ridisch adviseur die betrokkene heeft geraadpleegd, hem niet te verschonen.

4. Exportverbodsclausules vormen een concurrentiebeperking die reeds naar haar aard het handelsverkeer tussen de Lid-Staten in gevaar brengt. De Commissie kan derhalve aan de vastgestelde inbreuken een zekere ernst toekennen en mag hiermee in het kader van artikel 15 en verordening nr. 17 rekening houden.

In de zaak 19/77,

MILLER INTERNATIONAL SCHALLPLATTEN GmbH, te Quickborn, ten deze vertegenwoordigd door W. Schlutius, G. Espey, H. U. Wilhelmi, U. Fichterl, C. D. Brose, H. Baumeister, advocaten te Hamburg, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van R. Elter, notaris aldaar, Boulevard Royal 11,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur N. Koch, als gemachtigde, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij haar juridisch adviseur, M. Cervino, gebouw Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

betreffende verzoek tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie van 1 december 1976 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, M. Sørensen en G. Bosco, kamerpresidenten, A. M. Donner, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart en A. O'Keeffe, rechters

advocaat-generaal: J.-P. Warner
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

# ARREST

## Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de feiten, het procesverloop, de conclusies en de middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

### I — De feiten en het procesverloop

Miller International Schallplatten GmbH, te Quickborn, hierna te noemen „Miller", vervaardigt grammofoonplaten, geluidsbanden en muziekcassettes, welke zij in de handel brengt onder de merken „Europa" en „Sonic". Een derde merk „Somerset" is uit de markt genomen. Miller vervaardigt hoofdzakelijk laaggeprijsde langspeelplaten. Voor de distributie van haar produkten in Elzas-Lotharingen, sloot zij een alleenverkoopovereenkomst met de firma Sopholest te Straatsburg. Deze overeenkomst van 11 juni 1971 bevat onder nr. 5 de volgende bepaling:

„Voor alle Miller-produkten bestaat een principieel exportverbod uit Elzas-Lotharingen naar andere landen."

In haar handelsbetrekkingen met binnenlandse afnemers paste Miller tot 31 juli 1974 verkoop- en leveringsvoorwaarden toe, waarvan punt 9 (verkoop naar het buitenland) als volgt luidde:

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

Deze bepaling kreeg in de sinds 1 augustus 1974 voor alle binnenlandse en buitenlandse afnemers geldende verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden onder nr. IX (verkoop naar het buitenland) de volgende redactie:

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

Na stappen van de Commissie van de Europese Gemeenschappen op grond van een klacht tegen het exportverbod heeft Miller bij brief van 7 mei 1975 medegedeeld, dat zij in de toekomst dergelijke exportverboden niet meer zou opleggen en haar klanten, voor zover in oude contracten nog exportverboden zouden voorkomen, hieraan niet meer zou binden. Bij brief van 3 november 1975 heeft de onderneming de Commissie een nieuwe versie van haar verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden voorgelegd waarin deze verboden niet meer voorkwamen.

Bij beschikking van 23 februari 1976 heeft de Commissie de procedure ingeleid bedoeld in verordening nr. 17/62 van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

Na Miller te hebben gehoord overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en verordening nr. 99/63/EEG van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2,

van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268), gaf de Commissie op 1 december 1976 een beschikking, inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag.

In artikel 1 dezer beschikking stelt zij dat

„de exportverboden voor geluidsdragers van de onderneming Miller International Schallplatten GmbH die in de alleenverkoopovereenkomst van deze onderneming van 11 juni 1971, alsmede in haar tot 31 juli 1974 geldende verkoops- en leveringsvoorwaarden (binnenland) en in haar sinds 1 augustus 1974 geldende verkoops-, leverings- en betalingsvoorwaarden die tot 7 mei 1975 werden toegepast, inbreuken vormden op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap."

In artikel 2 van de beschikking wordt Miller wegens de in artikel 1 vastgestelde inbreuken een geldboete opgelegd ten bedrage van 70 000 rekeneenheden, ofwel DM 256 200. De geldboete dient binnen drie maanden na de ontvangst van deze beschikking te worden betaald.

De beschikking van de Commissie (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH) is op 6 december 1976 aan Miller ter kennis gebracht; zij werd bekend gemaakt in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 29 december 1976 (PB nr. L 357, blz. 40).

## II — Schriftelijke procedure

Miller heeft op 4 februari 1977 beroep ingesteld tegen de beschikking van de Commissie.

De schriftelijke procedure heeft een normaal verloop gehad.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het Hof heeft verzoekster echter gevraagd haar balansen over de jaren 1974-1976 over te leggen. Verzoekster heeft hierop geantwoord dat zij aan dit verzoek geen gevolg kon geven.

## III — Conclusies van partijen

Verzoekster concludeert dat het den Hove behage:

1. De beschikking van de Commissie der Europese Gemeenschappen van 1 december 1976, ter kennis gebracht op 6 december 1976, inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag, nietig te verklaren;
2. de Commissie van de Europese Gemeenschappen te verwijzen in de kosten van het geding;

subsidiair,

1. de door de Commissie opgelegde geldboete ad 70 000 r.e. (DM 256 200) naar billijkheid te verlagen, alsmede
2. verzoekster te vergunnen de boete in redelijke termijnen te voldoen, daar zij zich wegens investeringen en investeringsprojecten in een moeilijke liquiditeitspositie bevindt;
3. de Commissie naar evenredigheid te verwijzen in de kosten van het geding.

De *Commissie* concludeert dat het den Hove behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding.

## IV — Middelen en argumenten van partijen

*Verzoekster* zet uiteen dat zij haar produkten hoofdzakelijk op de Duitse markt verkoopt. Aangezien zij een specifiek Duits repertoire heeft, blijven de afzetmogelijkheden voor haar geluidsdragers — afgezien van enkele onbelang

rijke uitzonderingen — beperkt tot het Duitse taalgebied.

Haar exporten lopen gewoonlijk over exclusieve importeurs, zonder formele contractuele basis, maar in het kader van vaste handelsbetrekkingen (zo bij voorbeeld met België, Denemarken en Luxemburg). Er bestaan geen handelsbetrekkingen met Engeland en Ierland.

Binnen de Gemeenschap heeft zij alleen met Frankrijk en Nederland schriftelijke alleenverkoopovereenkomsten.

Verzoekster legt een tabel over van 29 december 1976 (bijlage 4 bij verzoekschrift), volgens welke haar uitvoeromzet naar hoeveelheid 8,19 % en naar waarde 6,77 % bedraagt. Volgens een overzicht van 29 december (bijlage 5) voert verzoekster vooral uit naar Denemarken, Nederland, België, Frankrijk, Luxemburg, Italië, Zweden, Noorwegen, Finland, Zwitserland, Oostenrijk. Blijkens dit overzicht gaat in waarde (basis einde 1975) ruim de helft van de uitvoer naar Oostenrijk (26,2 %) en naar Zwitserland (23,4 %). Het relatief belangrijke exportaandeel van Nederland (18,3 %) houdt verband met de produktie en uitvoer naar dit land van een speciale serie kindersprookjes in het Nederlands. Voor de overige Lid-Staten bedraagt het uitvoeraandeel slechts 24,7 % (Denemarken 7,8 %, België 5,9 %, Frankrijk 6,5 %, Luxemburg 3,5 %, Italie 1,0 %).

Over de samenstelling van haar repertoire geeft verzoekster de volgende cijfers (basis 1975):

— Kinder- en jeugdprogramma's: 42,95 %

— Amusementsmuziek (Duits): 44,75 %

— Amusementsmuziek (Engels): 5,08 %

— Klassieke muziek: 6,23 %

— Documentaire serie: 0,98 %.

De twee eerste programma's zijn uitsluitend voor Duitstalige gebruikers bestemd. Buiten het Duitse taalgebied vinden hoogstens de programma's „klassieke muziek" en „amusementsmuziek" (Engels) afzetmogelijkheden.

Wat betreft haar aandeel op de gehele markt voor geluidsdragers in de Bondsrepubliek Duitsland merkt verzoekster allereerst op dat over deze markt geen nauwkeurige gegevens bestaan. Zij is aangewezen op de statistieken van het „Bundesverband der phonographischen Wirtschaft e. V.", — hierna te noemen BPW — die slechts beperkt uitsluitsel geven, aangezien de leden van dit verbond niet al hun verkopen vermelden en de verkoop aan niet-leden evenals de cijfers van sluikpersingen hierin niet zijn opgenomen.

Men moet dan ook aannemen dat de totale markt aanzienlijk groter is dan uit de statistiek van het BPW blijkt en dat het marktaandeel van verzoekster dienovereenkomstig kleiner is.

Volgens de terminologie van het BPW dienen de geluidsdragers van verzoekster te worden gerekend tot de categorie laaggeprijsde geluidsdragers, daar de eindverbruikersprijs niet hoger ligt dan DM 10. Verzoekster is echter van mening dat het niet mogelijk is binnen de gehele markt van geluidsdragers een markt „voor laaggeprijsde geluidsdragers" te onderscheiden. De relevante markt is de gehele markt voor geluidsdragers en wel binnen de gemeenschappelijke markt.

Volgens verzoekster zijn de feitelijke voorwaarden van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag in casu niet vervuld. Zij verwijst ten deze naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, met name naar het arrest van 30 juni 1966 in de zaak 56/65, Société Technique Minière t. Maschinenbau Ulm (Jurispr. 1966, blz. 392), en meent dat de handel tussen de Lid-Staten niet aanmerkelijk wordt beïnvloed. Volgens het arrest van het Hof van 9 juli 1969 in de zaak 5/69 Völk t. Vervaecke (Jurispr. 1969, blz. 295) ontkomt een overeenkomst aan het

verbod van artikel 85, wanneer zij wegens de zwakke positie van betrokkenen op de markt voor de betrokken produkten de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt.

*A — Verzoekster's marktpositie*

*Verzoekster* onderstreept dat zij op de gehele Europese markt slechts een zwakke positie inneemt. Dit blijkt met name uit het volgende:

— op de gehele Europese markt van geluidsdragers is haar marktaandeel zowel naar hoeveelheid als naar waarde nauwelijks in procenten uit te drukken;

— op de nationale markt voor geluidsdragers in de Bondsrepubliek Duitsland bezit zij geen noemenswaardig marktaandeel. Naar waarde ligt dit rond 2,5 % en kwantitatief waarschijnlijk ver onder de 5 %.

— met haar praktisch uitsluitend Duitstalig programma is zij afhankelijk van Duitstalige consumentengroepen, hetgeen haar flexibiliteit beperkt;

— zij beschikt slechts over een gering kapitaal, terwijl zij moet concurreren met kapitaalkrachtige ondernemingen;

— ze heeft geen eigen dochtermaatschappijen die haar verkooppolitiek kunnen ondersteunen;

— haar publiciteitsuitgaven zijn uiterst laag.

Alleen al haar zwakke marktpositie brengt mee dat de markt niet merkbaar wordt beïnvloed en dat de voorwaarden van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag niet zijn vervuld.

*Verweerster* produceert cijfers over verzoeksters omzet in 1975. Op basis van de gegevens van het BPW over dat jaar zou verzoekster's aandeel van de gehele binnenlandse omzet in geluidsdragers naar waarde 3,75 % en kwantitatief 5,15 % bedragen. Verzoekster's aandeel in de uitvoer van de leden van het BPW bedraagt 2,66 % naar hoeveelheid. Uit een oogpunt van de mededinging willen deze percentages echter volstrekt niets zeggen.

Om verzoekster's concurrentiepositie aan de zijde van het aanbod van geluidsdragers te kunnen beoordelen, dient de in mededingingsopzicht relevante markt te worden afgebakend.

De concurrentieverhoudingen tussen de verschillende geluidsdragers hangen af van de mate van hun „vervangbaarheid". Deze wordt bepaald naar de behoeften aan de vraagzijde en kan blijken uit de kruiselasticiteit van vraag en prijs.

In 1975 omvatten de geluidsdragers met kinder- en jeugdprogramma's 42,27 % van verzoekster's totale produktie. Het ligt zonder meer voor de hand dat deze geluidsdragers niet rechtstreeks concurreren met geluidsdragers met klassieke- of amusementsmuziek. Een prijsverlaging voor kinderprogramma's kan wegens hun specifieke bestemming geen verhoging van de totale vraag naar deze programma's meebrengen ten nadele van klassieke- of amusementsprogramma's. Het is even onwaarschijnlijk dat bij een prijsverlaging voor klassieke of amusementsprogramma's een deel van de vraag verschuift naar kinderprogramma's. De kruiselasticiteit van vraag en prijs is uiterst gering. De onderlinge vervangbaarheid van de produkten van deze twee groepen is niet slechts gering — het gaat hier om twee verschillende markten.

Van de totale verkoop van kinderplaten op de binnenlandse markt (1975) kan verzoekster's aandeel in stuks worden geschat op 25,54 % en in waarde op 15,33 %. Uit de door verzoekster overgelegde tabel (bijlage 9 bij verzoekschrift) blijkt dat de betrokken markt is verdeeld over negentien concurrenten en dat verzoekster op de tweede plaats staat.

Een ander kenmerk van verzoekster's produktie is, dat zij bijna uitsluitend „imitaties" omvat, dat wil zeggen versies van onbekende, anoniem blijvende vertolkers, die tegen een honorarium ineens internationale sterren of befaamde kunstenaars geluid- en woordgetrouw kopiëren. Verzoekster's produktie valt onder de categorie laaggeprijsde artikelen.

Verweerster bestrijdt verzoekster's stelling dat hooggeprijsde en laaggeprijsde artikelen tot dezelfde markt behoren en dat de substitutiegraad van de beide groepen oneindig groot is. Indien er geen verschil was, zou het bestaan van verschillende prijzen niet zijn te verklaren. Bovendien waren volgens de BPW-statistiek van de binnenlandse afzet in 1975 in totaal meer hooggeprijsde dan laaggeprijsde artikelen afgezet. Indien opnamen van originele werken en van imitaties op alle wezenlijke punten — uitgezonderd de prijs — zozeer gelijk zouden zijn als verzoekster stelt, zouden de omzetcijfers onbegrijpelijk zijn.

Aangenomen moet worden dat de vraag naar originele uitvoeringen uitgaat van een ander publiek dan de vraag naar imitaties. Het gaat hier om twee verschillende markten; de vraag naar hooggeprijsde artikelen is volstrekt onelastisch.

Verzoekster's aandeel in de binnenlandse omzet van BPW-leden in laaggeprijsde geluidsdragers was ongeveer 22,06 %. Maar het werkelijke marktaandeel zal iets lager zijn, aangezien in de statistieken van het BPW geen rekening wordt gehouden met leveringen aan verenigingen, postorders, loonpersingen en omzetten van niet-aangeslotenen. Verzoekster's kwantitatieve marktaandeel in de exportomzet van BPW-leden bedroeg in 1975 2,66 %. Dit percentage is berekend op basis van de totale omzet van de leden, met inbegrip van „singles"; zonder deze laatste bedraagt verzoekster's percentage 3,22 %. In verzoekster's totale omzet in 1975 was de verhouding tussen binnenlandse omzet en export in stuks 91,81 : 8,19 en in waarde 93,21 : 6,79.

In repliek blijft *verzoekster* bij haar stelling dat er geen aparte markt bestaat voor laaggeprijsde geluidsdragers. De substitutiegraad tussen laaggeprijsde en hooggeprijsde geluidsdragers is immers oneindig groot. De twee categorieën verschillen van elkaar noch in repertoire, noch in het gebruik door de consument, de technische weergave, de persoon van de consument of de technische of muzikale kwaliteit. De enige reden van het prijsverschil is dat op de laaggeprijsde geluidsdragers normaal gesproken, dat wil zeggen in handelsopzicht, geen hoge GEMA-rechten drukken. Verzoekster wijst er bovendien op, dat de imitaties in haar repertoire slechts ongeveer 10 % uitmaken. Het punt van de imitaties doet echter niet ter zake voor de afbakening van de relevante markt.

Met betrekking tot de markt voor kinderopnames betoogt verzoekster dat zowel de door verweerster gemaakte afbakening van de markt als haar berekening van het marktaandeel onjuist zijn. Er bestaat geen markt voor geluidsdragers voor kinderen. Verzoekster heeft het vroeger gemaakte onderscheid tussen platen voor „kinderen" en platen voor „jeugdigen" laten vallen en spreekt nog slechts van een jeugdprogramma. Op het gebied van de jeugdzaken is de substitueerbaarheid met algemene amusementsmuziek zeer hoog. Deze platen worden hoofdzakelijk door volwassenen gekocht, als geschenk voor de jongeren. Daar volwassenen weten dat kinderen vanaf ongeveer acht jaar net zo graag schlagerplaten horen als platen met sprookjes of avonturen, kopen zij vaak een schlagerplaat in plaats van een plaat met sprookjes of dergelijke. Zelfs wanneer men de betrokken markt als afzonderlijke markt beschouwt, bestrijdt verzoekster toch de door verweerster overgelegde cijfers. Het aantal concurrenten op dit gebied is niet tot negentien beperkt. In dit verband verwijst verzoekster naar de in bijlage 7 van het ver-

zoekschrift genoemde firma's, die eveneens op grote schaal geluidsdragers voor kinderen verhandelen.

Samenvattend betoogt zij:

— de relevante markt is slechts met grote onzekerheid af te bakenen;

— aangezien de verschillende repertoires elkaar overlappen, dient de grens veeleer ruim dan eng te worden getrokken;

— bij de afbakening van de regionale markten dienen op zijn minst de Duitstalige buitenlandse gebieden te worden meegeteld;

— zelfs indien men de relevante markt zou kunnen afbakenen, dan is het niet mogelijk verzoeksters aandeel in de markt precies vast te stellen, omdat er geen betrouwbare gegevens voorhanden zijn.

In haar dupliek herhaalt *verweerster* dat een gehele markt voor geluidsdragers hoogstens slechts bestaat als statistische eenheid. Deze afbakening zegt niets over de concurrentieverhoudingen tussen de verschillende groepen geluidsdragers.

Wat betreft de markt voor laaggeprijsde geluidsdragers, is volgens verweerster een prijsverschil op zich weliswaar geen voldoende criterium voor de vorming van een eigen relevante markt, doch vormen aanzienlijke prijsverschillen een aanwijzing dat de tegen verschillende prijzen aangeboden produkten niet substitueerbaar zijn. Het beslissende onderscheid tussen laaggeprijsde en hooggeprijsde geluidsdragers is, dat het in het eerste geval gaat om uitvoeringen van onbekende artiesten en in het tweede geval om opnamen van bekende en beroemde sterren en kunstenaars.

In de loop van de administratieve procedure heeft de vertegenwoordiger van verzoekster opnamen van onbekende kunstenaars over het algemeen uitdrukkelijk bestempeld als imitaties. In haar repliek heeft verzoekster dit begrip nauwer omschreven en aldus het aandeel van de imitaties in haar totale produktie op ongeveer 10 % gesteld, terwijl haar produktie volgens haar vroegere beweringen praktisch uitsluitend uit imitaties bestond.

Het is echter niet nodig verder op deze definitiekwestie in te gaan. Voor het onderscheid tussen laaggeprijsde en hooggeprijsde geluidsdragers gaat het om de mate van bekendheid van de vertolkers, en een kenmerk van verzoeksters repertoire is onbetwistbaar dat deze vertolkers niet bekend zijn.

Verzoeksters verklaringen over de berekening van de produktiekosten zijn onvolledig. De kostprijs van haar geluidsdragers kan zo laag liggen, omdat verzoekster haar vertolkers een „bedrag ineens" geeft. Bovendien is bij hooggeprijsde artikelen, in tegenstelling tot de laaggeprijsde, de kunstenaarspromotie een belangrijke prijsfactor. Verzoekster hoeft deze propagandakosten die slechts kunnen worden gefinancierd uit hogere prijzen, natuurlijk niet te dragen. Het resultaat van deze bedrijfspolitiek is een geluidsdrager die zich duidelijk onderscheidt van de aangeboden hooggeprijsde geluidsdragers. Door opnamen van onbekende kunstenaars „zonder naam" aan te bieden, laat verzoekster bij voorbaat en principieel de aanzienlijke groep kopers schieten, voor wie het aankomt op de persoon van de vertolker en de authenticiteit van zijn uitvoering. Voor deze categorie kopers is de hooggeprijsde geluidsdrager niet substitueerbaar; de fabrikanten van deze produkten hebben in principe geen concurrentie te duchten van de fabrikanten van laaggeprijsde produkten. De markt toont dat de kruiselasticiteit van vraag en prijs voor hooggeprijsde geluidsdragers ten opzichte van laaggeprijsde geluidsdragers oneindig gering is. Zelfs met verdere prijsverlagingen zou verzoekster geen enkele koper van vertolkingen van beroemde kunstenaars voor zich kunnen winnen.

Samenvattend kan men zeggen dat hooggeprijsde en laaggeprijsde geluidsdragers niet op dezelfde markt worden aangeboden. Elk van beide produktengroepen heeft haar eigen relevante markt. Mededinging tussen de verkopers van beide categorieën produkten is in principe uitgesloten; een dergelijke mededinging zou alleen in uitzonderingsgevallen kunnen ontstaan (verliesgevende verkoop, ontbreken van een goedkope titel op de markt). Het marktaandeel van verzoekster in haar hoedanigheid van fabrikant van laaggeprijsde geluidsdragers dient derhalve te worden bepaald naar de totaalverkoop van laaggeprijsde geluidsdragers en niet van geluidsdragers in het algemeen.

Voor de vraag of er een concurrentieverhouding bestaat tussen geluidsdragers voor kinderen en jongeren enerzijds en amusementsmuziek anderzijds, is volgens verweerster bepalend of beide categorieën produkten dezelfde behoefte vervullen.

Uit het door verzoekster aangeboden repertoire (repliek bijlage 11) blijkt dat het programma met de titels van gesproken en gezongen teksten hoofdzakelijk bestemd is voor kleuters, terwijl de hoorspelen eveneens bestemd zijn voor oudere kinderen. De geluidsdragers zijn niet uitsluitend bedoeld als ontspanning voor de kinderen; zij dienen geconcentreerd te worden beluisterd en hebben eveneens pedagogische, morele en sociologische doeleinden. Naar functie staan zij dichter bij het sprookjesboek en avonturenboek dan bij amusementsmuziek. Het gemeenschappelijke criterium van vervulling van de behoefte tot ontspanning is te algemeen voor de afbakening van de relevante markt.

*B — De omvang van de exportverboden*

Volgens *verzoekster* is in casu voldaan aan de voorwaarden van de bekendmaking van de Commissie van 27 mei 1970, inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag vallen (PB nr. C 64 van 2. 6. 1970, blz. 1): de gewraakte exportverboden hebben de marktvoorwaarden in de gemeenschappelijke markt geenszins beïnvloed.

Wat de in de algemene verkoopvoorwaarden opgenomen clausule betreft, merkt verzoekster op dat haar binnenlandse afnemers reeds door de aard van hun bedrijf niet kunnen uitvoeren (bij voorbeeld grootwinkelbedrijven, supermarkten, „rackjobbers" en andere detailhandelszaken). Zelfs de groothandelaren die van verzoekster afnemen, komen niet in aanmerking als exporteurs naar andere Lid-Staten.

Voor haar Duitse afnemers is uitvoer alleen al daarom economisch niet interessant, omdat de leveringsprijzen aan de Duitse handel ongeveer 20 % hoger liggen dan de verkoopprijs bij uitvoer vrij Duitse grens.

Het in de alleenverkoopovereenkomst met de onderneming Sopholest opgenomen uitvoerverbod heeft evenmin enige invloed gehad op de markt. Deze onderneming was geenszins geïnteresseerd in uitvoer naar andere landen. Zij is ook nooit gehinderd op grond van de betrokken clausule. Zij heeft zelfs artikelen naar Zwitserland en Oostenrijk doorverkocht, zonder dat verzoekster deswege sancties jegens haar heeft getroffen. Uit dit laatste blijkt reeds dat het exportverbod geen enkele invloed had op de markt.

De uitvoerverboden hebben niet ten doel of tot gevolg dat de mededinging wordt beperkt. Volgens verzoekster blijkt uit de vermelde feiten dat zij in feite niet heeft getracht de mededinging te beperken, daar zij niet in het algemeen een exportverbod met haar alleenverkopers in het buitenland was overeengekomen, doch uitsluitend met de firma Sopholest op uitdrukkelijk verzoek van deze laatste.

Verzoekster heeft geen enkel eigen doel nagestreefd. Dat zij niet heeft getracht de handel tussen Lid-Staten te beper-

ken, blijkt reeds uit het feit, dat zij niets heeft gedaan tegen doorverkoop naar het buitenland, zoals van Elzas-Lotharingen naar Zwitserland en Oostenrijk.

Voor de beoordeling of hier sprake is van een „ten gevolge hebben", dient te worden gezien naar de concrete gevolgen van de overeenkomst op de markt.

Wat betreft haar Duitse klanten, herinnert verzoekster eraan, dat dezen niet in uitvoer geinteresseerd waren of konden zijn. De in de algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden opgenomen clausule heeft dus geen beïnvloeding van de markt ten gevolge gehad. Het voor Elzas-Lotharingen opgenomen exportverbod heeft om de reeks genoemde redenen evenmin ten gevolge gehad dat de mededinging concreet werd beperkt.

Volgens *verweerster* dient de „merkbaarheid" van exportverboden te worden afgemeten naar de positie en het concurrentievermogen van verzoekster op de geografische markt, welke deze verboden beoogden te beschermen.

Ook al komen bepaalde groepen afnemers van verzoekster door de aard van hun bedrijf minder in aanmerking voor uitvoer, toch blijven nog over de groothandelaren (12), de exporteurs (6) en de buitenlandse afnemers (30), die exportmogelijkheden hebben. De met deze afnemers overeengekomen exportverboden hebben een dubbele functie. Enerzijds beschermen zij de afzetmarkt van de bij verzoekster onder contract staande distributeurs tegen het aanbod van andere onder contract staande distributeurs, van andere buitenlandse importeurs, van binnenlandse exporteurs en van groothandelaren. Anderzijds beschermen zij de binnenlandse markt van verzoekster tegen directe heruitvoer door onder contract staande distributeurs en buitenlandse importeurs en tegen de indirecte heruitvoer van produkten die via de exporteurs en de groothandelaren op bepaalde buitenlandse markten zouden kunnen worden afgezet.

Wat de berscherming van de binnenlandse markt betreft, komt het voor de „merkbaarheid" niet aan op verzoeksters positie op de gehele gemeenschappelijke markt of op bepaalde uitvoermarkten, maar op haar positie op de binnenlandse markt zelf.

Bij de beoordeling van de vraag of de markt van de onder contract staande distributeurs merkbaar wordt beschermd, moet eveneens rekening worden gehouden met verzoeksters concurrentievermogen op haar thuismarkt. Waar dit vermogen ten aanzien van voor kinderen bestemde of laaggeprijsde geluidsdragers wordt gekenmerkt door marktaandelen van meer dan 20 %, is verzoekster in staat haar exportverkoopprijzen te ondersteunen uit haar binnenlandse afzet.

In beide gevallen is de geografisch relevante markt de markt van de Bondsrepubliek Duitsland.

In prijsopzicht heeft verzoekster de binnenlandse groothandel gediscrimineerd ten opzichte van de binnenlandse exporteurs, alsook ten opzichte van de buitenlandse onder contract staande distributeurs en de importeurs.

De door verzoekster toegepaste exportprijzen waren immers 10 tot 32,56 % lager dan haar groothandelsverkoopprijzen, respectievelijk deze laatste 48 % hoger dan de eerste. Deze discriminatie was voor verweerster geen aanleiding tot kartelrechtelijke verwijten jegens verzoekster. Zij heeft er echter bezwaar tegen dat verzoekster uit deze prijsdifferentiatie wil afleiden dat de aan de groothandel opgelegde uitvoerverboden niet merkbaar waren. De door verzoekster gestelde exportmoeilijkheden van de groothandel kunnen heel wel bestaan, maar die zijn door haarzelf veroorzaakt, aangezien zij de voorkeursbehandeling betreffende de exportprijs niet toepast op de groothandel.

Als het prijsniveau op de buitenlandse markten zodanig is dat de groothandel redelijkerwijze niet kan exporteren, dan komt het exportverbod en de weigering

om de exportverkoopprijs toe te kennen aan de groothandelaren economisch gezien op hetzelfde neer, namelijk op afscheiding van twee distributiekanalen. De hogere verkoopprijs op de binnenlandse markt en het exportverbod waren twee facetten van dezelfde verkoopstrategie; hoewel kartelrechtelijk tegen prijsdifferentiatie als zodanig geen bezwaren zijn te maken, wordt het anders wanneer deze gepaard gaat met exportverboden.

Het mag waar zijn dat buitenlandse afnemers geen blijk hadden gegeven van belangstelling voor eigen exporten naar naburige markten.

Het is echter duidelijk dat zij er wel alle belang bij hadden, dat anderen zich onthielden van uitvoer naar hun eigen markt. De buitenlandse afnemers hadden misschien geen positief maar stellig wel een negatief exportbelang, waaruit hun wens om exportverboden op te nemen is te verklaren.

Ten slotte bestrijdt verweerster verzoeksters argumenten die zijn gebaseerd op het Duitstalig repertoire.

De exportpercentages voor andere Lid-Staten, zoals Denemarken, Frankrijk, België en Luxemburg, zijn niet te verwaarlozen. Deze exporten bestaan niet enkel uit opnamen van klassieke muziek of Engelse amusementsmuziek; het aandeel Duitse titels in deze exporten vindt zijn verklaring niet uitsluitend in het beter begrip van de Duitse taal in grensstreken. Bij amusementsmuziek en met name hit-parades en volksmuziek is dit begrip van ondergeschikt belang.

Bovendien zijn buitenlandse afnemers ook potentiële aanbieders van verzoeksters produkten op haar binnenlandse markt. Gezien de door verzoekster gehanteerde prijsdifferentiatie, is deze mogelijkheid voor haar van beslissend belang.

Volgens verweerster verwart verzoekster het oogmerk van een concurrentiebeperking met de belangen die een beoogde concurrentiebeperking dient. Ook al zou verzoekster de exportverboden alleen op verzoek van haar afnemers hebben opgenomen, dan nog beogen deze clausules objectief een bescherming van bepaalde markten en heeft verzoekster deze verboden opgenomen ten dienste van het door haar contractpartijen beoogde doel. Uit het geheel der feiten blijkt trouwens dat verzoekster belang had bij de exportverboden. Het was verzoekster om twee dingen te doen:

— Zij wilde de markt van haar contractuele distributeurs beschermen ten einde hen aan te moedigen de nodige investeringen te verrichten. Door haar betrekkelijk zwakke positie op de buitenlandse markten en de moeilijkheden die zij ondervond om afzetkanalen te vinden, is zij in zekere mate afhankelijk van deze distributeurs. Daarom heeft zij het belang van deze afnemers bij een gebiedsbescherming tot haar eigen belang gemaakt en is zij exportverboden overeengekomen. Overigens hadden de aan de groothandelaren opgelegde exportverboden eveneens ten doel de markt van de buitenlandse contractuele distributeurs te beschermen.

— In de tweede plaats had verzoekster in verband met de differentiatie van haar verkoopprijzen op de binnenlandse en de buitenlandse markt er noodzakelijkerwijze belang bij om een herinvoer van haar produkten op haar nationale markt te verhinderen.

Ten slotte kan er ook geen twijfel over bestaan dat de exportverboden een concurrentiebeperking tot gevolg hebben gehad. Dit blijkt reeds voldoende uit het feit dat verzoekster haar prijsdifferentiatie naar afzetmarkten jarenlang heeft kunnen handhaven.

In haar repliek bestrijdt *verzoekster* dat zij een stelsel van prijsdifferentiatie en prijsondersteuning toepast.

Het is juist dat haar prijzen in het binnenland hoger liggen dan haar verkoopprijzen in het buitenland. Zo bedraagt de binnenlandse verkoopprijs aan de groothandel voor de Europa-geluidsdragers (die alleen al 94 % van de verkoop uitmaken) DM 3, terwijl de verkoopprijs aan de buitenlandse importeurs slechts DM 2,70 bedraagt. Dit komt echter eenvoudig omdat bij de berekening van de buitenlandse verkoopprijzen minder hoge kosten meespelen en wel om de volgende redenen:

— in tegenstelling tot de binnenlandse afnemer heeft de buitenlandse afnemer geen omruilrecht;

— verzoekster maakt in het buitenland geen enkele reclame of verkoopspubliciteit, zodat de kosten daarvan alleen in de prijscalculatie ter plaatste zijn verwerkt;

— de kosten van een klantendienst vallen weg bij de handel met het buitenland, afgezien van sporadische bezoeken bij buitenlandse afnemers.

Volgens een als bijlage 13 bij de repliek overgelegde tabel bedragen de distributiekosten op de binnenlandse markt 0,4302 DM per stuk tegen 0,0943 DM per stuk in het buitenland. De op de kostprijs-binnenland drukkende distributiekosten liggen dus gemiddeld circa 33 pfennig hoger, hetgeen ongeveer overeenkomt met het verschil DM 0,30 tussen de prijzen-binnenland en de verkoopprijs-buitenland van de Europa-platen. Van een „ondersteuning" zoals verweerster zegt, kan derhalve geen sprake zijn. Evenmin tracht verzoekster met de omstreden clausules markten met een verschillend prijsniveau te beschermen.

In vroegere jaren heeft zij zich nooit erop toegelegd heruitvoer respectievelijk herinvoer in de Bondsrepubliek tegen te gaan. Zij heeft immers nooit gebruik gemaakt van een verticale prijsbinding welke een dergelijk belang had kunnen rechtvaardigen. Haar prijzen waren altijd alleen aanbevolen prijzen met het gevolg dat op de Duitse markt geen uniforme prijzen voor de eindverbruiker golden.

Samenvattend verklaart verzoekster dat de exportclausules in haar gedrukte algemene leverings- en verkoopvoorwaarden niet de uitdrukking waren van een verkoopstelsel dat was gebaseerd op exportverboden, maar een in feite onbetekenende formaliteit. De in de overeenkomst met de firma Sopholest opgenomen clausule was volgens de wil van partijen evenmin van enige praktische betekenis.

Verzoekster volhardt in haar stelling, dat haar afnemers om diverse redenen geen van allen belang hadden bij uitvoer. In het bijzonder bij de groothandelaren vond het ontbreken van een belangstelling voor uitvoer in de eerste plaats zijn verklaring in moeilijkheden van technische uitvoering, organisatie, taal en personeel, die eveneens gelden voor de groothandel, die niet speciaal is ingesteld op uitvoer.

Daar komt nog bij, dat uitvoer in rendementsopzicht niet interessant is voor grossiers (zie boven).

Ook de in de Bondsrepubliek gevestigde exporteurs worden niet getroffen door de litigieuze clausule, aangezien zij de waren juist met het oog op uitvoer naar het buitenland van verzoekster verwerven.

Zo de buitenlandse afnemers (in totaal 30 importeurs) onder bepaalde voorwaarden een „negatief belang" bij het exportverbod hebben, dan gaat het hier om een volstrekt passieve wens die geenszins het karakter heeft van een mededingingsbeperking.

De buitenlandse importeurs hebben ook geen fundamenteel eigen belang bij een actieve uitvoer naar andere landen; zij wilden in de eerste plaats zorgen voor

de bevoorrading van hun eigen nationale markt. Dit principiële standpunt heeft hun niet belet bij uitzondering wel eens te exporteren hetgeen reeds bewijst dat hun beslissingsvrijheid ten deze niet werd belemmerd.

De buitenlandse klanten hadden evenmin belang bij heruitvoer. In dit verband herinnert verzoekster eraan dat zij bij het tegengaan van een dergelijke herinvoer respectievelijk heruitvoer ooit enig belang heeft gehad (zie boven).

Ten slotte had ook de Duitse afnemer geen belang bij herinvoer, omdat aan het aanbod van herinvoer verschillende nadelen zijn verbonden:

— de buitenlandse afnemer koopt niet het volledige assortiment artikelen:
— bij handel met het buitenland heeft de afnemer geen recht van omruil;
— de binnenlandse afnemer krijgt ook geen verkoopsteun;
— de na herinvoer resterende winstmarge is niet interessant, omdat de buitenlandse leverancier zijn inkoopprijs nog verhoogt met zijn eigen kosten en winstmarge.

*Verweerster* merkt in dupliek op dat verzoekster blijkens haar verklaringen tijdens de administratieve procedure van mening is dat alleen strikte, zonder uitzondering geldende exportverboden concurrentiebeperkingen vormen in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag. Volgens verweerster dient echter elke contractuele beïnvloeding van de handelings- en beslissingsvrijheid van de onderneming als concurrentiebeperking te worden beschouwd en bestaat er een hele scala van dit soort beïnvloedingen, die van absoluut verbod tot eenvoudige mededelingsverplichting kunnen gaan. Volgens verzoeksters uitdrukkelijke verklaringen wilden de betrokkenen in casu zoveel mogelijk een ongecontroleerde exportontwikkeling tegengaan. Het is zeer wel mogelijk dat de alleenverkopers vrij bleven om uit te voeren, doch op voorwaarde dat zij zich onderwierpen aan een controleïnstantie, die eventueel kon ingrijpen om een dergelijke „ontwikkeling" af te remmen.

Met betrekking tot de prijsdifferentiatie op de verschillende markten merkt verweerster allereerst op dat de opmerking over het omruilrecht in tegenspraak is met de verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden, aangezien punt 7 (klachten, ruil- en teruggave) geen verschil maakt tussen binnenlandse en buitenlandse afnemers.

De verwijzing naar de distributiekosten van de buitenlandse importeurs doet trouwens niet ter zake. Voor de markt zijn de redenen van regionale prijsdifferentiaties immers van weinig belang. Bij prijsverschillen richt de vraag zich naar het voordeligste aanbod. Deze tendens om te profiteren van prijsverschillen leidt uiteindelijk tot een gelijktrekking van de prijzen. Gezien de natuurlijke marktkrachten, kan een merkbaar prijsverschil slechts worden gehandhaafd, indien de verkoper de controle over het distributienet behoudt en daarbij in staat is de zones met verschillende prijzen gescheiden te houden. Een verschil van 10 % is groot genoeg om deze krachten in beweging te brengen.

Ten slotte verzet verweerster zich tegen de argumenten welke verzoekster ontleent aan het ontbreken van verticale prijsbinding ten einde haar belang bij de afscherming van de binnenlandse markt te ontkennen. Hier gaat het niet om een bescherming van verzoeksters afnemers, maar om haar eigen uitsluitende belang bij handhaving van haar verkoopprijzen op de Duitse markt. Een verlaging van de eindverbruikersprijs stoort verzoekster geenszins, zolang zij zelf kan verkopen tegen een prijs van DM 3. Maar zodra buitenlandse afnemers gaan herexporteren naar verzoeksters binnenlandse markt en de groothandel daar gaan onderbieden, heeft dit zijn weerslag op verzoeksters afzetprijs aan de groothandel. De groothandel wenst natuurlijk dezelfde prijsvoordelen te verkrijgen als zijn buitenlandse concurrenten.

De vraag in hoeverre bepaalde categorieën afnemers een belang bij export hebben, doet niet ter zake. Zou verzoeksters stelling op dit punt juist zijn, dan zou de toepasselijkheid van kartelverboden afhangen van de motivering der betrokken partijen. Een potentieel belang van de in haar handelingsvrijheid beperkte partij bij een bepaald gedrag en de enkele verplichting zich van dit gedrag te onthouden, wijst reeds op dit belang. Verweerster bestrijdt trouwens dat de groothandel bij uitvoer voor onoverkomelijke problemen staat.

Wat betreft de rem van de hogere binnenlandse prijs, wijst zij erop, dat verzoekster zelf hiervoor verantwoordelijk is. De groothandel krijgt geen enkele exportkorting voor de eventueel door haar uitgevoerde hoeveelheden. Het is immers duidelijk dat verzoekster niet enerzijds exportverboden kan opleggen en anderzijds exportkortingen kan geven.

Wat het belang bij uitvoer van de buitenlandse afnemers betreft, verwijst verweerster naar haar voorafgaand betoog. Ten aanzien van de beweerde nadelen van het aanbod tot heruitvoer merkt zij het volgende op:

— niets belet de buitenlandse afnemers het volledige assortiment te kopen teneinde het aan de Duitse afnemers te kunnen aanbieden of leveren;

— daar in de handelsvoorwaarden geen onderscheid wordt gemaakt tussen de Duitse en de buitenlandse afnemers, hebben beide groepen derhalve dezelfde rechten;

— de Duitse afnemer heeft in de meeste gevallen geen verkoopsteun nodig omdat hij die al krijgt, maar de buitenlandse afnemer kan levering met verkoopsteun verlangen;

— een marge van 10 % is zeer interessant, temeer daar de Duitse groothandel net zozeer als de buitenlandse leverancier kosten en winst moet incalculeren.

C — *Artikel 15, lid 2, sub a van verordening nr. 17*

*Verzoekster* voert subsidiair aan dat artikel 2 van de bestreden beschikking dient te worden vernietigd wegens afwezigheid van schuld, zelfs indien inbreuk is gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag. Deze inbreuk is namelijk niet met opzet gemaakt.

Het in de algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden opgenomen exportverbod was slechts een eenvoudige formaliteit en dat van de overeenkomst „Elzas-Lotharingen" was slechts een formele tegemoetkoming aan het verzoek van de firma Sopholest. De omstreden clausules waren van geen enkel praktisch belang, hetgeen verzoekster ook heeft geweten.

Voor het geval verzoekster onachtzaamheid zou zijn te verwijten, dient de boete reeds wegens verminderde aansprakelijkheid aanzienlijk te worden verlaagd.

In het onderhavige geval is echter zelfs geen sprake van onachtzaamheid. In 1971 was verzoekster — toen nog een zeer bescheiden onderneming — in het geheel niet vertrouwd met het gemeenschapsrecht. Toen zij haar algemene voorwaarden wijzigde (1974), had zij eventueel enige notie van exportverboden kunnen hebben, indien zij lid was geweest van de bevoegde beroepsbonden, en een juridische dienst of misschien zelfs een economische dienst had gehad, hetgeen echter nooit het geval is geweest.

In casu is er geen ernstige inbreuk gemaakt op artikel 85 van het EEG-Verdrag, hetgeen blijkt uit:

— het ontbreken van opzet,

— het ontbreken van gevolgen of hoogstens zeer geringe gevolgen op de markt,

— het afzien van sancties,

— het geringe aantal exportverboden.

Zo ten slotte in het onderhavige geval al sprake zou zijn van inbreuk door schuld, dan zulks toch pas vanaf wijziging van de algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden in 1974, hetgeen de maatstaf van de boete met ten minste $^3/_5$ verlaagt.

Gezien verzoeksters geringe winstmarge wegens haar politiek van lage prijzen, vormt een geldboete van ongeveer 0,73 % van haar omzet voor haar een zware last. Zij verzoekt het Hof derhalve deze boete sterk te verlagen, of zelfs te annuleren.

Volgens *verweerster* blijkt uit alle omstandigheden dat verzoekster deze binding heeft gewild en dat het exportverbod in de verkoop- en leveringsvoorwaarden vanaf de eerste toepassing haar verkooppolitiek heeft gediend.

Zij meent niet elk argument over de ernst van de inbreuk te hoeven weerleggen. Wat betreft het aantal exportverboden wil zij echter opmerken dat de vanaf 1 augustus 1974 geldende verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden en derhalve ook punt 9 van deze voorwaarden zonder onderscheid van toepassing waren voor alle binnenlandse en buitenlandse afnemers. Omtrent het ontbreken van sancties verwijst zij naar overweging 22, sub a, van de bestreden beschikking, waar met dit feit reeds rekening is gehouden.

Ten aanzien van de hoogte van de boete merkt verweerster op, dat een boete van 0,73 % van de omzet aan de onderste grens van haar beslissingsmarge ligt en dat haar niet kan worden verweten misbruik van haar bevoegdheid te hebben gemaakt.

In repliek brengt *verzoekster* de volgende nieuwe feiten naar voren om het ontbreken van haar aansprakelijkheid aan te tonen: uit bestudering van reeds afgelegde dossiers is gebleken dat verzoekster bij brief van 25 september 1973 een advocaat opdracht had gegeven haar toenmalige verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden juridisch bij te werken. Haar juridisch adviseur heeft haar op 14 november 1973 de algemene voorwaarden, met het betrokken exportverbod, toegezonden. De advocaat heeft er toen niet op gewezen dat dit verbod een overtreding kon vormen en dat eventueel bij de Commissie een negatieve verklaring moet worden aangevraagd. Onder deze omstandigheden kan verzoekster geen schuld te laste worden gelegd, aangezien zij mocht vertrouwen op haar juridisch adviseur. Het gaat in dit verband om verschoonbare rechtsdwaling.

Voor zover het Hof van Justitie de beschikking van de Commissie niet reeds vernietigt wegens het ontbreken van concurrentiebeperkende elementen of het ontbreken van schuld, dient toch de hoogte van de boete ten gunste van verzoekster opnieuw te worden onderzocht en aanmerkelijk te worden verlaagd. In dit verband dient rekening te worden gehouden met de tijdens de schriftelijke procedure aan het licht gekomen nieuwe aspecten.

*Verweerster* bestrijdt dit nadere betoog zowel materieel als formeel.

Formeel-procesrechtelijk gaat het hier om een nieuw middel in de zin van artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering. Als verzoekster deze feiten ter terechtzitting had aangevoerd, zou verweerster hierop in detail zijn ingegaan. In het belang van de waarheid heeft verweerster in beginsel zelfs bij een tardief voorgedragen argument geen bezwaar tegen een opheldering in de loop van het rechtsgeding, maar het nieuwe middel is volgens haar ongegrond.

Uit het verloop der feiten blijkt dat er geen sprake kan zijn van rechtsdwaling van verzoekster. Volgens haar eigen zeggen was zij in november 1973 in het algemeen doch niet nauwkeurig op de hoogte van het verbod. Bij het overleg met haar juridisch adviseur in die tijd had zij hieromtrent zekerheid kunnen verkrijgen. Door het stilzwijgen van de juridische adviseur over de verenigbaar-

heid van het exportverbod met het geldende recht kan de positieve algemene kennis van een verbod niet worden gewijzigd in een rechtsdwaling zonder schuld. Hiervoor was het op zijn minst noodzakelijk geweest uitdrukkelijk tevens overleg te plegen over de toelaatbaarheid van het exportverbod.

Toen de juridische adviseur zijn mening gaf, had verzoekster zich behoren te verwonderen over diens stilzwijgen op dit punt. Iemand die onder deze omstandigheden op een stilzwijgen afgaat, handelt niet alleen met grove onachtzaamheid, maar op zijn minst ook deels met voorwaardelijk opzet.

V — Mondelinge behandeling

Partijen zijn ter terechtzitting van 27 oktober 1977 in hun pleidooien gehoord.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 10 januari 1978 conclusie genomen.

## Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat de onderneming Miller International Schallplatten GmbH, gevestigd te Quickborn bij Hamburg, (hierna te noemen „Miller") bij op 4 februari 1977 ten Hove ingekomen verzoekschrift beroep heeft ingesteld tegen de beschikking van de Commissie van 1 december 1976 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB nr. L 357, blz. 40), waarbij werd vastgesteld dat de door Miller in een verkoopovereenkomst en in haar verkoopvoorwaarden opgenomen exportverboden voor grammofoonplaten, geluidsbanden en muziekcassettes, inbreuken vormden op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en waarbij deze onderneming een boete werd opgelegd van 70 000 r.e. ofwel DM 256 200;

dat verzoekster heeft geconcludeerd tot nietigverklaring van de beschikking en subsidiair tot annulering of verlaging van de opgelegde boete;

2 Overwegende dat blijkens het dossier verzoekster geluidsdragers (grammofoonplaten, muziekcassettes en geluidsbanden) vervaardigt, die zij hoofdzakelijk op de Duitse markt verkoopt, en dat zij slechts een beperkt gedeelte van haar produktie uitvoert, deels naar landen van de Gemeenschap en deels naar derde landen;

dat haar produktie hoofdzakelijk bestaat uit laaggeprijsde geluidsdragers en voor een aanzienlijk gedeelte — ruim 40 % — kinder- en jeugdplaten omvat;

dat zij haar produkten afzet aan groothandelaren, kioskbedrijven en „rack jobbers", aan grote warenhuizen, kleinhandelaren en supermarkten, en wat betreft de uitvoer, hetzij aan alleenimporteurs in het buitenland, hetzij aan Duitse exporteurs;

3 Overwegende dat verzoeksters gedrag dat aanleiding heeft gegeven tot de bestreden beschikking, ten aanzien van de feiten onweersproken is, doch dat partijen verdeeld worden gehouden over de beoordeling van de gevolgen en daarmede over de ernst ervan;

4 dat vaststaat dat verzoekster op 11 juni 1971 met de onderneming Sopholest te Straatsburg een alleenverkoopovereenkomst heeft gesloten voor de distributie van al haar produkten van het merk „Europa" en „Somerset" in het gebied van Elzas-Lotharingen, waarin onder punt 5 de volgende clausule was opgenomen: „voor alle Millerprodukten bestaat een principieel exportverbod uit Elzas-Lotharingen naar andere landen";

dat eveneens vaststaat dat verzoekster in haar handelsbetrekkingen met haar afnemers in de Bondsrepubliek Duitsland tot 31 juli 1974 verkoop- en leveringsvoorwaarden heeft toegepast, waarvan punt 9 (verkoop naar het buitenland) luidde: „alle grammofoonplaten van de door ons geleverde merken mogen niet worden geëxporteerd. Bij inbreuk op dit voorschrift behouden wij ons het recht voor, niet meer aan de koper te leveren en hem aansprakelijk te houden bij schadevergoedingsacties uit het buitenland, die in verband met een dergelijke export tegen ons worden ingesteld";

dat verzoekster vanaf 1 augustus 1974 tegenover haar Duitse en buitenlandse afnemers nieuwe verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden heeft toegepast, waarvan punt IX (verkoop naar het buitenland) als volgt luidt:

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

5 Overwegende dat bovendien vaststaat dat tussen de prijzen die Miller haar Duitse afnemers berekende, en de bij uitvoer toegepaste prijzen duidelijke verschillen bestonden, daar de exportprijzen lager waren dan de door de groothandel te betalen prijzen, en zeer veel lager dan de prijzen voor produkten die aan warenhuizen, aan detailhandelorganisaties, aan detaillisten en eindverbruikers werden geleverd;

6 Overwegende dat verzoekster deze feiten in wezen niet betwist doch betoogt dat deze wegens de geringe betekenis van haar onderneming op de markt van geluidsdragers, wegens de aard van haar produktie die overwegend is bestemd voor een Duitstalig publiek, en wegens de samenstelling van haar afnemerskring geen merkbare invloed kunnen uitoefenen op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten;

dat zij hieruit afleidt dat, hoewel exportverboden niet verenigbaar zijn met het wezen van een gemeenschappelijke markt, haar toch geen inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan worden verweten;

dat zij overigens aanvoert dat deze exportverboden in haar bijzonder geval geen ongeoorloofd doel beoogden, doch enkel op wens van haar medecontractanten waren opgenomen en slechts een „zuiver optische en psychologische betekenis" hadden;

7 Overwegende dat ten deze moet worden vastgesteld dat een exportverbodclausule, of deze nu is opgenomen op initiatief van de leverancier of van diens afnemer, reeds naar haar aard een beperking van de mededinging vormt, aangezien het doel waarover de contractanten het eens zijn geworden, bestaat in de poging een gedeelte van de markt te isoleren;

dat aldus de omstandigheden dat de leverancier zijnerzijds dergelijke verboden niet strikt handhaaft, niet bewijst dat deze geen gevolgen hebben gehad, aangezien het bestaan ervan toch een „optisch en psychologisch" klimaat kan scheppen dat de afnemers tevredenstelt en bijdraagt tot een min of meer strikte verdeling der markten;

dat de door een producent toegepaste marktstrategie zich vaak richt naar de min of meer algemene wensen van zijn afnemers;

dat ook wanneer men Millers bewering dat de opneming van de betrokken verboden veeleer voortkwam uit de wensen van haar medecontractanten dan uit een eenzijdige en weloverwogen strategie harerzijds, als juist verondersteld, dit derhalve nog niet tot gevolg heeft dat haar gedrag buiten de verboden van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt;

dat de opneming van een exportverbod in haar overeenkomst met de firma Sopholest en in haar algemene verkoopvoorwaarden vanuit dit oogpunt dient te worden beoordeeld;

De invloed van het exportverbod op het intracommunautaire handelsverkeer

8 Overwegende dat Miller in de eerste plaats haar zwakke positie op de relevante markt en het „onbetekenend" aandeel van haar produktie op de totale markt aanvoert ten bewijze dat haar gedrag de intracommunautaire handel niet kan hebben beïnvloed;

9 Overwegende echter dat volgens de door haar in de administratieve procedure overgelegde cijfers haar aandeel op de gehele markt voor geluidsdragers in de Bondsrepubliek Duitsland voor 1970 op 5,19 %, voor 1971 op 5,05 %, voor 1972 op 4,91 %, voor 1973 op 5,87 %, voor 1974 op 5,05 % en voor 1975 op 6,07 % van de verkochte hoeveelheden werd geraamd;

dat vaststaat dat zij zich heeft gespecialiseerd in de produktie van laaggeprijsde langspeelplaten en muziekcassettes en binnen deze categorie met name in de produktie van geluidsdragers voor kinderen en jongeren, zodat haar marktaandeel voor laaggeprijsde geluidsdragers en geluidsdragers voor kinderen aanmerkelijk hoger ligt;

dat ten slotte vaststaat dat Millers verkopen op de binnenlandse en op de exportmarkt in 1975 in totaal DM 34 376 167 bedroegen;

dat in de loop van het geding uitvoerig over de percentages is gediscussieerd, waarbij verzoekster beweerde dat men van de relevante markt geen nauwkeurige statistische gegevens kon verkrijgen, zodat de cijfers aan twijfel onderhevig waren en een te gunstige indruk gaven van haar marktpositie, doch dat deze discussie niets wezenlijks aan de overgelegde gegevens kan veranderen;

10 Overwegende dat bij de beoordeling van Millers marktpositie in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met de markt van de Bondsrepubliek Duitsland, al was het slechts omdat zij zich volgens haar eigen zeggen met haar produktieprogramma grotendeels tot een Duitstalig publiek richt;

dat partijen verdeeld zijn over de vraag of voor de bepaling van de relevante markt dient te worden uitgegaan van de gehele markt van geluidsdragers, zoals verzoekster meent, dan wel veeleer, zoals de Commissie voorstelt, allereerst een markt voor hooggeprijsde geluidsdragers enerzijds en een

markt voor laaggeprijsde geluidsdragers anderzijds, en dan nog afzonderlijk een markt voor kinderen en voor jongeren dient te worden onderscheiden;

dat in het kader van het onderhavige geding ten deze geen standpunt behoeft te worden bepaald, aangezien het duidelijk is dat Millers verkopen een niet onaanzienlijk deel van de markt vormen en dat zij zich heeft gespecialiseerd in de produktie van bepaalde bijzondere categorieën, waarvoor zij, zoniet een sterke, dan toch zeker een belangrijke positie op de markt inneemt;

dat in zoverre moet worden vastgesteld dat Miller geenszins is te vergelijken met de ondernemingen die in de arresten van 30 juni 1966 (Technique Minière t. Maschinenbau Ulm; zaak 56/65, Jurispr. 1966, blz. 391), van 9 juli 1966 (Völk t. Vervaecke; zaak 5/69, Jurispr. 1969, blz. 295) en van 6 mei 1971 (Cadillon t. Höß; zaak 1/71, Jurispr. 1971, blz. 351) waren betrokken, doch dat zij naar omvang zo belangrijk is, dat haar gedrag in beginsel de handel kan beïnvloeden;

11 Overwegende dat Miller echter opmerkt dat haar gedrag de intracommunautaire handel niet kan beïnvloeden, omdat haar programma grotendeels voor een Duitstalig publiek is bestemd en het publiek van de andere Lid-Staten slechts marginaal kan interesseren;

12 Overwegende dat, zonder dat hoeft te worden nagegaan in hoeverre deze bewering juist is, kan worden volstaan met de vaststelling dat Miller overeenkomsten heeft gesloten voor de uitvoer naar andere Lid-Staten en ook in feite een — zij het betrekkelijk gering — gedeelte van haar produktie naar deze landen heeft uitgevoerd;

dat deze exporten Miller en enkelen van haar afnemers echter belangrijk genoeg leken om de betrokken clausules te rechtvaardigen;

dat overigens het belang van haar Duitse markt Miller ertoe kon brengen deze markt te beschermen tegen herinvoer van produkten die zij tegen verlaagde prijzen had uitgevoerd;

13 Overwegende ten slotte dat Miller nog betoogt dat noch haar Duitse afnemers, noch haar exporterende of buitenlandse afnemers geïnteresseerd waren in de intracommunautaire handel, zodat de exportverboden hun concurrentievrijheid niet hebben belemmerd;

dat trouwens exporten naar andere Lid-Staten alleen al wegens de hogere prijzen die werden toegepast voor wederverkopers in de Bondsrepubliek Duitsland, weinig winstgevend waren;

14 Overwegende dat aan de huidige situatie ontleende argumenten zelfs wanneer de juistheid van dergelijke algemene beweringen rechtens genoegzaam zou zijn na te gaan, niet volstaan voor het bewijs dat exportverboden de handel tussen de Lid-Staten niet kunnen beïnvloeden, aangezien deze situatie zich van jaar tot jaar kan wijzigen door veranderingen in de marktvoorwaarden of in de structuur zowel van de gemeenschappelijke markt in haar geheel als van de verschillende nationale markten;

dat overigens, zoals reeds is opgemerkt, de omstandigheid dat de van verzoekster afnemende wederverkopers er de voorkeur aan geven hun handelsactiviteiten te beperken tot nauwer begrensde regionale of nationale markten, net zo min de formele opneming van exportverbodsclausules in afzonderlijke overeenkomsten of in algemene verkoopvoorwaarden kan rechtvaardigen als de wens van de producent om de gemeenschappelijke markt op te delen;

dat tenslotte de betrokken clausules het op zijn minst voor Miller gemakkelijker hebben gemaakt haar politiek van lagere exportprijzen te handhaven;

15 Overwegende dat uit een en ander volgt dat de betrokken clausules de handel tussen de Lid-Staten konden beïnvloeden;

dat Miller weliswaar betoogt dat de Commissie had moeten aantonen dat deze clausules het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar hebben beïnvloed, doch dat dit argument niet kan worden aanvaard;

dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag met het verbod van overeenkomsten welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt, niet het bewijs verlangt dat dergelijke overeenkomsten dit handelsverkeer inderdaad merkbaar hebben beïnvloed, welk bewijs trouwens in de meeste gevallen slechts moeilijk rechtens genoegzaam zou kunnen worden geleverd, doch veeleer het bewijs dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben;

dat de Commissie, zich baserend op Miller's marktpositie, op haar produktieomvang, op de vastgestelde exporten en de door haar toegepaste prijspolitiek, afdoende heeft aangetoond dat inderdaad het gevaar bestond van een merkbare beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten;

16 dat in de bestreden beschikking derhalve met recht kon worden vastgesteld dat Miller met de gewraakte exportverboden de bepalingen van artikel 85, lid 1, had overtreden;

dat derhalve het beroep, voorzover gericht tegen artikel 1 van deze beschikking, dient te worden verworpen;

De geldboete

17 Overwegende dat verzoekster subsidiair heeft verzocht de geldboete van 70 000 r.e. te annuleren of te verlagen;

dat zij zegt dat zij de haar verweten overtredingen niet opzettelijk had begaan en dat deze overtredingen trouwens niet ernstig waren;

dat zij bij de opstelling van de exportverboden zich er niet van bewust was het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag te overtreden;

dat deze onwetendheid wordt bewezen door het advies van een juridisch adviseur die zij had geraadpleegd voor de redactie van haar verkoopvoorwaarden, welk advies, overgelegd als bijlage bij haar memorie van repliek, nergens rept van een eventuele onverenigbaarheid van de exportverbodsclausules met het gemeenschapsrecht;

18 Overwegende dat de betrokken clausules, naar uit het voorgaande blijkt, zijn opgesteld of aanvaard door verzoekster, die toch kon weten dat deze er toe strekken de mededinging tussen haar afnemers te beperken;

dat het derhalve niet van belang is of verzoekster zich al dan niet ervan bewust was het verbod van artikel 85 te overtreden;

dat in zoverre het advies van een juridisch adviseur, waarop zij zich beroept, haar niet vermag te verschonen;

dat derhalve dient te worden aangenomen dat de door het Verdrag verboden handelingen opzettelijk en in strijd met de verdragsbepalingen zijn verricht;

19 Overwegende aangaande de ernst van de overtreding dat exportverbodsclausules een concurrentiebeperking vormen die reeds naar haar aard het handelsverkeer tussen de Lid-Staten in gevaar brengt;

dat derhalve de Commissie aan de vastgestelde inbreuken een zekere ernst kon toekennen en hiermee in het kader van artikel 15 van verordening nr. 17 rekening mocht houden;

20 Overwegende dat verzoekster nog heeft betoogd dat het bedrag van de boete een uiterst zware sanctie zou zijn voor een onderneming als de hare;

21 Overwegende echter dat zij een toetsing van deze bewering heeft verhinderd door de zijdens het Hof gevraagde overlegging van haar balans te weigeren;

22 Overwegende dat mitsdien het beroep tegen artikel 2 van de bestreden beschikking ongegrond is en eveneens moet worden verworpen;

Ten aanzien van de kosten

23 Overwegende dat ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden verwezen voorzover zulks is gevorderd;

dat verzoekster in het ongelijk is gesteld;

dat zij derhalve in de kosten moet worden verwezen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verklaart het beroep ongegrond;**

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

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op één februari negentienhonderdachtenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

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

*Mijnheer de President,*
*mijne heren Rechters,*

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

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

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

1 — Vertaald uit het Engels.