det indenlandske lydbærermarked i Forbundsrepublikken har virksomheden en næppe nævneværdig markedsandel. Denne andel ligger værdimæssigt på ca. 2,5 %; mængdemæssigt ligger den sandsynligvis et godt stykke under 5 %.

— Da virksomhedens program næsten udelukkende er på tysk, er virksomheden afhængig af tysksprogede forbrugergrupper, hvilket begrænser dens fleksibilitet.

— Virksomheden råder kun over en begrænset kapital; den konkurrerer med virksomheder, som har højere kapital.

— Den har ingen egne datterselskaber, som kan understøtte dens salgspolitik.

— Dens reklameudgifter er yderst lave.

Allerede på grund af virksomhedens svage markedsstilling kan markedet ikke påvirkes føleligt. Følgelig er betingelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 ikke opfyldte.

Sagsøgte har fremlagt tal for sagsøgers salg i året 1975. Sagsøgte har henholdt sig til oplysningerne fra BPW for dette år og opgør sagsøgers markedsandel på det samlede indenlandske marked for lydbærere til værdimæssigt 3,75 % og 5,15 % mængdemæssigt. Sagsøgers eksport udgør 2,66 % (efter enheder) af udførslerne fra medlemmerne af BPW. Denne procentdel siger dog intet i konkurrencemæssig sammenhæng.

For at kunne vurdere sagsøgers konkurrencestilling over for udbudet af lydbærere, er det nødvendigt at afgrænse det marked, som ud fra en konkurrencemæssig synsvinkel er det relevante.

Konkurrencen mellem de forskellige lydbærere afhænger mere eller mindre af, om de kan »substitueres«. Dette spørgsmål afgøres af efterspørgselen og kan udtrykkes ved dennes krydselasticitet.

I 1975 udgjorde indspilningerne med børne- og ungdomsprogrammer 42,27 % af sagsøgers totale produktion. Det er umiddelbart indlysende, at disse indspilninger ikke konkurrerer direkte med indspilninger af klassisk og let musik. Når henses til disse grammofonpladers snævre anvendelsesmuligheder vil en prisnedsættelse ikke øge den samlede efterspørgsel til skade for salget af grammofonplader med klassisk eller underholdningsmusik. Ligeså usandsynligt forekommer det, at en prisnedsættelse af klassiske eller underholdningsgrammofonplader indebærer, at efterspørgselen rettes mod indspilninger for børn. Efterspørgselens krydselasticitet er uendelig lille her. Substitutionsgraden mellem varerne i disse to grupper er ikke alene lille — der er tale om to forskellige markeder.

Sagsøgers andel af det samlede salg af børneplader på det indenlandske marked (1975) kan anslås til en mængdemæssig andel på 25,54 % og en værdiandel på 15,33 %. Den af sagsøger fremlagte oversigt (stævningens bilag 9) viser, at 19 konkurrenter deles om det pågældende marked, og at sagsøger indtager andenpladsen.

Sagsøgers produktion karakteriseres desuden af den omstændighed, at den omtrent udelukkende består af »imitationer«, dvs. optagelser, som udføres af ukendte sangere, der forbliver anonyme, og som mod et engangshonorar imiterer kendte internationale sangerinders eller sangeres melodier og stemmer. Sagsøgers produktion hører til gruppen lavprisartikler.

Sagsøgte har bestridt sagsøgers opfattelse, hvorefter høj- og lavprisartiklerne udgør et og samme marked, og at de to gruppers substitutionsgrad er uendelig stor. Hvis der ikke var forskelle, kan man ikke forklare den omstændighed, at der findes to sæt priser. Ifølge statistikkerne fra BPW for det indenlandske salg var totalsalget af højprisartiklerne i 1975 højere end salget af lavprisartikler. Hvis der, bortset fra prisen, var så lidt kvalitetsforskel mellem originalindspilningerne og de imitationer, som sagsøger påstår, ville disse salgstal være uforståelige.

Man må gå ud fra, at der ved efterspørgselen efter originalindspilninger og efterspørgselen efter indspilninger, som er en imitation heraf, er tale om forskellige forbrugere. Der er tale om to adskilte markeder; efterspørgselen efter højprisartikler er overhovedet ikke elastisk.

Sagsøgers del af det salg af lavprisindspilninger — som medlemmerne af BPW har på det indenlandske marked — kan opgøres til 22,06 %; reelt er tallet lidt lavere, idet BPW's statistikker ikke tager hensyn til leverancer til klubber, postordresalg, bestilte indspilninger og salg ved ikke-medlemmer. Af udførsler fra medlemmerne af BPW androg sagsøgers stykvise andel i 1975 2,66 %. Denne procentsats blev udregnet på grundlag af medlemmernes totalsalg, herunder »single-plader«; hvis »single-pladerne« holdes udenfor er procenten på 3,22. Forholdet mellem sagsøgers indenlandske salg og udførsler udgjorde i 1975 mængdemæssigt 91,81 : 8,19 og værdimæssigt 93,21 : 6,79.

I sin replik har *sagsøger* fastholdt sin opfattelse, hvorefter der ikke er noget særligt marked for lydbærere til lavpris. Substitutionsgraden mellem lavprisartikler og højprisartikler er i virkeligheden uendelig stor. Disse to grupper adskiller sig hverken ved deres indhold eller forbrugerens anvendelse af dem, eller ved deres tekniske gengivelse, eller ved forbrugerens person eller deres tekniske og musikalske kvalitet. Forklaringen på prisforskellen er ganske enkelt, at lavprislydbærere normalt ikke, altså ud fra et forretningsprincip, er belastet med høje GEMA-licensafgifter. Sagsøger har desuden præciseret, at kopi-indspilningerne kun udgør ca. 10 % af sagsøgers repertoire. Begrebet kopi-indspilninger er dog ganske uden indflydelse på afgrænsningen af det relevante marked.

For så vidt angår markedet for børneindspilningerne har sagsøger anført, at såvel den af sagsøgte foretagne markedsopdeling som beregningen af sagsøgers markedsandel er fejlagtige. Først eksisterer der ikke noget marked for børnelydbærere. Sagsøger har understreget, at det har opgivet den tidligere sondring mellem plader til »børn« og plader til »unge mennesker«, og at virksomheden benævner begge grupper indspilninger for unge. Med hensyn til ungdomsplader er der en særdeles stærk substitutionsgrad med almindelig underholdningsmusik. Køberne af disse grammofonplader er hovedsageligt voksne, som giver pladerne til unge. De voksne er klar over, at børn fra 8 års alderen lige så gerne hører slagergrammofonplader som grammofonplader med fortællinger og eventyr og køber derfor ofte en slagerplade i sted for en plade med fortællinger eller andet. Under alle omstændigheder bestrider sagsøger, selv om man betragter det pågældende marked som et særskilt marked, de af sagsøgte fremlagte tal. Endelig er der flere end 19 konkurrenter på dette område. Sagsøger har med hensyn hertil henvist til de i stævningens bilag 7 anførte selskaber, som også markedsfører lydbærere til børn.

Sagsøgers konklusion er følgende:

— Det relevante marked kan kun afgrænses med den største usikkerhed.

— Under hensyn til at repertoireområderne delvis overlapper hinanden, må der snarere trækkes en vid end en snæver grænse.

— Ved afgrænsningen af de regionale markeder må under alle omstændigheder de udenlandske tysktalende områder tages i betragtning.

— Selv om det skulle lykkes at afgrænse det relevante marked, kan sagsøgers markedsandel heraf ikke nøjagtig konstateres, fordi der ikke foreligger sikre oplysninger herom.

Sagsøgte har i sin duplik gentaget, at der i hvert fald eksisterer et samlet lydbærermarked som en statistisk størrelse. Denne afgrænsning indeholder ingen oplysninger om konkurrenceforholdene mellem de forskellige lydbærergrupper.

Sagsøgte har med hensyn til markedet for lavprislydbærere anført, at selv om en prisforskel ikke i sig selv kan udgøre et kriterium, som er tilstrækkeligt til oprettelse af et særskilt relevant marked, er betydelige prisforskelle dog et bevis på, at de artikler, som sælges til forskellige priser, ikke er egnede til at substituere hinanden.

Den afgørende forskel mellem lavpris-lydbærere og dyre lydbærere er, at der i det første tilfælde er tale om gengivelser af ukendte kunstnere, musikere eller sangere, medens dyre lydbærere er indspilninger af kendte og berømte stjerner og kunstnere.

Under den administrative behandling har sagsøgers repræsentant generelt udtrykkeligt defineret imitations-indspilninger som indspilninger med ukendte kunstnere. I sin replik har sagsøger givet en snævrere definition af dette begreb og således beregnet, at imitationerne udgør omtrent 10 % af sagsøgers samlede produktion, skønt sagsøgers produktion, ifølge dennes tidligere oplysninger, næsten udelukkende bestod i imitations-indspilninger.

Det er dog unødvendigt at komme nærmere ind på dette definitionsspørgsmål. Det afgørende for sondringen mellem lavprislydbærere og dyre lydbærere er sangernes berømthed, og det er ubestrideligt, at den manglende berømmelse er karakteristisk for sagsøgers repertoire.

Sagsøgers forklaringer vedrørende beregningen af produktionsomkostningerne er ufuldstændige. Ifølge sagsøger kan salgsprisen for dets lydbærere sættes så lavt, fordi sagsøger betaler sangerne »et engangshonorar«. Desuden støttes salg til højere priser i modsætning til salg til lave priser for en betragtelig dels vedkommende af reklame for kunstnerne. Sagsøger afholder naturligvis ikke udgifterne til sådanne salgsfremstød, som kun kan finansieres over højere priser. Følgen af denne forretningspolitik er en lydbærer, som tilsigtet adskiller sig fra udbudet af dyre lydbærere. Ved at udbyde indspilninger med ukendte kunstnere, »anonyme«, giver sagsøger forud principielt afkald på den betydelige gruppe købere, som lægger afgørende vægt på kunstnerens individualitet og fremførelsens autencitet. For denne gruppe købere kan dyre lydbærere ikke substitueres; producenterne af disse lydbærere er principielt ikke udsat for konkurrence fra producenterne af lavpris-lydbærere. Markedet viser, at krydselasticiteten mellem dyre lydbærere og lavpris-lydbærere er uendelig lille. Selv om ansøger yderligere nedsatte priserne, ville efterspørgselen efter berømte kunstneres fremførelse ikke komme sagsøger til gode.

Sammenfattende kan man sige, at dyre lydbærere og lavprismodtagere ikke udbydes på samme marked. Disse to grupper har hver især deres eget marked. Principielt er konkurrencen mellem sælgerne af de to grupper af artikler udelukket; kun undtagelsesvis (salg med tab, mangel på en lavpristitel på markedet) kan der opstå konkurrence mellem sælgerne af den ene og den anden gruppe artikler. Sagsøgers markedsandel må derfor i dennes egenskab af producent af lavprislydbærere beregnes på grundlag af sagsøgers samlede salg af lavprislydbærere og ikke på grundlag af lydbærere i almindelighed.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der er konkurrence mellem lydbærere til børn og unge på den ene side og underholdningsmusik på den anden side, har sagsøgte anført, at afgørende herfor er spørgsmålet om, hvorvidt de to grupper af artikler opfylder det samme behov.

Det fremgår af det af sagsøger fremlagte repertoire (stævningens bilag 11), at sagsøgers program med talte og sungne tekster hovedsagelig henvender sig til ganske små børn, medens sagsøger i sit hørespilprogram også henvender sig til børn på et højere alderstrin. Lydbærere tager ikke udelukkende sigte på børnenes underholdningsbehov; de kræver koncentrerede tilhørere og har både pædagogiske, moralske og sociologiske mål. I kraft af deres anvendelse ligger de nærmere fabelbøger og eventyrbøger end underholdningsmusik. Kriteriet om opfyldelse af underholdningsbehov — som er fælles for alle indspilninger — er for generelt til at afgrænse det relevante marked.

B — Eksportforbudenes betydning

Sagsøger har anført, at betingelserne i Kommissionens meddelelse af 27. maj 1970 vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 (JO C 64 af 2. 6. 1970, s. 1) er opfyldt i det foreliggende tilfælde; det omstridte eksportforbud har ikke indvirket på markedsbetingelserne i fællesmarkedet.

Sagsøger har med hensyn til klausulen i de almindelige salgsbetingelser anført, at de forretningsformer, som virksomhedens kunder driver på det indenlandske marked, hindrer enhver eksportvirksomhed (for eksempel stormagasiner, supermarkeder, »rack Jobbers« og andre detailhandelsforretninger). Selv de grossister, som sagsøger leverer til, kan ikke anses som eksportører til andre medlemsstater.

For sagsøgers tyske kunder har eksport ingen som helst økonomisk interesse, alene fordi de priser, som gælder for de tyske kunder, ligger ca. 20 % over eksportprisen franco den tyske grænse.

Eksportforbudet i eneforhandlingskontrakten med selskabet Sopholest har heller ingen indvirkning på markedsforholdene. Dette selskab har ikke vist nogen interesse i udførsel til andre lande. Selskabet har heller aldrig været hindret i sin forretningsvirksomhed af den omstridte klausul. Selskabet Sopholest har endog videresolgt artikler i Schweiz og i Østrig, uden at sagsøger har skredet ind herimod. Dette beviser allerede, at eksportforbudet ikke har nogen indvirkning på markedet.

Eksportforbudene har hverken til mål eller til følge at begrænse den fri konkurrence. Ifølge sagsøger fremgår det af sagens omstændigheder, at det reelt aldrig har forsøgt at begrænse den fri konkurrence, og navnlig har virksomheden ikke:

— indgået et generelt eksportforbud med sine udenlandske eneforhandlere.

Et sådant forbud har virksomheden alene indgået med selskabet Sopholest og kun efter dettes udtrykkelige anmodning. Sagsøger har ikke forfulgt noget eget selvstændigt mål. At sagsøger ikke har forsøgt at begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne fremgår allerede af, at sagsøger ikke har anfægtet de direkte leverancer til udlandet, for eksempel leverancerne fra Alsace-Lorraine til Schweiz eller Østrig.

For at vurdere »virkningerne« i den foreliggende sag må man se på de konkrete virkninger, som aftalen har kunnet have på markedet.

Med hensyn til de tyske kunder har sagsøger anført, at disse hverken er eller har været interesseret i udførsel.

Klausulen i de almindelige salgs- og leveringsbetingelser har altså ikke påvirket markedet. Heller ikke eksport-

forbudet for Alsace-Lorraine har af de ovenfor anførte årsager konkret begrænset den fri konkurrence.

Sagsøgte har anført, at virkningen af eksportforbudene må bedømmes på grundlag af sagsøgers konkurrencemæssige stilling og styrke på det geografiske marked, som disse forbud skal beskytte.

Selv om visse af sagsøgers kundegrupper på grund af deres forretningsformer er mindre egnede til at udøve eksportvirksomhed, er der stadig grossister (12), eksportører (6) og udenlandske kunder (30), som har mulighed for at eksportere. De eksportforbud, som virksomheden har indgået med disse kunder, har to formål. Dels beskytter de afsætningen fra de forhandlere, som har kontrakt med sagsøger, mod udbud fra andre forhandlere, som har kontrakt med sagsøger, mod udbud fra andre forhandlere under kontrakt, andre udenlandske importører, indenlandske eksportører og grossister. Dels beskytter disse forbud sagsøgers indenlandske marked mod direkte reeksport fra forhandlere under kontrakt, udenlandske importører og mod en direkte reeksport af artikler, som kunne afsættes via eksportører og grossister på visse udenlandske markeder.

Virkningen af beskyttelsen af det indenlandske marked må vurderes ud fra sagsøgers stilling på selve hjemmemarkedet, og ikke ud fra sagsøgers stilling på det samlede fællesskabsmarked eller på visse eksportmarkeder.

Ved bedømmelsen af virkningen af beskyttelsen af de forhandleres markeder, som er under kontrakt, må man også tage hensyn til sagsøgers konkurrencemæssige styrke på det indenlandske marked. Sagsøgers styrke fremgår af, at sagsøgers markedsandel er 20 % for lydbærere til børn og lydbære til lavpris, og dette giver sagsøger mulighed for at holde sine lavere eksportpriser ved støtte fra sit indenlandske salg.

I begge tilfælde er det geografisk relevante marked i Forbundsrepublikken Tyskland.

Prismæssigt har sagsøger diskrimineret den indenlanske engroshandel i forhold til de indenlandske eksportører, de udenlandske forhandlere under kontrakt og i forhold til importører. Sagsøgers eksportpriser ligger nemlig 10 til 32,50 % under sagsøgers salgspriser til grossister, for eksempel ligger de sidstnævnte på nuværende tidspunkt 48 % højere end de førstnævnte. Denne diskrimination har ikke medført, at sagsøgte har rettet nogen kartelretlig anklage mod sagsøger. Sagsøgte har dog rettet indvendinger mod, at sagsøger har påberåbt sig denne forskel til støtte for sit anbringende om, at grossisternes importforbud ikke har nogen virkning. De vanskeligheder, som grossisterne står overfor ved eksport, kan vel være reelle, men det er sagsøger selv, som er ansvarlig herfor, eftersom sagsøger ikke lader de lavere eksportpriser gælde for engroshandelen.

Hvis prisniveauet på det udenlandske marked er sådan, at engroshandelen ikke økonomisk er i stand til at eksportere, fører eksportforbudet og sagsøgers afslag på at lade eksportsalgsprisen gælde for grossisterne, økonomisk til samme resultat, nemlig til to adskilte salgskanaler. Den højere salgspris på det indenlandske marked og eksportforbudet er for sagsøger to sider af en og samme salgsstrategi; selv om der ikke kartelretligt kan rettes indvendinger mod prisdifferentieringen som sådan, er dette ikke længere tilfældet, når den er kombineret med eksportforbudet.

Med hensyn til de udenlandske køberes interesse i eksport har sagsøgte anført, at disse muligvis ikke har udvist nogen interesse i selv at eksportere til nærliggende markeder. Derimod er det klart, at de har al interesse i, at andre afholder sig fra at eksportere til deres eget marked. Selv om disse købere måske ikke havde en positiv interesse i

eksport, havde de i hvert fald en negativ, hvilket er forklaringen på deres ønske om at aftale eksportforbud.

Endelig har sagsøgte bestridt det anbringende, som sagsøger har støttet på det tysktalende produktionsprogram. Eksporten til medlemsstaterne Danmark, Frankrig, Belgien og Luxembourg er for eksempel ikke ubetydelig. Denne eksport består ikke alene i indspilninger af klassisk musik eller let engelsk underholdningsmusik, og den store andel, som tyske titler udgør af denne eksport, kan ikke alene forklares med, at dette sprog forstås bedre i grænseområderne. For underholdningsmusikken og navnlig indspilningerne af slagere og folkloremusik er denne forståelse af sekundær betydning.

Desuden kommer udenlandske købere i betragtning som mulige udbydere af sagsøgers artikler på dennes indenlandske marked. Under hensyn til den af sagsøger praktiserede prisdifferentiering er denne mulighed af afgørende betydning for sagsøger.

Sagsøgte har anført, at sagsøger forveksler viljen til at begrænse den fri konkurrence med de interesser, som en (frivillig) konkurrencebegrænsning skal tjene. Selv om man går ud fra, at sagsøger har indført eksportforbudene for at imødekomme købernes ønsker, er det alligevel en kendsgerning, at disse klausuler objektivt set skulle beskytte visse markeder, og at sagsøger indgik disse forbud af hensyn til de købere, som kontraktligt var bundet til sagsøger. Det fremgår endvidere af omstændighederne som helhed, at disse eksportforbud var i sagsøgers interesse. Sagsøger har forfulgt et dobbelt mål:

Sagsøger har ønsket at beskytte sine kontraktforhandleres marked, for at tilskynde dem til at foretage nødvendige investeringer. På grund af sagsøgers relativt svage stilling på de udenlandske markeder og sagsøgers vanskeligheder ved at finde mellemhandlere, er sagsøger i et vist omfang afhængig af disse forhandlere. Dette er årsagen til, at sagsøger deler sine købers interesse i en områdemæssig beskyttelse og indvilger i eksportforbudene. Desuden skal de eksportforbud, som pålægges grossisterne, også beskytte de udenlandske kontraktforhandleres marked.

Sagsøger er dernæst på grund af differentieringen af salgspriserne, alt efter om det er indenlandske eller udenlandske markeder, nødvendigvis interesseret i at hindre, at dets artikler strømmer tilbage til sagsøgers hjemmemarked.

Endelig er der ingen som helst tvivl om, at eksportforbudene har medført en begrænsning af den fri konkurrence: dette fremgår klart af, at sagsøger i årevis har kunnet opretholde sit system med prisdifferentiering efter markederne.

Sagsøger har i sin replik bestridt, at det praktiserer et prisdifferentieringssystem og subventionerer priserne.

Sagsøger har anført, at det er korrekt, at dets indenlandske priser er højere end dets udenlandske salgspriser. Således er den indenlandske salgspris til engroshandelen for lydbærere af mærket Europa (som alene udgør 94 % af det samlede salg) 3 DM, medens salgsprisen til den udenlandske importør kun er på 2,70 DM. Men denne prisforskel skyldes alene, at kalkulationen af udenlandske salgspriser er belastet med mindre omkostninger af følgende grunde:

— den udenlandske køber har ikke — modsat den indenlandske — ombytningsret;

— sagsøger anvender ikke reklame eller salgsfremstød i udlandet, disse udgifter belaster kun den indenlandske salgspris;

— omkostningerne i forbindelse med den udenlandske afdeling er også faldet væk i forretningerne i udlandet, hvis man ser bort fra de sporadiske besøg hos udenlandske købere.

Ifølge en oversigt i duplikkens bilag 13 er salgsomkostningerne på det indenlandske marked 0,4302 DM pr. stk. imod 0,0943 DM pr. stk. for udlandet. Salgsprisen på det indenlandske marked er altså gennemsnitligt belastet med salgsomkostninger på ca. 33 pfennig, hvilket omtrent udgør det beløb, hvormed grammofonpladen Europa's salgspris i udlandet er lavere end den gældende pris på det indenlandske marked (0,30 DM). Der kan altså ikke være tale om en »støtte«, som sagsøgte har påstået. Sagsøger forsøger ikke længere ved den anfægtede klausul at beskytte markeder, hvis prisniveau er anderledes. Sagsøger har aldrig i de foregående år været interesseret i at hindre reeksporter, respektivt reimporter til Forbundsrepublikken. Sagsøger har nemlig aldrig benyttet sig af det middel, som består i en forpligtelse til at overholde vertikalt pålagte priser (vertikale Preisbindung), som en sådan interesse havde kunnet begrunde. Priserne har altid kun været vejledende, og dette indebærer, at der aldrig på det tyske marked har eksisteret ensartede priser på forbrugerstadiet.

Sammenfattende har sagsøger anført, at klausulerne om eksportforbud i de almindelige trykte salgs- og leveringsbetingelser ikke var udtryk for et salgssystem, som hvilede på eksportforbud, men var en reelt ubetydelig formalitet. Klausulen i sagsøgers kontrakt med selskabet Sopholest har eller ikke efter parternes ønsker haft nogen praktisk betydning.

Sagsøger har fastholdt sin opfattelse, hvorefter samtlige dets klienter af forskellige årsager ikke er interesserede i eksportvirksomhed. Sagsøger har navnlig med hensyn til grossisterne anført, at deres manglende interesse i eksport først må søges i tekniske gennemførelses-, organisatoriske, sprog- og personaleproblemer, som engroshandelen, der ikke specielt er indrettet på eksport, også står overfor.

Desuden er eksport på grund af den ringe fortjeneste uden interesse for grossisterne. (Se ovenfor).

Eksportører i Forbundsrepublikken er heller ikke berørt af den anfægtede klausul, idet disse netop modtager sagsøgers varer med henblik på eksport til udlandet.

Hvis udenlandske købere (i alt 30 importører) under visse omstændigheder har en »negativ interesse« i et eksportforbud, er der tale om et absolut passivt ønske, som ikke har karakter af en konkurrencebegrænsning.

De udenlandske importører har heller ike udvist nogen fundamental interesse i en aktiv eksport til andre lande, de er i første række interesseret i leverancer til deres eget nationale marked. Dette har ikke hindret dem i at gennemføre sporadiske udførsler i isolerede tilfælde, hvilket allerede beviser, at det stod dem frit for at eksportere.

De udenlandske købere har heller ikke udvist nogen interesse i reeksport. Sagsøger har i denne forbindelse understreget, at det aldrig har haft nogen særlig interesse i at forhindre en sådan reimport, respektivt reeksport. (Se ovenfor).

Endelig er heller ikke den tyske køber interesseret i reimport, idet der er adskillige ulemper forbundet med reimport, nemlig:

— den udenlandske kunde køber ikke det fuldstændige artikelsortiment;

— i forretninger med udlandet har køberen ikke ombytningsret;

— den indenlandske køber modtager i så fald intet reklamemateriale;

— fortjenstmargenen efter reimport er uinteressant, eftersom den udenlandske leverandør lægger sine egne omkostninger og fortjeneste til sin indkøbspris.

Sagsøgte har i sin duplik anført, at det af sagsøgers forklaringer under den administrative procedure klart fremgår, at

sagsøger åbenlyst var af den opfattelse, at alene rene eksportforbud, som gælder uden undtagelse, var konkurrencebegrænsninger efter EØF-traktatens artikel 85. Men ifølge sagsøgte må enhver kontraktmæssig indvirkning på en virksomheds handle- og beslutningsfrihed anses som en konkurrencebegrænsning, og der findes en række af sådanne virkninger, som kan spænde lige fra det absolutte forbud til en simpel meddelelsespligt. Ifølge sagsøgers udtrykkelige forklaringer ønskede de pågældende i den foreliggende sag så vidt muligt at undgå en unkontrolleret stigning i eksporten. Det er vel muligt, at eneforhandlerne frit skulle kunne eksportere, men under den forudsætning, at de underlagde sig en kontrolinstans, som i givet fald havde kunnet skride ind for at bremse en »for stærk stigning i eksporten«.

Sagsøgte har med hensyn til prisdifferentieringen efter markederne først anført, at anbringendet vedrørende ombytningsretten er i strid med salgs-, leverings- og betalingsbetingelsernes punkt VII (reklamationer, ombytning og godtgørelse), som ikke foreskriver nogen forskel mellem indenlandske købere og udenlandske købere.

Sagsøgers henvisning til forskellene i salgsomkostningerne er i øvrigt ikke relevant. Markedet er nemlig ganske uinteresseret i, hvad der er årsag til de områdemæssige prisdifferentieringer, som praktiseres af en sælger. Når disse forskelle eksisterer, rettes efterspørgselen mod det gunstigste tilbud. Denne tendens til at udnytte prisforskelle fører i sidste instans til en prisudligning. På grund af de frie markedskræfter kan en mærkbar prisforskel kun opretholdes, hvis sælgeren beholder kontrollen med salgsnettet og således kan adskille områderne med forskellige priser. En prisforskel på 10 % er tilstrækkelig til at sætte disse kræfter i bevægelse.

Endelig har sagsøgte bestridt det af sagsøger anførte om, at den omstændighed, at der ikke eksisterer en vertikal prisfastsættelse, er et bevis på, at sagsøger ikke er interesseret i at beskytte sit indenlandske marked. Det, der er tale om her, er ikke beskyttelsen af sagsøgers kunder, men ene og alene dennes interesse i at opretholde sine salgspriser på det tyske marked. En nedsættelse af prisen til den endelige forbruger ville ikke skade sagsøger, så længe sagsøger selv kan sælge til 3 DM. Men hvis udenlandske købere reeksporterer til det indenlandske marked og tilbyder priser, som ligger under den tyske engroshandels priser, virker dette tilbage på sagsøgers salgspris til grossisterne. Engroshandelen vil naturligvis insistere på at opnå de samme prisfordele som dens udenlandske konkurrenter.

Spørgsmålet om visse købegruppers interesse i eksport er i grunden irrelevant. Hvis man fulgte sagsøgers opfattelse herom, ville anvendelsen af kartelforbud afhænge af de pågældende parters motivation. En aftalepartners begrænsede interesse i at handle og den blotte eksistens af en forpligtelse til at afholde sig herfra ville være et bevis på denne interesse. I øvrigt har sagsøgte bestridt, at engroshandelen ved eksport skulle stå over for uovervindelige vanskeligheder.

Sagsøgte har med hensyn til det handicap, som den højere indenlandske pris udgør, understreget, at det er sagsøger selv, som er ansvarlig herfor. Engroshandelen modtager ingen eksportrabat for de partier, som den eventuelt eksporterer. Det er nemlig klart, at sagsøger ikke på den ene side kan pålægge eksportforbud og på den anden side tilbyde eksportrabatter.

Vedrørende de udenlandske køberes interesse i eksport har sagsøgte henholdt sig til sine tidligere bemærkninger. Vedrørende de påståede ulemper ved reeksport har sagsøgte anført følgende:

— de udenlandske købere er ikke på nogen måde forhindret i at købe hele

sortimentet for at kunne tilbyde eller levere dette til tyske købere;

— forretningsbetingelserne indeholder ingen sondring mellem tyske og udenlandske købere, begge grupper har altså samme rettigheder;

— den tyske køber har i de fleste tilfælde ikke brug for salgshjælp, for den pågældende disponerer allerede over denne, men den udenlandske køber kan i øvrigt forlange, at leverancen ledsages af reklamemateriale med henblik på salget;

— fortjenstmargenen på 10 % er særdeles interessant, så meget mere som den tyske engroshandel ligesom den udenlandske leverandør må indregne sine omkostninger og fortjeneste i sine kalkulationer.

C — Artikel 15, stk. 2, litra a) i forordning nr. 17

Subsidiært har sagsøger gjort gældende, at den anfægtede beslutnings artikel 2 må annulleres, idet sagsøger ikke har handlet culpøst, heller ikke selv om EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 skulle være overtrådt. Navnlig har sagsøger ikke handlet forsætligt. Eksportforbudet i de almindelige salgs- og leveringsbetingelser var alene en formalitet og forbudet i »Alsace-Lorraine«-aftalen var kun en formel indrømmelse for at imødekomme selskabet Sopholest's anmodning. Det anfægtede forbud har ikke haft nogen praktisk virkning, hvilket sagsøger ville have været vidende om.

Hvis Domstolen skulle finde, at sagsøger har handlet uagtsomt, må bøden nedsættes betydeligt, allerede på grund af det mildere ansvarsgrundlag.

Imidlertid er der ikke engang, ifølge sagsøger, i den foreliggende sag handlet uagtsomt. I 1971 havde sagsøger — som da var en ganske lille virksomhed — intet kendskab til fællesskabsretten. Da sagsøger ændrede sine almindelige betingelser (1974), kunne sagsøger eventuelt have fået et vist kendskab til eksportforbud, hvis sagsøger havde været medlem af fagorganisationer, hvis sagsøger havde haft en juridisk afdeling eller måske endog en handelspolitisk afdeling. Sagsøger har imidlertid aldrig haft sådanne afdelinger.

I den foreliggende sag er der ikke sket en grov overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, hvilket bevises af

— sagsøgers manglende forsæt,

— den manglende markedsvirkning eller i hvert fald ganske lille markedsvirkning,

— sagsøgers afkald på sanktioner,

— det minimale antal eksportforbud.

Hvis der endelig i den foreliggende sag kan være tale om en uagtsom overtrædelse, kan denne overtrædelse tidligst være begået efter nytrykket af de almindelige salgs- og leveringsbetingelser i 1974. Som følge heraf må bødens udmålingsgrundlag nedsættes med mindst 3/5.

Da sagsøger på grund af sin lavprispolitik opererer med en lille fortjenstmargen, er en bøde på ca. 0,73 % af virksomhedens omsætning særdeles byrdefuld. Sagsøger har derfor anmodet Domstolen om at nedsætte bøden betydeligt eller endog ophæve den.

Sagsøgte mener, at det af de samlede omstændigheder i den foreliggende sag fremgår, at sagsøger ønskede dette eksportforbud, og at det havde betydning for sagsøgers salgspolitik, endog allerede da eksportforbudet i salgs- og leveringsbetingelserne anvendtes for første gang.

Sagsøgte har anført, at den kan undlade at gendrive de af sagsøgers anbringender, som vedrører overtrædelsens grovhed. Dog må det, for så vidt angår antallet af eksportforbud, understreges, at salgs-, leverings- og betalingsbetingelserne trådte i kraft den 1. august 1974, og at følgelig punkt IX i de følgende betingelser anvendtes uden forskel på

alle indenlandske og udenlandske købere. Med hensyn til de manglende sanktioner har sagsøgte henvist til den anfægtede beslutnings artikel 22, som tager hensyn til dette moment.

Sagsøgte har med hensyn til bødens størrelse anført, at en bøde på 0,73 % af sagsøgers omsætning befinder sig i den nederste del af det skøn, som sagsøgte råder over, og at sagsøgte ikke kan beskyldes for at have misbrugt sin skønsbeføjelse.

Sagsøger har i sin replik fremført følgende nye forhold for herved at bevise, at virksomheden ikke var ansvarlig: af undersøgelser af allerede henlagte forretningsforhold fremgår, at sagsøger ved skrivelse af 25. september 1973 havde pålagt en advokat at foretage en juridisk undersøgelse af de salgs-, leverings- og betalingsbetingelser, som sagsøger havde anvendt indtil da. Sagsøgers advokat havde den 14. november 1973 fremsendt de almindelige betingelser, som indeholdt den omstridte klausul om eksportforbud. Advokaten havde ikke her gjort opmærksom på, at denne klausul kunne være ulovlig, og at det i givet fald ville være nødvendigt at opnå en negativattest hos Kommissionen. Under disse omstændigheder kan sagsøger ikke påstås at have handlet uagtsomt, for sagsøger har stolet på sin advokat. Der er her tale om en undskyldelig uvidenhed.

For så vidt som Domstolen ikke allerede annullerer Kommissionens beslutning på grund af manglende beviser for en konkurrencebegrænsning eller manglende ansvarsgrundlag, må Domstolen imidlertid afgøre spørgsmålet om bødens størrelse til fordel for sagsøger og nedsætte den betydeligt. Domstolen må her tage hensyn til de nye forhold, som er fremkommet under skriftvekslingen.

Sagsøgte har rettet såvel saglige som processuelle indvendinger mod dette nye anbringende.

Processuelt er der her tale om en ny søgsmålsgrund og en ny indsigelse efter artikel 42, stk. 2 i procesreglementet for Domstolen. Hvis sagsøger havde fremført disse forhold under retsmødet, ville sagsøgte detaljeret have behandlet dette anbringende. I sandhedens interesse ville sagsøgte principielt heller ikke ved et for sent fremført anbringende rette indvendinger mod en yderligere klarlægning under sagsgangen. Sagsøgte mener dog, at sagsøgers nye anbringende ikke er holdbart.

Det fremgår af hændelsesforløbet, at sagsøgers forbud ikke kan være en fejltagelse. Efter sagsøgers egne udtalelser har virksomheden haft et almindeligt, om ikke præcist kendskab til forbudet siden november 1973. Virksomhedens permanente konsultationer med dens advokat i samme tidsrum har givet den mulighed for at uddybe dette kendskab. Den omstændighed, at advokaten ikke gjorde opmærksom på, at eksportforbudet var i strid med gældende ret, er ikke tilstrækkelig til, at et almindeligt erkendt kendskab til forbudet kan ændres til en ikke ansvarspådragende fejltagelse på forbudsområdet. For at dette kunne være tilfældet, måtte sagsøger udtrykkeligt have anmodet sin advokat om at undersøge eksportforbudet.

Sagsøger burde efter modtagelsen af advokatens svar have undret sig over, at denne intet anførte om dette punkt. Den, som under sådanne omstændigheder støtter sig på tavshed, handler ikke alene groft uagtsomt men også i hvert fald delvis forsætligt.

V — Mundtlige forhandlinger

Parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 27. oktober 1977.

Generaladvokaten har fremsat sit forslag til afgørelse i retsmødet den 10. januar 1970.

Præmisser

1 Ved stævning indgået til Domstolen den 4. februar 1977 har virksomheden Miller International Schallplatten GmbH, Quickborn ved Hamburg (herefter benævnt: Miller), anlagt sag mod Kommissionen, fordi denne ved beslutning af 1. december 1976 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (EFT L 357/40) har fundet, at de forbud mod eksport af grammofonplader, lydbånd og kassetter, som Miller havde indført i en forhandleraftale samt i sine salgsbetingelser, var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, og desuden har pålagt virksomheden en bøde på 70 000 RE, eller 256 200 DM;

sagsøger har nedlagt påstand om annullation af beslutningen, subsidiært ophævelse eller nedsættelse af den pålagte bøde.

2 Det fremgår af sagsakterne, at det sagsøgende selskab producerer lydbærere (grammofonplader, kassetter, lydbånd), som det hovedsageligt sælger på det tyske marked, og at det kun eksporterer en begrænset del af sin produktion, dels til Fællesskabet, dels til tredjelande;

sagsøgers produktion består hovedsageligt af lavpris-lydbærere, hvoraf en betydelig del, over 40 %, er grammofonplader for børn og unge;

sagsøger sælger sin produktion til grossister, kiosker og »rack jobbers«, stormagasiner, detailhandlere og supermarkeder samt med henblik på eksport til eneimportører i udlandet eller til tyske eksportører.

3 De forhold fra sagsøgers side, som har givet anledning til den anfægtede beslutning, er ikke omtvistet med hensyn til de faktiske omstændigheder, men parterne er uenige om bedømmelsen af virkningerne og følgelig om grovheden af disse forhold;

4 det står fast, at sagsøger den 11. juni 1971 med henblik på salg i Alsace-Lorraine af samtlige sine artikler af mærkerne »Europa« og »Somerset« indgik en eneforhandlingsaftale med virksomheden Sopholest i Strasbourg, som indeholdt den klausul (punkt 5), at »for alle Miller-artikler er der principielt forbud mod udførsel fra Alsace-Lorraine til andre lande«;

det står også fast, at sagsøger i sine forretningsforbindelser med aftagere i Forbundsrepublikken Tyskland indtil den 31. juli 1974 anvendte salgs- og leveringsbetingelser, som under punkt 9 (salg til udlandet) indeholdt den

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

sagsøger anvendte fra den 1. august 1974 over for sine tyske og udenlandske kunder ny salgs-, leverings- og betalingsbetingelser, hvori punkt IX (salg til udlandet) var affattet således: »Det er principielt forbudt køberen at videresælge de artikler til udlandet, som vi har leveret. I tilfælde af overtrædelse forbeholder vi os udtrykkelig ret til at indstille leverancerne til den pågældende køber, samt at gøre erstatningskrav, som fremsættes over for os af udenlandske rettighedshavere, gældende mod denne«.

5 Det er endvidere godtgjort, at der består en klar forskel mellem de priser, som Miller beregner sig over for sine tyske aftagere, og Millers eksportpriser, idet eksportpriserne er lavere end de priser, som engroshandelen skal betale, og langt lavere end priserne for de varer, som leveres til stormagasiner, detailhandlersammenslutninger, detailhandlere og endelige forbrugere.

6 Sagsøger bestrider i det væsentlige ikke disse forhold, men påstår dog, at de ikke har haft nogen mærbar virkning på samhandelen mellem medlemsstater på grund af sagsøgers ringe betydning på markedet for lydbærere, på grund af virksomhedens særlige produktion, som overvejende er bestemt for et tysktalende publikum og på grund af sammensætningen af virksomhedens kundekreds;

sagsøger udleder heraf, at selv om eksportforbudene ikke skule være forenelige med et fælles marked, kan virksomheden ikke antages at have overtrådt traktatens artikel 85, stk. 1;

sagsøger anfører desuden, at disse eksportforbud ikke i sagsøgers tilfælde forfulgte et ulovligt mål, men alene var blevet optaget efter ønske af virksomhedens kontrahenter og kun har haft en »rent optisk og psykologisk betydning«.

7 I så henseende må det bemærkes, at en klausul om eksportforbud i sig selv er en konkurrencebegrænsning, uanset om den er optaget på leverandørens eller kundens initiativ, idet det mål, som kontrahenterne er blevet enige om, er et forsøg på at isolere en del af markedet;

den omstændighed, at leverandøren ikke strengt håndhæver sådanne forbud, er således ikke et bevis på, at de ikke har fået virkning, idet de i sig selv kan.

skabe et »optisk og psykologisk« klima, som tilfredsstiller kundekredsen og bidrager til en mere eller mindre effektiv opdeling af markederne;

en producents markedsstrategi vil ofte rette sig efter kundekredsens ønsker af mere eller mindre generel art;

selv om det derfor måtte antages, at det som af Miller anført er korrekt, at optagelsen af de anfægtede forbud snarere var en følge af medkontrahenternes ønsker end af en ensidig og planlagt strategi fra Miller, medfører dette ikke, at Millers adfærd falder uden for forbudene i traktatens artikel 85, stk. 1;

det er under denne synsvinkel, at Millers optagelse af et eksportforbud såvel i kontrakten med selskabet Sopholest som i virksomhedens almindelige salgsbetingelser, skal bedømmes.

Vedrørende eksportforbudets virkning på den interne fællesskabshandel

8 Til støtte for sit anbringende om, at firmaets adfærd ikke kan have påvirket den interne fællesskabshandel, henviser Miller i første række til sin svage stilling på det pågældende marked og den »ubetydelige« andel af det totale marked, som firmaets produktion udgør.

9 Imidlertid fremgår det af de af Miller under den administrative procedure fremlagte tal, at dennes kvantitative andel af det samlede marked for lydbærere i Forbundsrepublikken Tyskland androg 5,19 % i året 1970, 5,05 % i 1971, 4,91 % i 1972, 5,87 % i 1973, 5,05 % i 1974 og 6,07 % i 1975;

det står fast, at firmaet har specialiseret sig i fremstilling af longplaying grammofonplader og musikkassetter i lavprisgruppen og inden for denne gruppe navnlig i fremstilling af lydbærere for børn og unge, således at sagsøgers andel af markedet for lavpris-lydbærere og lydbærere for børn er betydeligt større;

endelig står det fast, at Millers salg på det indenlandske og udenlandske marked i 1975 samlet androg 34 376 167 DM;

under sagen har procentsatserne været indgående drøftet, og sagsøgeren har hævdet, at det er umuligt at fremskaffe nøjagtige statistiske oplysninger om det pågældende marked, at tallene derfor må tages med et vist forbehold, og at de giver et alt for gunstigt indtryk af sagsøgers stilling på dette marked, men denne diskussion har intet frembragt, som kan ændre de anførte oplysninger væsentligt.

10 Ved bedømmelsen af Millers markedsstilling er det navnlig markedet i Forbundsrepublikken Tyskland, der må tages i betragtning, om ikke andet så fordi Millers produktionsprogram ifølge Millers egne oplysninger for en stor dels vedkommende er beregnet på et tysktalende publikum;

parterne er uenige om, hvorvidt afgrænsningen af det pågældende marked skal ske ud fra hele markedet for lydbærere, som sagsøger påstår, eller om der som af Kommissionen foreslået først må sondres mellem et marked for dyre lydbærere og et andet marked for lavpris-lydbærere og dernæst udskilles et separat marked for børn og unge;

det er ikke inden for rammerne af den foreliggende sag nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, eftersom det er klart, at Millers salg udgør en ikke uvæsentlig del af markedet, og at Miller har specialiseret sig i fremstilling af visse særlige varegrupper, således at Miller indtager en, om ikke stærk, så dog betydelig stiling på markedet;

i denne henseende må det følgelig konkluderes, at selv om Miller overhovedet ikke kan sammenlignes med de virksomheder, som var omhandlet i dommene af 30. juni 1966 (Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm; 56/65, Sml. 1965-68, s. 211), af 9. juli 1969 (Völk mod Vervaecke 5/69, Sml. 1969, s. 69) og af 6. maj 1971 (Cadillon mod Höss; 1/71, Recueil 1971, s. 351), er sagsøger dog en virksomhed, der er tilstrækkelig betydelig til, at dens adfærd principielt kan påvirke handelen.

11 Miller anfører dog hertil, at dets adfærd ikke kan påvirke den interne fællesskabshandel, fordi dets program for hovedpartens vedkommende er beregnet på et tysktalende publikum og kun har ringe interesse for de øvrige medlemsstaters publikum.

12 Det er ikke nødvendigt at gå nærmere ind på spørgsmålet om rigtigheden af dette anbringende, idet det er tilstrækkeligt at fastslå, at Miller indgik kontrakter med henblik på eksport til andre medlemsstater og faktisk har udført en, omend relativt lille, del af sin produktion til disse stater;

disse udførsler har imidlertid efter Millers og visse af kundernes opfattelse været vigtige nok til at begrunde optagelse af de anfægtede klausuler;

i øvrigt kunne det for sagsøger vigtige tyske marked foranledige sagsøger til at beskytte dette marked mod reimport af artikler, som var udført til nedsat pris.

13 Endelig gør Miller også gældende, at hverken firmaets tyske kunder, dets eksporterende kunder eller dets udenlandske kunder var interesseret i at drive intern fællesskabshandel, hvorfor eksportforbudene ikke begrænsede deres konkurrencefrihed;

endvidere skulle allerede de højere priser, som blev anvendt over for videreforhandlere bosiddende i Forbundsrepublikken Tyskland, medføre, at der ikke var megen fortjeneste ved udførsler til de andre medlemsstater.

14 De anbringender, som udledes af den nuværende situation, er ikke tilstrækkelige til at bevise, at klausuler om eksportforbud ikke er egnede til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater, end ikke hvis rigtigheden af sådanne almindelige anførsler blev fornødent godtgjort, idet forholdene kan variere fra år til år på grund af ændringer i markedsvilkårene eller markedsstrukturen såvel på fællesmarkedet som helhed som på de forskellige nationale markeder;

som det desuden allerede er anført ovenfor, kan den omstændighed, at videreforhandlere, som er kunder hos sagsøger, foretrækker at begrænse deres forretningsvirksomhed til snævrere regionale eller nationale markeder, ikke begrunde en formelig optagelse af klausuler om eksportforbud i individuelle kontrakter eller i salgsbetingelser, lige så lidt producentens ønske om en opdeling af det fælles marked;

endelig har de anfægtede klausuler i hvert fald gjort det lettere for Miller at opretholde sin politik med lavere eksportpriser.

15 Det fremgår af det anførte, at de omtvistede klausuler var egnede til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater;

ganske vist hævder Miller, at Kommissionen burde have bevist, at disse klausuler har haft en mærkbar virkning på den interne fællesskabshandel, men der kan ikke gives sagsøger medhold i dette anbringende;

traktatens artikel 85, stk. 1 forbyder aftaler, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og som kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne, og kræver således ikke bevis for, at sådanne aftaler faktisk har påvirket denne handel mærkbart, hvilket i øvrigt i de fleste tilfælde vil være vanskeligt at godtgøre i fornødent omfang, hvorimod artiklen kræver bevis for, at disse aftaler kan have en sådan virkning;

Kommissionen er gået ud fra Millers markedsstilling, Millers betydelige produktion, de konstaterede udførsler og den af Miller praktiserede prispo-

litik og har herved ført tilstrækkeligt bevis for, at der faktisk var risiko for en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater;

16 Kommissionen var derfor berettiget til i beslutningen at fastslå, at Miller på grund af de anfægtede klausuler om eksportforbud havde overtrådt den nævnte artikels bestemmelser;

sagsøgte må herefter frifindes, for så vidt angår den del af påstanden, som er rettet mod beslutningens første artikel.

Vedrørende bøden

17 Sagsøgte har subsidiært nedlagt påstand om, at bøden på 70 000 RE ophæves eller nedsættes;

sagsøger gør gældende, at overtrædelserne ikke er begået forsætligt, og at disse overtrædelser i øvrigt ikke var grove;

det anføres videre, at sagsøger ved affattelsen af klausulerne om eksportforbudet ikke havde kendskab til, at de stred mod traktatens artikel 85, stk. 1;

ifølge sagsøger bevises dette ukendskab af en udtalelse fra en advokat, som sagsøger havde konsulteret med henblik på udformningen af sagsøgers salgsbetingelser, en udtalelse, der er fremlagt som bilag til sagsøgers replik, og som ikke omtaler, at klausulen om eksportforbud skulle være uforenelig med fællesskabsretten.

18 De pågældende klausuler er, således som det fremgår af det ovenfor anførte, udformet eller accepteret af sagsøger, som herved ikke kunne være uvidende om, at de havde til formål at begrænse konkurrencen mellem sagsøgers kunder;

herefter er det uden betydning, om sagsøger havde kendskab til, at der forelå en overtrædelse af forbudet i artikel 85;

den udtalelse fra en advokat, som sagsøger påberåber sig, kan ikke undskylde denne;

det må således antages, at de i traktaten forbudte handlinger er begået forsætligt og i strid med traktatens bestemmelser.

19 Med hensyn til overtrædelsens grovhed er eksportforbudsklausulerne en form for konkurrencebegrænsning, som i kraft af deres beskaffenhed i sig selv bringer samhandelen mellem medlemsstater i fare;

Kommissionen har derfor kunnet tillægge de konstaterede overtrædelser en vis grov karakter og har inden for rammerne af artikel 15 i forordning nr. 17 kunnet tage hensyn hertil.

20 Sagsøger har endvidere hævdet, at bødens størrelse for en virksomhed som sagsøgers er en yderst hård sanktion.

21 Imidlertid har sagsøger undladt at føre bevis for dette anbringende, idet virksomheden har nægtet at fremlægge sit regnskab, som Domstolen havde anmodet om.

22 Heraf følger, at Kommissionen ligeledes vil være at frifinde for den del af påstanden, som er rettet mod den anfægtede beslutnings artikel 2.

Vedrørende sagsomkostningerne

23 I henhold til artikel 69, stk. 2 i procesreglementet bliver den part, der taber sagen, dømt til at afholde sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom;

sagsøger har ikke fået medhold i sine påstande;

sagsøger tilpligtes derfor at bære omkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. Sagsøgte frifindes.

2. Sagsøger idømmes sagsomkostningerne.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 1. februar 1978

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

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

Høje Ret.

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

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

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

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

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

1 — Oversat fra engelsk.