II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 22 december 1987

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag

(IV/30.787 en 31.488 — Eurofix-Bauco/Hilti)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(88/138/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op artikel 3,

Gezien de verzoeken die overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17 door Eurofix Limited te Arley bij Conventry, Verenigd Koninkrijk, (thans Structural Fastenings Group Limited), en Bauco (UK) Limited te Ealing, Londen, Verenigd Koninkrijk, (thans Thames Ditton, Surrey), op 7 oktober 1982, respectievelijk 26 februari 1985, bij de Commissie zijn ingediend ten einde te doen vaststellen dat Hilti AG te Schaan, Liechtenstein, inbreuk heeft gemaakt op artikel 86,

Gezien de inlichtingen die de Commissie heeft ingewonnen uit hoofde van haar bevoegdheden op grond van de artikelen 11 en 14 van Verordening nr. 17,

Gezien het besluit van de Commissie van 9 augustus 1985 om in deze zaak een procedure in te leiden,

Na de betrokken onderneming in de gelegenheid te hebben gesteld haar standpunt kenbaar te maken ter zake van de door de Commissie in aanmerking genomen punten van bezwaar, zoals bepaald in artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en in Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie 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 (2),

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

A. DE FEITEN

I. INLEIDING

a) De partijen

Hilti

(1) Hilti Aktiengesellschaft (Hilti AG) (3) is een grote, in Liechtenstein gevestigde onderneming die is gespecialiseerd in de vervaardiging en verdeling van een reeks bevestigingssystemen (zoals boormateriaal, schiethamers) (4), die voornamelijk zijn bestemd voor professioneel gebruik in de bouw. In

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

(3) In de onderhavige beschikking wordt met „Hilti" de gehele Hilti-organisatie bedoeld, d.w.z. Hilti AG (Liechtenstein) en alle dochterondernemingen waarvan zij het volledige kapitaal in handen heeft of die zij anderszins beheerst. Voor zover niet anders vermeld, slaat de term niet op de onafhankelijke Hilti-verdelers.

(4) Hierna zullen „voor bevestiging dienende werktuigen met explosieve lading" worden aangeduid als „schiethamers". Daarbij zal, waar nodig, onderscheid worden gemaakt tussen direct en indirect werkende types (zie ook de volgende voetnoot).

1986 behaalde zij in de gehele wereld een omzet van 1 429 miljoen Zwfr. Op het gebied van schiethamers en toebehoren (nagels, patronen en patroonstrips) (1), die zij naast andere bevestigingssystemen fabriceert, neemt Hilti onbetwistbaar een leidende positie op wereldvlak in. Hilti's omzet van deze produkten bedroeg in 1984 over de gehele wereld (...) Zwfr. (In de gepubliceerde versie van deze beschikking zijn overeenkomstig artikel 21 van Verordening nr. 17 in verband met het bewaren van zakengeheimen hierna enkele cijfers weggelaten.) waarvan (...) Zwfr. in de Gemeenschap werd behaald. Zij ontwikkelt en vervaardigt haar produkten niet slechts in Liechtenstein, doch ook in een aantal vestigingen in de Gemeenschap, voornamelijk in Duitsland.

(2) In de Gemeenschap verkoopt Hilti haar schiethamers en toebehoren via 100 %-dochterondernemingen die in België, Frankrijk, Ierland, Duitsland, Spanje en het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. In Denemarken, Italië, Nederland, Griekenland en Portugal geschiedt de verkoop door middel van onafhankelijke verdelers.

(3) Buiten de Gemeenschap bedient Hilti zich voor de verdeling van haar produkten over de gehele wereld van 100 %-dochterondernemingen (met name in Zwitserland, de Verenigde Staten, Canada, Australië en Japan) of doet zij een beroep op onafhankelijke verdelers (met name in Zweden, Noorwegen en Finland), die op soortgelijke wijze zijn georganiseerd als de onafhankelijke verdelers in de Gemeenschap.

Eurofix

(4) Eurofix te Arley bij Coventry, Verenigd Koninkrijk, (ook bekend als Profix), is een betrekkelijk kleine onderneming die zich vooral toelegt op de vervaardiging en verdeling van velerlei soorten nagels, waaronder sinds het einde van de jaren zestig nagels voor gebruik in de door Hilti en andere fabrikanten in deze sector vervaardigde schiethamers.
Eurofix verkoopt haar assortiment Hilti-compatibele nagels niet slechts met behulp van haar eigen gespecialiseerde verkoopteam, doch eveneens door middel van machineverhuurbedrijven en andere verdelers.

Bauco

(5) Bauco, gevestigd te Surrey, Verenigd Koninkrijk, is een onderneming van bescheiden omvang die is gespecialiseerd in de invoer en distributie van nagels voor gebruik in Hilti-schiethamers. Vanaf haar oprichting in 1984 heeft Bauco haar assortiment Hilti-compatibele nagels vrijwel uitsluitend verkocht aan machineverhuurbedrijven en andere verdelers. Gedurende korte tijd heeft zij patroonstrips voor Hilti-schiethamers vervaardigd. Zij heeft deze produktie stopgezet nadat Hilti zich tot de rechter had gewend.

b) **De produkten**

(6) Voordat er schiethamers bestonden, werden voor het uitvoeren van bevestigingen in de bouw tamelijk tijdrovende en arbeidsintensieve methoden gebruikt: eerst werden gaten geboord en daarna werden, al naar gelang van het geval, bouten of krammen aangebracht. Toen Dr. Martin Hilti in 1958 een schiethamer perfectioneerde, werd deze snel populair. Schiethamers werken volgens hetzelfde beginsel als een pistool: een nagel wordt door een exploderende patroon met grote kracht en precisie in de gewenste positie ingedreven. Een verschilpunt is, dat bij een schiethamer de nagel en de patroon geheel los van elkaar zijn. Aanvankelijk werden de nagels direct door de exploderende patroon aangedreven en bijgevolg met zeer hoge snelheid ingeschoten. Thans zijn de meeste schiethamers, ook die van Hilti, gebaseerd op het intrinsiek veiligere systeem van de indirecte werking door middel van een drukstuk, waarbij de exploderende patroon een plunjer in beweging brengt die op zijn beurt de nagel lanceert. Daardoor wordt bereikt dat de nagel de schiethamer met een veel lagere snelheid verlaat dan bij direct werkende types het geval is.

(7) De meeste fabrikanten van schiethamers produceren een reeks hamers voor diverse soorten hechtingen. In deze schiethamers kunnen patronen van verschillende zwaarte worden gebruikt. Bovendien zijn sommige schiethamers voorzien van een systeem waarmee de drijfkracht kan worden geregeld. Door het gebruik van PAFS kunnen bevestigingen in de regel zonder omslachtig boorwerk en zonder voorbereidingstijd worden uitgevoerd.

Normaal moeten in het basismateriaal proefhechtingen worden uitgevoerd om na te gaan of en met welk toebehoren een goede bevestiging tot stand kan worden gebracht. Omdat een ondeugdelijke bevestiging niet steeds zichtbaar is en er rekening moet worden gehouden met een zeker percentage missers, moet bovendien altijd een minimumaantal bevestigingen worden verwezenlijkt en mag nooit op één enkele bevestiging worden vertrouwd. Het minimaal vereiste aantal bevestigingen verschilt volgens het te dragen gewicht en het basismateriaal.

(8) Voor de verschillende soorten verbindingen en de diverse materialen waarin die verbindingen tot stand moeten worden gebracht of waarop verdere

(1) De term „nagels" omvat bouten, nagels en andere bevestigingsmiddelen die worden ingeschoten of vastgezet met een schiethamer. Met „patronen" worden de losse koperen patronen bedoeld die hetzij in patroonstrips worden geschoven voor gebruik in halfautomatische schiethamers, hetzij één voor één in eenschotshamers geladen worden. De term „patroonstrips" slaat op de strips of houders (in het geval van Hilti van plastic vervaardigd) die met koperen patronen worden gevuld. Behalve indien anders aangegeven, wordt met een patroonstrip een strip te zamen met de daarbij behorende patronen bedoeld. Onder „toebehoren" moeten nagels en patroonstrips worden verstaan en onder „bevestigingssystemen met explosieve lading" („powder actuated fastening systems"), hierna „PAFS" genoemd, schiethamers, nagels en patroonstrips.

bevestigingen kunnen worden aangebracht, zijn speciale nagels nodig. Deze nagels worden speciaal voor gebruik in schiethamers vervaardigd en gewone nagels zijn daarvoor ongeschikt. De nagel moet zo sterk zijn en een punt met zodanige eigenschappen hebben, dat hij zowel penetratievermogen als de vereiste hechtkracht bezit. Om technische redenen kunnen de nagels niet van roestvrij staal worden vervaardigd zodat zij, om te vermijden dat de hechting door corrosie haar stevigheid verliest, moeten worden verzinkt.

(9) De nagels moeten voor de verschillende schiethamers aan bepaalde specificaties beantwoorden. Aangezien sommige schiethamers volgens dezelfde normen zijn gebouwd, zijn de diverse nagels tot op zekere hoogte onderling verwisselbaar in die zin dat zij soms in schiethamers van meer dan één merk passen.

(10) Bij de eerste types schiethamers moesten na elk schot een nieuwe nagel en een nieuwe patroon worden ingebracht, hetgeen een tijdrovend en in de winter, wanneer de werklieden handschoenen droegen, een lastig karwei was. In modernere schiethamers, waaronder die van Hilti, kan een magazijn worden gebruikt dat een aantal patronen bevat. De meeste patroonmagazijnen hebben de vorm van een van plastic (soms van metaal) vervaardigde strip of schijf met gewoonlijk tien koperen patronen. Deze strip verspringt automatisch bij elk schot, zodat geen nieuwe patroon in de schiethamer hoeft te worden ingebracht. Schiethamers van dit type zijn slechts halfautomatisch in die zin dat zij telkens met een nieuwe nagel moeten worden geladen. Normaal moet voor een bepaald merk schiethamer een patroonstrip worden vervaardigd die daarin past, en de patroonstrips zijn meestal niet onderling verwisselbaar. Losse koperen patronen zijn meer gestandaardiseerd (1).

(11) Schiethamers worden gebruikt door tal van vaklieden in de bouw. Gelet op de voor de aankoop van een schiethamer vereiste investering, in verhouding tot het gebruik dat ervan wordt gemaakt, valt zo'n werktuig buiten het bereik van de meeste gewone doe-het-zelvers. Door de opkomst van machineverhuurbedrijven, vooral in het Verenigd Koninkrijk, zijn schiethamers in beperkte mate beschikbaar gekomen voor niet beroepsmatig gebruik.

(12) Hilti geniet voor haar assortiment schiethamers, nagels en patroonstrips tot op zekere hoogte octrooibescherming.

12.1. Eén van Hilti's nieuwste schiethamers, de DX 450, bezit bepaalde nieuwe kenmerken in vergelijking met haar oudere modellen (zoals de DX 100 en de DX 350), die zijn geoctrooieerd. Hilti's schiethamers zijn in de gehele Gemeenschap beschermd door octrooien die al naar gelang van het land en van het kenmerk waarop het octrooi betrekking heeft, tussen 1986 en 1996 aflopen.

12.2. In de Gemeenschap zijn in alle Lid-Staten, behalve Denemarken, aan Hilti eveneens octrooien verleend voor bepaalde nagels. Deze octrooien zijn in sommige Lid-Staten reeds afgelopen en dit zal voor alle octrooien het geval zijn in 1988. Deze octrooibescherming heeft een aantal fabrikanten echter niet belet om speciaal voor gebruik in schiethamers van Hilti en van andere producenten een assortiment nagels met kennelijk dezelfde eigenschappen te produceren. Hilti is nooit op grond van deze octrooien in rechte opgetreden.

12.3. De losse koperen patronen die vóór de opkomst van patroonstrips voor halfautomatische schiethamers in zwang waren, waren niet geoctrooieerd en dergelijke patronen konden vrij van diverse leveranciers worden betrokken. De door Hilti voor gebruik in de DX 350 ontwikkelde tienschotspatroonstrip was in alle Lid-Staten geoctrooieerd. Hij wordt nu gebruikt in andere modellen, met name in de DX 450. Deze octrooien zijn in Griekenland afgelopen in 1983 en in Duitsland in 1986. In alle andere Lid-Staten zullen zij aflopen in 1988 of 1989.

Fiocchi, vroeger een leverancier van Hilti, is thans een onafhankelijke producent van patronen en patroonstrips. Hilti spande in verband met de verkoop van Fiocchi-patronen processen aan in de Bondsrepubliek (waar zij vóór het verstrijken van haar octrooien erin slaagde de verkoop door de rechter te doen verbieden) en in Italië. In Denemarken werd een onafhankelijke verdeler van patroonstrips die voor gebruik in Hilti-schiethamers waren bestemd doch niet door Hilti waren vervaardigd, eveneens met rechtsvervolging wegens octrooi-inbreuk bedreigd, hetgeen ertoe leidde dat de strips uit de markt werden genomen. In het Verenigd Koninkrijk kwam het in verband met patroonstrips tot een rechtszaak (voor bijzonderheden zie hierna). In de Verenigde Staten is Hilti's octrooi voor patroonstrips restrictiever geformuleerd, zodat onafhankelijke fabrikanten van patroonstrips strips voor Hilti-schiethamers konden ontwerpen en op de markt brengen zonder op Hilti's octrooien inbreuk te maken. Andere producenten van schiethamers vervaardigden of verdelen patroonstrips die in hun eigen schiethamers passen doch niet in die van Hilti, en die blijkbaar volgens dezelfde beginselen werken als de strips van Hilti.

(1) Hilti heeft plannen bekendgemaakt om nagels in houders te verkopen die dan de nagels automatisch in de schiethamer invoeren. Dit maakt de schiethamer volledig automatisch. Deze recente ontwikkeling heeft echter geen invloed op de onderhavige zaak.

In het Verenigd Koninkrijk zou het oorspronkelijke, op grond van de Patent Act 1949 verleende octrooi normaal zijn afgelopen na zestien jaar, in juli 1984. Bij de Patent Act 1977 is de geldigheidsduur van alle nieuwe en bestaande octrooien tot 20 jaar verlengd, ten einde die termijn in overeenstemming te brengen met octrooien elders in de Gemeenschap. Het octrooi voor patroonstrips zal derhalve aflopen in juli 1988. Voor alle octrooien waarvan de geldigheidsduur bij deze wet is verlengd, kunnen voor de duur van deze verlenging dwanglicenties worden verkregen. Bij gebreke van overeenstemming tussen licentiegever en licentienemer worden de licentievoorwaarden vastgesteld door de Britse „Comptroller of Patents, Designs and Trademarks". Behalve op octrooibescherming maakt Hilti voor het ontwerp van haar patroonstrips zonder patronen in het Verenigd Koninkrijk aanspraak op bescherming op grond van de Britse wettelijke regeling betreffende het eigendomsrecht (copyright) op tekeningen. De tekeningen van patroonstrips waarvoor Hilti het recht op bescherming opeist en waarop volgens haar door driedimensionale reproduktie inbreuk zou worden gemaakt, zijn die welke bij haar octrooi-aanvraag zijn gevoegd.

(13) Uit de in het bezit van de Commissie zijnde gegevens blijkt niet, dat enig, door andere producenten van schiethamers aangevraagd octrooi voor patroonstrips aan de vervaardiging door derden van voor gebruik in die schiethamers geschikte strips in de weg zou staan.

II. DE MARKT

c) Het marktaandeel

(14) In de hieronder staande tabel is het marktaandeel voor schiethamers aangegeven waarover Hilti volgens de betrouwbaarste ramingen van de Commissie in de onderscheiden Lid-Staten beschikt. Voor Spanje en Portugal zijn geen ramingen beschikbaar, maar aangenomen mag worden dat Hilti's marktaandeel in deze Lid-Staten niet wezenlijk van dat in de andere Lid-Staten verschilt, zodat voor de gehele Gemeenschap van een marktaandeel van rond (..) % mag worden uitgegaan.

Hilti's bij benadering geraamde marktaandelen (voor schiethamers in 1982)

(Bron: Hilti's eigen ramingen en PASA UK [1])

België/Luxemburg	(..) %
Denemarken	(..) %
Duitsland	(..) %
Griekenland	(..) %
Frankrijk	(..) %
Ierland	(..) %
Italië	(..) %
Nederland	(..) %
Verenigd Koninkrijk	(..) %.

Opmerking: Hilti schat dat van andere concurrenten enkel Spit en Impex op de gemeenschappelijke markt in haar geheel over een belangrijk marktaandeel beschikken (rond (..) % voor Spit en (..) % voor Impex). De marktaandelen van andere producenten zijn gering of onbeduidend. Volgens cijfers waarover de Commissie beschikt, is het niet onmogelijk dat Hilti het marktaandeel van Spit overschat. In ieder geval verkoopt Spit overwegend in Frankrijk en in veel mindere mate in het Verenigd Koninkrijk; in beide landen is het marktaandeel van Spit overigens aanzienlijk kleiner dan dat van Hilti.

(15) Wat patroonstrips en patronen en nagels betreft, zijn geen zeer nauwkeurige ramingen van Hilti's aandeel in de verkoop per Lid-Staat voorhanden. In het Verenigd Koninkrijk, waar ramingen van PASA beschikbaar zijn, bedraagt Hilti's aandeel in de verkoop tussen (..) en (..) % voor nagels en ongeveer (..) % voor patroonstrips. Buiten Spit heeft geen enkele andere onderneming meer dan (..) % van de markt in handen. Gelet op de beschikbare cijfers, meent de Commissie ervan te mogen uitgaan dat de ramingen van de aandelen in het Verenigd Koninkrijk ook een min of meer juist beeld geven van de situatie in andere Lid-Staten (onder meer wat de vaststelling betreft dat Hilti's aandeel in de verkoop groter is voor toebehoren dan voor werktuigen). Zij neemt dan ook aan, dat Hilti voor toebehoren over een marktaandeel van ten minste gelijke omvang beschikt als voor de werktuigen die zij produceert. Hilti vervaardigt haar eigen nagels, terwijl haar patronen en patroonstrips voor haar worden gefabriceerd door Dynamit Nobel en Nouvelle Cartoucherie de Surviliers (hierop wordt nog nader ingegaan). Vroeger leverde ook Fiocchi patronen en patroonstrips aan Hilti, doch die betrekkingen zijn verbroken. De meeste andere fabrikanten van schiethamers hebben speciaal voor gebruik in hun eigen werktuigen patroonstrips en nagels vervaardigd of doen dat nog, terwijl een minderheid voor de levering van een of meer soorten toebehoren een beroep doet op derden. Sommigen van deze producenten van schiethamers fabriceren ook nagels en/of patroonstrips die geschikt zijn voor gebruik in schiethamers van andere producenten, waaronder Hilti.

(16) Behalve door de fabrikanten van schiethamers zelf, wordt ook toebehoren voor dergelijke werktuigen geleverd door andere producenten die geen schiethamers maken (onafhankelijke producenten van nagels of patronen). Er zijn meer onafhankelijke producenten van nagels dan van patronen.

[1] PASA UK is de ondernemersvereniging van PAFS-fabrikanten in het Verenigd Koninkrijk.

(17) Naast de klagers, Eurofix en Bauco, zijn er in de Gemeenschap verschillende onafhankelijke producenten van nagels voor schiethamers. Omdat Hilti met haar schiethamers veruit het grootste aandeel van de markt in handen heeft, zijn deze onafhankelijke nagelfabrikanten vooral geïnteresseerd in de levering van nagels voor gebruik in Hilti-schiethamers. Ingevolge de hierna beschreven handelspraktijken is de verkoop door onafhankelijke ondernemingen van nagels voor Hilti-schiethamers evenwel beperkt, ook al zijn sommige van die ondernemingen erin geslaagd afzetwegen te vinden buiten de Gemeenschap. Deze onafhankelijke fabrikanten, en met name de klagers, stellen dat Hilti's praktijk van koppelverkoop van nagels en patroonstrips (of praktijken van gelijke werking) hun ontplooiingsmogelijkheden op de markt ernstig hebben beknot. Zij voeren aan dat zij onder die verkoopkoppeling een grotere omzet zouden hebben verwezenlijkt en dat het feit dat zij gedwongen zijn hun produktie op een kunstmatig laag peil te houden, een kostenverhogende uitwerking heeft. Sommigen van deze onafhankelijke nagelfabrikanten produceren ook nagels voor gebruik in andere schiethamers dan die van Hilti. Uit het voorgaande kan de slotsom worden getrokken, dat Hilti's marktaandeel voor Hilti-compatibele nagels zeer aanzienlijk is en haar aandeel van de markt voor nagels in het algemeen overtreft.

(18) Er zijn in de Gemeenschap slechts drie onafhankelijke producenten van patronen voor schiethamers : Dynamit Nobel (in Duitsland), Nouvelle Cartoucherie de Survilliers (in Frankrijk) en Fiocchi (in Italië). Hilti heeft met Dynamit Nobel en Nouvelle Cartoucherie de Survilliers overeenkomsten betreffende de ontwikkeling van patronen gesloten. Deze patronen worden door Dynamit Nobel en Nouvelle Cartoucherie de Survilliers rechtstreeks aan Hilti's distributie-ondernemingen of erkende exclusieve verdelers verkocht. Voor zover de Commissie bekend is, is naast deze producenten Fiocchi de enige andere belangrijke producent van Hilti-compatibele patroonstrips. Tot voor kort (1985) produceerde Fiocchi, evenals Dynamit Nobel en Nouvelle Cartoucherie de Survilliers, patronen en strips voor Hilti. Aangezien zij eerst onlangs heeft opgehouden aan Hilti te leveren, valt de voor de toekomst te voorziene omvang van haar verkoop van Hilti-compatibele patroonstrips moeilijk te ramen. Gelet op het feit dat in de meeste Lid-Staten nog octrooibescherming bestaat (behalve in Griekenland en Duitsland en in het Verenigd Koninkrijk, waar dwanglicenties kunnen worden verleend), is echter te verwachten dat de verkoop beperkt zal zijn.

(19) Zoals gezegd, moeten nagels en patroonstrips speciaal zo worden vervaardigd dat zij in bepaalde merken of types van schiethamers passen, en zijn zij niet voor alle merken bruikbaar. Naar weten van de Commissie heeft alleen Hilti aanspraak gemaakt op en met succes de hand kunnen houden aan octrooibescherming voor haar patroonstrips, en de fabricage van een patroonstrip die geschikt is voor doelmatig gebruik in Hilti-schiethamers zou, zo te zien, een inbreuk op Hilti's octrooi vormen. Wat het Verenigd Koninkrijk betreft stelt Hilti dat, terwijl de reproduktie van het ontwerp van haar strips in strijd zou zijn met haar copyright, het zonder schending van dit copyright mogelijk is anders ontworpen strips te vervaardigen, zoals die welke door Fiocchi worden geproduceerd. Volgens Bauco echter zou een strip die veilig en doelmatig in een Hilti-schiethamer zou kunnen worden gebruikt, qua ontwerp onvermijdelijk zo sterk op de Hilti-strips lijken, dat er ernstig gevaar zou bestaan van inbreuk op Hilti's beweerde copyright. Bovendien heeft Hilti geen andere strips dan die welke door haar zelf zijn ontworpen als geschikt voor veilig en doelmatig gebruik in haar schiethamers erkend. Uit een en ander volgt, dat in de Gemeenschap Hilti's marktaandeel voor Hilti-compatibele patroonstrips zeer aanzienlijk is en veel groter dan haar aandeel in de markt voor patroonstrips in het algemeen.

(20) Omdat in de Verenigde Staten de octrooien voor patroonstrips restrictiever zijn geformuleerd, bestaat er daar een ruimer aanbod van strips van ondernemingen die geen schiethamers fabriceren dan in de Gemeenschap en is er een groter aandeel van de markt in handen van onafhankelijke producenten van patroonstrips en nagels. Sommige, door producenten van schiethamers voor hun eigen werktuigen vervaardigde nagels worden er verkocht voor gebruik in schiethamers van andere merken. Bovendien verkopen sommige op de Europese markt opererende, onafhankelijke nagelfabrikanten ook in de Verenigde Staten.

d) De distributiesystemen voor schiethamers en toebehoren in de Gemeenschap

(21) Hilti heeft op het gebied van de distributie in de Gemeenschap over het algemeen een beleid van directe verkoop aan de eindverbruiker gevoerd. In België, Duitsland, Frankrijk, Spanje, Ierland en het Verenigd Koninkrijk werkt zij met 100 %-dochterondernemingen. In Portugal, Italië, Griekenland, Denemarken en Nederland heeft zij plaatselijke exclusieve verdelers aangesteld, waarmee zij een nauwe binding tot stand heeft gebracht bij wege van het „Hilti International Agreement". De overeenkomsten met deze onafhankelijke verdelers vertonen alle volgende aspecten, althans het merendeel ervan :

a) aan de verdeler wordt een alleenverkooprecht toegekend in het land dat hem als werkterrein wordt toegewezen ;

b) de verdeler verbindt zich ertoe uitsluitend rechtstreeks aan de eindverbruiker te verkopen ;

c) de verdeler mag geen produkten vervaardigen, verhandelen of verkopen die direct met Hilti-produkten concurreren;

d) Hilti helpt de verdeler met de noodzakelijke informatie en opleiding;

e) de verdeler verplicht zich ertoe het algemene beleid van de „Hilti International Group" te volgen overeenkomstig het „Hilti International Charter", dat in een nauwe samenwerking tussen partijen voorziet;

f) de verdeler mag vrij zijn prijzen vaststellen na overleg met Hilti en met inachtneming van het prijsbeleid van de „Hilti International Group".

(22) In bepaalde Lid-Staten heeft Hilti een aanvang gemaakt met verkoop aan anderen dan eindverbruikers, zoals machineverhuurbedrijven en andere verdelers, die een bescheiden doch niet onbeduidende en geleidelijk belangrijker wordende rol spelen bij de distributie van schiethamers en toebehoren. Met deze machineverhuurbedrijven en andere verdelers bestaan er geen formele distributie-overeenkomsten. Met name in het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Spanje vertegenwoordigt deze indirecte handel een niet te verwaarlozen, zij het nog niet zeer hoog percentage van Hilti's omzet (1).

(23) Andere fabrikanten van schiethamers passen een hele reeks uiteenlopende distributiesystemen toe. Sommigen werken met 100 %-dochterondernemingen en in mindere mate met alleenverkopers in bepaalde Lid-Staten waar een politiek van directe verkoop aan de eindverbruiker wordt gevoerd. Andere, vaak kleinere producenten verkopen ten dele rechtstreeks aan eindverbruikers en ten dele door middel van dealers of machineverhuurbedrijven, op grond van een informele regeling zonder exclusiviteit. Een minderheid werkt voornamelijk met dealers of machineverhuurbedrijven op informele en niet exclusieve basis.

(24) De onafhankelijke nagelfabrikanten, waaronder de klagers, die tegenwoordig nagels voor gebruik in schiethamers van Hilti en andere merken vervaardigen, verkopen vanwege hun betrekkelijk geringe omvang aan machineverhuurbedrijven of soortgelijke verdelers/dealers. Eurofix beschikt daarnaast over eigen verkopers, die rechtstreeks met eindverbruikers handelen.

III. DE KLACHTEN EN DE VERBINTENIS

e) Verzoeken tot vaststelling van een inbreuk

(25) Bij wege van een formeel verzoek op grond van artikel 3 van Verordening nr. 17 beklaagde Eurofix zich op 7 oktober 1982 bij de Commissie erover dat Hilti inbreuk maakte op artikel 86 van het Verdrag. Zij stelde dat Hilti met gebruikmaking van haar dochterondernemingen in de Gemeenschap een commerciële strategie toepaste die erop was gericht, Eurofix van de markt voor Hilti-compatibele nagels uit te sluiten. Het betoog van Eurofix kan als volgt worden samengevat: Hilti weigerde aan onafhankelijke dealers of verdelers van Hilti-produkten patroonstrips te leveren zonder een overeenkomstige hoeveelheid nagels; als reactie trachtte Eurofix, om haar nagels voor Hilti-schiethamers te kunnen verkopen, zelf patroonstrips te betrekken; Hilti zette haar onafhankelijke verdeler in Nederland, die Eurofix voorheen met patroonstrips had bevoorraad, ertoe aan die leveringen stop te zetten; ook het rechtstreekse verzoek van Eurofix aan Hilti om levering van patroonstrips stuitte op een weigering. Eurofix vroeg eveneens om een dwanglicentie, waarvan de voorwaarden vervolgens door de „Comptroller of Patents" werden vastgesteld. Hilti maakte het de klaagster duidelijk, dat zij van oordeel was dat een dergelijke octrooilicentie geen licentie impliceerde met betrekking tot het copyright waarop Hilti in het Verenigd Koninkrijk aanspraak maakte.

(26) Bauco diende een soortgelijke klacht in bij de Commissie, stellende dat Hilti inbreuk had gemaakt op artikel 86, en vroeg om voorlopige maatregelen. In een formeel verzoek van 26 februari 1985 op grond van artikel 3 van Verordening nr. 17 voerde Bauco het volgende aan: Haar cliënten konden van Hilti geen patroonstrips kopen zonder nagels, hetgeen het voor Bauco moeilijk maakte haar nagels te verkopen; Hilti weigerde aan Bauco patroonstrips te leveren; Bauco's pogingen om langs derden om patroonstrips van Hilti's onafhankelijke verdeler in Nederland te betrekken, waren geblokkeerd en Hilti verminderde de kortingen aan Bauco's cliënten, omdat zij Bauco-nagels kochten. Voorts weigerde Hilti aan Bauco een licentie te verlenen voor de vervaardiging of invoer van patroonstrips. Toen Bauco toch dergelijke strips vervaardigde of invoerde, stelde Hilti een procedure tot verkrijging van een rechterlijk bevel tot stopzetting in op grond van inbreuk op het copyright en het octrooirecht. Dientengevolge accepteerde Bauco op 4 december 1984 noodgedwongen een overeenkomst waarbij zij zich ertoe verbond geen patroonstrips te verkopen, in te voeren of te vervaardigen waarvan het ontwerp een reproduktie vormde van tekeningen waarvan Hilti het copyright bezat, of waardoor inbreuk zou worden gemaakt op Hilti's octrooien. Bauco heeft om verlening van een dwanglicentie verzocht, doch vreest dat, gezien Hilti's aanspraak op copyright, een dwanglicentie op grond van het octrooirecht van weinig waarde zal zijn. De voorwaarden van de dwanglicentie zijn later door de „Comptroller of Patents" vastgesteld.

(1) Het aandeel van de indirecte handel is kennelijk veel groter wanneer men naar het aantal cliënten kijkt, dan wanneer men zich op het aantal verkopen baseert, aangezien Hilti belangrijke afnemers normaal rechtstreeks contracteert, terwijl kleine cliënten gewoonlijk veeleer door machineverhuurbedrijven of verdelers worden bediend.

f) De procedure tot vaststelling van voorlopige maatregelen en de naar aanleiding daarvan door Hilti gegeven verbintenis

(27) Speciaal naar aanleiding van Bauco's verzoek om voorlopige maatregelen, verzocht de Commissie Hilti om inlichtingen op grond van artikel 11 van Verordening nr. 17 en verrichtte zij overeenkomstig artikel 14 van deze verordening een verificatie bij Hilti GB.

(28) Na bestudering van de aldus verzamelde gegevens achtte de Commissie het voorshands aannemelijk dat Hilti op de markt voor zowel schiethamers als toebehoren een machtspositie bezat en daarvan misbruik had gemaakt, onder meer door de levering van patroonstrips te doen afhangen van de aankoop van nagels. Bijgevolg leidde de Commissie de procedure van artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 in en zond zij Hilti op 9 augustus 1985 een mededeling van punten van bezwaar toe, die tot een beschikking houdende voorlopige maatregelen moest leiden.

(29) In plaats van in het kader van de procedure inzake voorlopige maatregelen haar recht van verweer uit te oefenen, verklaarde Hilti zich bereid onder voorbehoud van alle rechten een verbintenis te geven, die van kracht zou zijn totdat de Commissie haar onderzoek zou hebben voltooid en een definitief standpunt zou hebben ingenomen. Dit aanbod werd op 27 augustus 1985 door de Commissie aanvaard [1]. Hilti verklaarde, dat zij voor de duur van de verbintenis zou afzien van koppelverkoop van patroonstrips en nagels en in geval van afzonderlijke bestellingen van patroonmagazijnen discriminatie door middel van kortingen of maatregelen van gelijke werking achterwege zou laten. Na deze verbintenis voltooide de Commissie haar onderzoek, dat tot de onderhavige beschikking heeft geleid.

IV. HILTI'S HANDELSPRAKTIJKEN

g) Koppelverkoop van patroonstrips en nagels

(30) Blijkens de bevindingen van de Commissie bestond Hilti's beleid erin, dat zij aan bepaalde eindverbruikers of verdelers (zoals machineverhuurbedrijven) slechts patroonstrips leverde op voorwaarde dat zij tegelijkertijd een daarbij passende hoeveelheid nagels kochten. In antwoord op een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van Verordening nr. 17 ontkende Hilti aanvankelijk dat zo'n verkoopkoppeling plaatsvond: „De verkopers van Hilti GB bieden een compleet Hilti-bevestigingssysteem aan, maar vanzelfsprekend is ieder onderdeel van het systeem apart en los van de andere verkrijgbaar (...) en er bestaan ongetwijfeld afzonderlijke markten voor werktuigen met explosieve lading die slechts één keer aan een particuliere eindverbruiker worden verkocht, en voor het daarin gebruikte toebehoren, zoals patronen en bevestigingsmiddelen (nagels en pennen), waarvan de voorraad voortdurend moet worden aangevuld (...)". „De kopers van Hilti-gereedschap zijn vrij om nagels te bestellen waar zij wensen" (brief van Hilti van 23 maart 1983, punt 1.2 [2]).

(31) Tijdens het onderzoek zijn evenwel de volgende feiten aan het licht gekomen:

31.1. Zowel Eurofix als Bauco maakten er in hun klachten melding van dat hun cliënten moeilijkheden hadden ondervonden bij het bestellen van patroonstrips zonder nagels bij Hilti. Wat Eurofix betreft begonnen die problemen reeds in 1981. Cliënten van Bauco stuitten op moeilijkheden vanaf 1984, toen Bauco een aanvang maakte met de verkoop van Hilti-compatibele nagels.

31.2. In antwoord op overeenkomstig artikel 11 van Verordening nr. 17 verzonden brieven betreffende de marktsituatie verklaarde zowel een Deense als een Duitse onafhankelijke fabrikant van nagels, dat Hilti de gewoonte had de verkoop van nagels en patroonstrips te koppelen, waardoor zij moeilijk een afzet konden vinden voor hun nagels.

31.3. Interne documenten van Hilti GB, die ter beschikking van de inspecteurs van de Commissie werden gesteld, wijzen uit dat ten aanzien van bepaalde cliënten verkoopkoppeling plaatsvond. In de brief van Hilti GB aan Hilti AG van 17 mei 1983, betreffende een cliënt van Eurofix, komt de volgende passage voor: „Aan de cliënt is thans medegedeeld, dat een embargo is gelegd op de afzonderlijke verkoop van patronen (de cliënt is alleen mondeling van die restrictie op de hoogte gebracht, zonder dat er iets op papier is gezet)". Het interne memorandum van 24 juni 1983 van Hilti GB aan het verkoopteam voor het gebied Midden-Engeland, betreffende een andere cliënt van Eurofix, bevat de verklaring dat die cliënt „... een grote hoeveelheid Hilti-patronen wenste. Deze patronen moeten blijkbaar dienen voor nagels van Profix (Eurofix) en mogen onder geen beding aan een cliënt worden geleverd. Mocht iemand van U gelijksoortige verzoeken hebben ontvangen, gelieve dit dan onverwijld aan Uw gebiedsdirecteur te melden.".

[1] EEG Bulletin 9-1985 (punt 2.1.42).

[2] Deze ontkenning werd herhaald in Hilti's brief aan de Commissie van 4 juni 1985, vóór de verificatie bij Hilti GB: „Hilti eist als voorwaarde voor de verkoop van patronen aan eindverbruikers of machineverhuurbedrijven niet, dat zij van haar nagels kopen". Deze opmerking werd wel enigszins genuanceerd (zie punt 34.4).

31.4. Bestellingen worden over het algemeen geweigerd, wanneer Hilti vermoedt dat de patronen zijn bestemd voor gebruik met nagels die, louter volgens haar, onveilig zijn. Hilti gaat kennelijk ervan uit, dat het gebruik van Bauco- of Eurofix-nagels in Hilti-schiethamers in ieder geval onveilig is (1).

(32) Hilti erkent in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, dat in individuele gevallen is geweigerd om aan cliënten patroonstrips zonder nagels te leveren. Beide klagers melden dat zij, sinds Hilti de verbintenis heeft gegeven, gemakkelijker hun nagels kunnen verkopen, omdat Hilti over het algemeen bereid is patroonstrips te leveren zonder een daarbij passende voorraad nagels.

h) Discriminatie met betrekking tot bestellingen van uitsluitend patronen

(33) Waar Hilti geen verkoopkoppeling toepaste zoals hiervóór beschreven, trachtte zij de verkoop van nagels van concurrenten te verhinderen door bij bestellingen van patronen zonder nagels stelselmatig de kortingen te verminderen. De vermindering van de kortingen berustte in eerste instantie niet op objectieve criteria zoals de bestelde hoeveelheid, doch voornamelijk op het feit dat de cliënt nagels betrok van concurrenten.

(34) In dit verband kunnen de feiten als volgt worden samengevat :

34.1. Bauco stelde in haar klacht, dat de normale aan haar cliënten toegekende kortingen door Hilti waren verminderd op grond van het feit dat die cliënten Bauco-nagels kochten.

34.2. Uit interne documenten van Hilti GB, die ter beschikking werden gesteld van de inspecteurs van de Commissie, blijkt dat kleinere kortingen een middel vormden om te trachten de verkoop van nagels van concurrenten te verhinderen. In de brief van Hilti GB aan Hilti AG van 17 mei 1983, waarin het geval van een cliënt van Eurofix werd behandeld, werd verklaard : „Zijn korting op DX-patronen zal aanzienlijk worden verminderd en slechts worden toegekend voor zover te zamen met patronen overeenkomstige hoeveelheden bevestigingsmiddelen worden gekocht.". Aanleiding hiertoe was de brief die deze cliënt op 9 mei 1983 aan Hilti GB had toegezonden en waarin hij om zijn gewone korting op een grote bestelling patronen had gevraagd. De interne instructies van Hilti GB aan al haar gebiedsdirecteuren van 6 februari 1981 luiden als volgt : „U dient ervoor te zorgen dat cliënten die van Profix nagels kopen voor gebruik in Hilti-werktuigen tijdig door U worden aangezegd dat zij *niet* meer in aanmerking komen voor service ter plaatse aan werktuigen, opleiding en technisch advies, noch voor korting op patronen. Het moet de verbruikers duidelijk worden gemaakt dat wie Profix-nagels koopt, het zonder die diensten van Hilti zal moeten stellen.". Een ander voorbeeld is een brief van Hilti GB van 23 mei 1985 aan één van Bauco's cliënten waarin stond dat Hilti voornemens was diens korting te verminderen. Uit interne documenten van Hilti blijkt dat zij zich er rekenschap van gaf dat zij moeilijk zou kunnen weigeren aan oude of vaste cliënten te leveren, doch meende dat vermindering van de kortingen hetzelfde effect kon hebben. De korting van Firth Industrial Services (één van Bauco's belangrijkste cliënten) werd eveneens aanzienlijk verminderd, evenals die van Sandell Perkins. Deze gevallen zullen hierna worden besproken.

34.3. Bauco haalde als voorbeeld van discriminatie met betrekking tot afzonderlijke bestellingen van patronen het geval aan van één van haar cliënten, die van Hilti te horen kreeg dat bestellingen van meer dan 5 000 patronen zonder nagels moesten worden goedgekeurd door de regionale directeur.

34.4. Geconfronteerd met de door de tweede klager aangevoerde feiten, gaf Hilti deze praktijken toe, zij het voordat de verificatie bij Hilti GB had plaatsgevonden. In haar brief van 4 juni 1985 aan de Commissie verklaart Hilti : „Het is juist, dat Hilti in het kader van haar verkoopbeleid probeert de kopers van haar directe bevestigingssystemen ertoe over te halen daarin uitsluitend Hilti-toebehoren te gebruiken. Mede daartoe tracht zij haar invloed aan te wenden om te bereiken dat machineverhuurbedrijven bij de bestelling van patronen de nodige nagels van Hilti betrekken. Te dien einde kent zij kortingen toe aan zulke bedrijven die zowel patronen als nagels van haar kopen.". In de brief wordt met betrekking tot bestellingen van meer dan 5 000 patronen voorts gesteld : „In dergelijke gevallen is het mogelijk, en gebeurt het vaak, dat de verantwoordelijke directeur de cliënt ertoe probeert te bewegen ook de verschillende soorten toebehoren van Hilti te kopen en biedt hij soms een korting aan.". Dit standpunt wordt nog eens bevestigd in Hilti's brief aan de Commissie van 3 oktober 1985 daterende van na de verbintenis : „Het is best mogelijk dat één van de redenen die Hilti aan bepaalde machineverhuurbedrijven opgaf voor haar beslissing om hen niet langer van een voorkeursbehandeling (2) in 1981 te laten profiteren, hun praktijk was om in

(1) Op Hilti's beweringen betreffende de veiligheid en geschiktheid voor het beoogde gebruik van nagels van andere merken wordt hierna eveneens ingegaan.

(2) D.w.z. normale kortingen voor grote hoeveelheden.

DX-systemen van Hilti nagels te gebruiken die Hilti onvoldoende betrouwbaar achtte uit het oogpunt van de veiligheid van haar systemen.".

34.5. In haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar erkent Hilti, dat zij een algemeen beleid voerde dat werd gekenmerkt door toekenning van bijzondere kortingen op orders voor patroonstrips met nagels en/of weigering van de normale kortingen bij bestellingen van patroonstrips alleen.

i) Belemmering of verhindering van uitvoer

(35) Hilti oefende vooral in Nederland druk uit op haar onafhankelijke verdelers om geen gevolg te geven aan bepaalde bestellingen voor uitvoer, met name naar het Verenigd Koninkrijk. Dit leidde ertoe, dat Hilti Nederland slechts bereid was in te gaan op orders voor uitvoer naar landen buiten de Gemeenschap. Normaal zou Hilti Nederland voordeel hebben bij de uitvoering van omvangrijke bestellingen, vanuit onder meer het Verenigd Koninkrijk, zodat de verklaring voor deze weigerachtige houding duidelijk moet worden gezocht in overreding en pressie van de zijde van Hilti, gelijk hierna beschreven.

(36) In dit verband zijn de volgende feiten van belang :

36.1. Beide klagers ondervonden moeilijkheden. Eurofix kocht in 1981 via een derde patronen van Hilti Nederland tegen ongeveer de helft van de toen in het Verenigd Koninkrijk geldende catalogusprijs. Bij latere pogingen om voorraden geleverd te krijgen stuitte Eurofix op een weigering, naar zij beweert vanaf het ogenblik waarop Hilti GB ontdekte waar die patronen op de Britse markt vandaan kwamen. Ook Bauco stelt in haar klacht dat zij via derden aan patronen van Hilti Nederland trachtte te komen, omdat de prijzen aanzienlijk lager waren. Hilti Nederland liet in haar antwoord op die bestelling weten, dat zij van Hilti AG instructies had ontvangen om geen patronen te leveren zonder nagels. Na verdere contacten in januari 1985 verklaarde Hilti Nederland zich bereid patronen te leveren op voorwaarde dat zij waren bestemd voor uitvoer naar landen buiten de Gemeenschap.

36.2. Documenten die Hilti in antwoord op een verzoek krachtens artikel 11 van Verordening nr. 17 heeft overgelegd, tonen aan dat Hilti Nederland ervan werd afgebracht aan Eurofix te leveren, en bevestigen vorenstaande versie van de feiten. In haar brief van 23 maart 1983 aan de Commissie verklaart Hilti, dat de eerste bestelling van Eurofix in 1981 werd uitgevoerd omdat zij voor uitvoer was bestemd, en dat een korting werd toegekend omdat Hilti geen kosten voor opleiding zou behoeven te dragen. In haar brief aan de Commissie van 21 januari 1985 (daterende van vóór de ontvangst van de tweede klacht) deelde Hilti de Commissie nadere bijzonderheden mee omtrent dit aspect van de zaak. Daaruit blijkt dat Hilti GB, zodra zij achter de herkomst van de patronen van Eurofix was gekomen, contact opnam met Hilti AG, die aan al haar dochterondernemingen en onafhankelijke verdelers een circulaire toezond met de waarschuwing niet te leveren aan Profix (Eurofix), die niet door onafhankelijke leveranciers met patronen werd bevoorraad (circulaire van Hilti van 14 december 1981). Een eerdere circulaire van Hilti van 24 november 1981 bevatte eveneens een waarschuwing in verband met de levering van patronen aan Profix (Eurofix). De waarschuwing gold ook voor wat de levering betrof van patroonstrips aan sommige andere, met name genoemde, onafhankelijke verdelers van Hilti-werktuigen in het Verenigd Koninkrijk die toentertijd door Hilti GB werden bevoorraad en die ervan werden verdacht Profix-nagels te leveren. Later bezorgde Hilti AG Hilti Nederland bij brief van 17 juni 1982 een modelantwoord dat deze laatste kon gebruiken, om zogenaamd op grond van veiligheidsoverwegingen eventuele bestellingen van Profix (Eurofix) te weigeren.

(37) Sinds de verbintenis is het beide klagers mogelijk geweest langs directe of indirecte weg van Hilti-Nederland Hilti-patronen te betrekken.

j) De weigering om aan Eurofix, Bauco of andere concurrenten te leveren

(38) Hilti's beleid bestaat erin, dat zij geen patronen levert aan onafhankelijke nagelfabrikanten, noch aan andere producenten van schiethamers. Herhaalde verzoeken ten spijt, heeft Hilti consequent geweigerd Eurofix en Bauco te bevoorraden.

k) Het vertragen of tegengaan van octrooilicentieverlening

(39) Ten einde ondanks de hiervoor beschreven moeilijkheden hun nagels te kunnen verkopen, streefden de klagers naar een eigen, onafhankelijke bevoorrading met door, noch voor, Hilti gefabriceerde patroonstrips. Voor zo'n onafhankelijke voorziening was een octrooilicentie vereist. Hilti was echter niet bereid licenties te verlenen. In het Verenigd Koninkrijk bestond weliswaar vanaf 1984 de mogelijkheid dwanglicenties te verkrijgen, doch Hilti probeerde een zo hoge vergoeding vast te stellen dat dit neerkwam op een weigering. Bovendien maakte zij het kandidaat-licentienemers duidelijk, dat aan een octrooilicentie generlei rechten konden worden ontleend op het copyright dat zij op de betrokken patroonstrips beweerde te bezitten.

(40) Wat dit aspect van de zaak betreft kan de feitelijke situatie als volgt worden beschreven :

40.1. Bij brief van 20 november 1984 liet Hilti aan Eurofix weten, dat het haar beleid was om geen octrooilicenties te verlenen, doch dat zij, nu Eurofix een dwanglicentie kon verkrijgen, een royalty voorstelde van 28 %. Hilti verklaarde voorts, dat aan een dergelijke licentie geen rechten konden worden ontleend op haar beweerde copyright.

40.2. Bauco ontving op haar verzoek om een dwanglicentie (voorgestelde royalty 2 %) precies hetzelfde antwoord — zie Hilti's brieven van 18 mei en 20 augustus 1984, waarin een royalty van 28 % werd voorgesteld en werd gewaarschuwd voor inbreuk op Hilti's beweerde copyright. Bauco begon patroonstrips te fabriceren voordat zij een dwanglicentie had verkregen, en Hilti vroeg de rechter in haar kort geding om een bevel tot stopzetting op grond van beweerde copyright- en octrooi-inbreuken. Bij bevel van het High Court werd aan Bauco een verbod opgelegd om handel te drijven in patroonstrips waarvan de vervaardiging een inbreuk vormde op Hilti's octrooi en beweerde copyright.

40.3. Uit Hilti's interne nota van 25 juli 1984, die aan de inspecteurs van de Commissie ter hand is gesteld, blijkt duidelijk dat Hilti wist dat zij de verlening van een dwanglicentie niet kon weigeren, doch „een hoge licentievergoeding eiste met de bedoeling Bauco van haar voornemen te doen afzien" (1).

40.4. Toen in een later stadium van de procedure Hilti de door Eurofix voorgestelde licentievergoeding niet bestreed, besloot de „Comptroller of Patents" de vergoeding vast te stellen op het door Eurofix gevraagde bedrag van 3 p per strip (overeenkomende met ca. 5 % van Hilti's catalogusprijs). Het oorspronkelijk door Hilti voorgestelde tarief was dus ongeveer 600 % hoger dan dat dat werd aangehouden. De zaak is nog aanhangig na een beroep van Hilti op punten die geen verband houden met de licentievergoeding.

l) De weigering om patronen te leveren die mogelijk voor wederverkoop waren bestemd

(41) Wanneer volgens Hilti de kans bestond dat bij haar bestelde patroonstrips zouden worden doorverkocht aan onafhankelijke nagelfabrikanten, weigerde zij zelfs te leveren aan, naar zij zelf toegeeft, oude cliënten. Hilti heeft erkend dat dit haar beleid was.

m) Het stelsel van discriminerende kortingen in het Verenigd Koninkrijk

(42) Afgezien van eerder beschreven geringere kortingen bij afzonderlijke bestellingen van patronen, ging Hilti ook ertoe over een beleid te voeren waarbij machineverhuurbedrijven en wederverkopers werden ingedeeld in twee categorieën : „geassisteerd" en „niet geassisteerd". Volgens dit systeem ontvangen de eerste een hogere korting dan de laatsten, zelfs bij bestelling van een gelijke hoeveelheid. Behalve aan bepaalde kwalitatieve criteria, zoals de bereidheid om voor opleiding te zorgen, moeten geassisteerde machineverhuurbedrijven en wederverkopers onder meer aan de volgende voorwaarden voldoen : zij moeten

— over een centraal gelegen vestiging beschikken ;
— bereid zijn een regeling met Hilti te treffen, en een beleid aanvaarden van permanente directe verkoop en
— merkbinding met een groep produkten aanvaarden.

(43) In haar brief van 23 januari 1986 aan de Commissie beschreef Hilti dit beleid en verklaarde zij, dat zij eenzijdig en zonder overleg met machineverhuurbedrijven of wederverkopers tot invoering ervan had besloten. Hilti heeft nooit openlijk verklaard noch aan haar cliënten medegedeeld dat zij dit systeem toepast noch welke criteria zij voor indeling in de categorie „geassisteerd" hanteert. In werkelijkheid werden de kortingen van niet geassisteerde machineverhuurbedrijven aanzienlijk verminderd zonder dat daarvoor enige verklaring werd gegeven of zelfs maar enige informatie over de selectiecriteria (2) werd verschaft. Aangezien één van de selectiecriteria „merkbinding met een groep produkten" is, mag bovendien worden aangenomen dat het gebruik van door onafhankelijke fabrikanten geleverd toebehoren voor PAFS in bepaalde gevallen een reden kan zijn voor verschuiving naar de categorie „niet geassisteerd", met als gevolg een gevoelige vermindering van de kortingen (3).

n) De weigering om garantie te verlenen

(44) Hilti weigert systematisch garantie te verlenen op haar werktuigen, wanneer nagels van andere merken worden gebruikt. Zij geeft deze weigering van garantieverlening toe.

o) Selectief of discriminerend beleid gericht tegen de commerciële belangen van concurrenten en hun cliënten

(45) Het was Hilti's gewone en vaste beleid om (meestal door middel van selectieve prijsverminderingen of andere voordelige voorwaarden) een discriminerende tactiek te voeren die erop is gericht zowel concurrenten als hun cliënten commercieel nadeel te berokkenen. Dit beleid is niet slechts toegepast ten aanzien van fabrikanten van toebehoren voor Hilti-schiethamers, doch ook ten aanzien van andere producenten van schiethamers.

(1) Tijdens de procedure van de „Comptroller of Patents" eiste Hilti een vergoeding van 18 pence per strip, hetgeen overeenkwam met 30 % van Hilti's catalogusprijs (36 % van de prijs bij een korting van 20 %). Later in de procedure bestreed zij de door Eurofix voorgestelde vergoeding niet.

(2) Het systeem geldt, behalve voor PAFS, ook voor andere produkten. Voor PAFS wordt aan geassisteerde dealers een korting toegekend van 15 tot 20 %, terwijl die korting voor niet geassisteerde dealers tussen 0 en 10 % ligt.

(3) Intern memorandum van Hilti van 20 september 1983.

(46) In dit verband zijn de volgende feiten van belang :

46.1. Het aan de inspecteurs van de Commissie overgelegde interne document van Hilti van 5 maart 1984 bevat een lijst van bepaalde gebruikers van schiethamers van andere merken dan Hilti, met name Spit en Impex. Het geeft een korte beschrijving van de strategie die moet worden gevolgd om de cliënten voor Hilti te winnen, waarbij er sprake is van speciale inruil- en kortingsafspraken en zelfs van gratis werktuigen. Bepaalde gebruikers van Profix-nagels worden eveneens genoemd in verband met een strategie bestaande in de aanbieding van extra kortingen als stimulans voor overschakeling op Hilti-produkten.

46.2. Verdere interne nota's van 5 maart 1984, 23 september 1983, 20 september 1983, 21 januari 1982 en 5 november 1981 bevestigen, dat het selectieve of discriminerende beleid ten aanzien van concurrenten en hun cliënten niet beperkt bleef tot enkele op zich staande gevallen. Telkens worden bepaalde cliënten of concurrenten met name genoemd en is er sprake van aanbieding van speciale discriminerende condities met het doel, deze cliënten op Hilti-produkten te doen overstappen.

46.3. Bijzonder vermeldenswaard is het geval van Firth, omdat daaruit blijkt dat Hilti weloverwogen een strategie voerde die tot doel had één van Bauco's belangrijkste cliënten commercieel te schaden. Firth, een machineverhuurbedrijf, was jarenlang een belangrijke cliënt van Hilti, aan wie als afnemer van grote hoeveelheden door Hilti hoge kortingen werden toegekend (25 % op PAFS). Het ging haar bedrijf voor de wind. Firth begon in plaats van bij Hilti elders nagels te kopen en Hilti merkte dit toen Firth bestellingen plaatste voor patronen zonder nagels. Voornamelijk als gevolg van haar besluit om buiten Hilti om nagels te betrekken en haar zaken uit te breiden tot cliënten die voordien rechtstreeks door Hilti werden bevoorraad, werd de korting van Firth op het volledige assortiment Hilti-produkten tot 10 % verminderd. Het ging om een eenzijdige beslissing van Hilti, zonder enige uitleg. Toen, zoals Hilti verwachtte Firth haar gewone korting eiste en weigerde de op basis van de lagere korting berekende facturen te betalen, werd haar rekening „bevroren". Tegelijkertijd ging Hilti na wie Firth's cliënten waren en bood zij hun, om hen bij Firth weg te lokken, „toebehoren tegen concurrerende prijzen" aan of speciale „package deals" die veel verder gingen dan Hilti's normale kortingen, Hilti slaagde zodoende erin haar verkopen in het door Firth bestreken gebied ten koste van Firth te verhogen, hetgeen niet slechts leidde tot een daling van de omzet van Firth, doch eveneens tot een vermindering van Bauco's verkopen aan Firth. Deze versie van de feiten wordt bevestigd door interne memoranda van Hilti van 15 november 1984, 7 december 1984, 4 maart 1985 en 10 mei 1985. Daarnaast heeft Firth aan de Commissie ook ramingen overgelegd betreffende het verlies van haar klandizie ten gevolge van Hilti's beleid.

46.4. Na de verbintenis van Hilti bleef Firth het slachtoffer van discriminerende behandeling door Hilti. Haar bestelling van 20 000 patronen werd geweigerd en zij kreeg er slechts 5 000 aangeboden. Opgemerkt zij, dat Hilti vóór de verbintenis dit cijfer van 5 000 hanteerde als grenswaarde om te bepalen of nagels van andere fabrikanten werden gebruikt. Volgens Hilti berustte dit op toeval en hield de aan Firth opgelegde beperking in feite rekening met de normale behoeften van dit bedrijf. Eerst na de interventie van de Commissie met betrekking tot de naleving van de verbintenis in het algemeen verklaarde Hilti zich onder voorbehoud bereid Firth alle onbetaalde en betwiste kortingen uit te keren en eveneens haar bestelling van 20 000 patronen uit te voeren. Deze versie van de feiten wordt bevestigd door Hilti's brief van 16 september 1985 aan de Commissie, de brieven van de Commissie van 26 september en 4 oktober 1985 aan Hilti en Hilti's brief van 14 oktober 1985 aan Firth.

(47) Sandell Perkins, een ander machineverhuurbedrijf en één van Bauco's belangrijkste cliënten, ondervond gelijksoortige moeilijkheden als Firth. Haar kortingen werden door Hilti eenzijdig verminderd omdat zij Bauco-nagels kocht, niet omdat haar bestellingen in omvang afnamen [1]. Haar geval illustreert hoe Hilti haar beleid toepaste ten aanzien van niet geassisteerde machineverhuurbedrijven. Na besprekingen tussen Hilti en de diensten van de Commissie met betrekking tot de verbintenis in het algemeen kende Hilti uit eigen beweging aan Sandell Perkins opnieuw haar vroegere, hogere kortingtarief toe (brief van Hilti van 17 december 1985).

p) Andere gedragingen na de toezegging

(48) Hiervóór is in verband met het geval-Firth beschreven, hoe Hilti na de verbintenis een beleid probeerde te voeren waarbij bestellingen van patronen zonder nagels werden beperkt tot een hoeveelheid die aan „eerdere behoeften" beantwoordde. Gelet op Hilti's beleid van verkoopkoppeling of kleinere kortingen, is het zeer wel mogelijk dat de eerdere „behoeften" van tot de clientèle van Bauco of Eurofix behorende bedrijven op het gebied van aankoop gering waren. Als voorbeeld van Hilti's praktijk na de verbintenis kan haar poging worden vermeld om de leveringen aan Flag Hire te beperken tot 2 000 patronen per maand, terwijl dit bedrijf er 25 000 had besteld. Na bespre-

[1] In een intern memorandum van Hilti van 14 mei 1985 werd Sandell Perkins aangeduid als een cliënt van Bauco.

kingen tussen Hilti en de diensten van de Commissie betreffende de naleving van de verbintenis in het algemeen is Hilti van dit beleid afgestapt (zie haar brief van 17 januari 1986 aan de Commissie).

(49) Naar mag worden aangenomen, levert Hilti thans over het algemeen patroonstrips zonder nagels. Het blijkt echter, dat zij in bepaalde gevallen nog steeds lagere kortingen toekent op bestellingen van patronen alleen. Dit beleid kan dergelijke bestellingen onaantrekkelijk maken. Hilti's brief van 17 januari 1986 aan de Commissie betreft het geval van een cliënt aan wie over een bestelling van 25 000 patronen slechts een korting van 10 % werd aangeboden in plaats van de normale hoeveelheidskorting van 25 %. Hilti past kennelijk nog steeds haar geheime en eenzijdige beleid van gedifferentieerde kortingen voor geassisteerde, respectievelijk niet geassisteerde machineverhuurbedrijven toe, waarvan één van de criteria wordt gevormd door merkbinding in het algemeen en aankoop van Hilti-toebehoren in het bijzonder.

V. DE ECONOMISCHE GEVOLGEN VAN HILTI'S HANDELWIJZE

(50) Hilti is veruit de belangrijkste producent en leverancier van toebehoren op de gemeenschappelijke markt. Zij is er ook in geslaagd de penetratie op de markt van onafhankelijke, in de verkoop van toebehoren voor Hilti-schiethamers geïnteresseerde producenten van nagels en patroonstrips dermate te beperken, dat deze onafhankelijke producenten slechts een betrekkelijk gering gedeelte van het in Hilti-schiethamers gebruikte toebehoren leveren.

(51) Hilti is in staat gebleken, op de markten van de onderscheiden Lid-Staten zeer uiteenlopende prijzen toe te passen. Zelfs volgens door Hilti verstrekte cijfers (die naar het oordeel van de Commissie de verschillen onderschatten en bepaalde Lid-Staten over het hoofd zien) kunnen de prijsverschillen tussen Lid-Staten waar Hilti zelf de distributie in handen heeft, voor schiethamers tot (. . .) %, voor patroonstrips tot (. .) % en voor nagels tot (. .) % bedragen. Wordt rekening gehouden met de Lid-Staten waar Hilti zich van onafhankelijke verdelers bedient, dan kunnen verschillen worden genoteerd van niet minder dan (. .) % voor schiethamers, (. .) % voor patroonstrips en (. .) % voor nagels. Daarenboven is Hilti bij machte op haar onderscheiden produkten zeer aanzienlijke marges toe te passen. In Lid-Staten waar Hilti zelf voor de distributie zorgt, gaat de marge soms tot (. .) % voor schiethamers, tot (. .) % voor patroonstrips en tot (. .) % voor nagels. De marges zijn wellicht nog aanzienlijker, wanneer de verschillende, door Hilti AG aan haar dochterondernemingen berekende overdrachtsprijzen in aanmerking worden genomen. Bij deze marges moet op het feit worden gelet, dat de distributiekosten van Hilti's dochterondernemingen ongeveer (. .) % van het verschil tussen opbrengst- en inkoopprijs bedragen.

VI. BEWIJS- EN RECHTVAARDIGINGSGRONDEN

(52) De Commissie beschikt met betrekking tot vorenbeschreven handelspraktijken over uitvoerig bewijsmateriaal, dat niet slechts afkomstig is van de klagers, die de gevolgen van Hilti's beleid op de markt ondervonden, en van hun cliënten, die eveneens daardoor werden geraakt, doch ook uit brieven en interne memoranda van Hilti, dit ondanks het feit dat Hilti haar cliënten in beginsel nooit over haar beleidsbeslissingen schriftelijk inlichtte, noch over de redenen daarvoor (interne nota van Hilti van 4 maart 1985). Hilti heeft de meeste van deze praktijken weliswaar toegegeven, hetzij na de indiening van de klachten hetzij na de verificatie door de Commissie en de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar, doch houdt desondanks staande dat haar houding werd ingegeven door bezorgdheid om de veiligheid, alsook door de noodzaak om voor een passende opleiding te zorgen en minderwaardig toebehoren te weren. Deze argumenten worden behandeld onder het hoofd „Juridische beoordeling".

B. JURIDISCHE BEOORDELING

a) Artikel 86

(53) Volgens artikel 86 van het EEG-Verdrag is het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

b) De ondernemingen

(54) Adressaat van de onderhavige beschikking is Hilti AG (Liechtenstein), die rechtstreeks of onrechtstreeks de handelingen controleert van haar dochterondernemingen die deel uitmaken van de Hiltigroep. Ofschoon sommige van vorenbeschreven handelspraktijken werden toegepast door dochterondernemingen van Hilti, met name Hilti GB (waartegen de oorspronkelijke klacht was gericht), laat het beschikbare schriftelijke bewijsmateriaal geen twijfel erover bestaan dat, ook al ging Hilti AG wellicht niet tot in het kleinste detail over de uitvoering, zij toch de grote lijnen van dit commerciële beleid aangaf of ervan kennis had [1]. De strategie die erop was gericht te verhinderen dat onafhankelijke nagelfabrikanten nagels voor gebruik in Hilti-schiethamers zouden leveren, berustte op een beleidsbeslissing van Hilti AG. Bijgevolg is Hilti AG, behalve voor haar eigen aandeel in de gewraakte gedragingen, ook verantwoordelijk voor alle maatregelen waarmee haar dochterondernemingen aan het beleid van de groep uitvoering gaven. Hilti AG en haar dochterondernemingen moeten derhalve als één enkele onderneming in de zin van artikel 86 worden beschouwd.

[1] Bij voorbeeld de brief van Hilti AG aan Hilti GB van 15 juni 1983.

c) **De relevante markt**

Het standpunt van de Commissie

(55) In schiethamers van de meeste merken moeten, willen zij behoorlijk functioneren, met name patroonstrips en soms ook nagels worden gebruikt die aan de specificaties van het betrokken merk beantwoorden. Wie met een Hilti-schiethamer werkt, is dus aangewezen op patroonstrips en nagels die speciaal voor gebruik daarin zijn vervaardigd. In het onderhavige geval zijn de relevante produktmarkten derhalve de afzonderlijke markten voor Hilti-compatibele patroonstrips, enerzijds, en Hilti-compatibele nagels, anderzijds. Het gaat om afzonderlijke markten omdat, wat het aanbod betreft, nagels en patroonstrips worden vervaardigd volgens totaal andere technieken en vaak door verschillende ondernemingen. Bekeken vanuit het oogpunt van de vraag is de situatie zo dat een gebruiker weliswaar evenveel nagels nodig heeft als patronen, doch beide soorten toebehoren niet noodzakelijk te zamen, in gelijke hoeveelheden worden aangekocht. Dit wordt ten dele verklaard door het feit dat er een grotere variëteit bestaat van nagels dan van patroonstrips en dat nagels soms worden gebruikt voor met de hand in plaats van met een schiethamer uitgevoerde bevestigingen. Opgemerkt zij evenwel dat producenten die reeds nagels en patroonstrips voor een bepaald merk schiethamers vervaardigen, hun produktie zonder al te veel bezwaren tot dergelijk toebehoren voor andere merken schiethamers kunnen uitbreiden, voor zover zij niet op kunstmatige of institutionele hinderpalen stuiten. Bovendien vormen, voor wat ten minste één van de misbruiken betreft, ook schiethamers een afzonderlijke relevante markt die in deze zaak nader in ogenschouw dient te worden genomen.

(56) Terwijl Hilti dus een potentiële concurrent is op de afzonderlijke relevante markten voor patroonstrips en nagels in het algemeen, is zij een rechtstreekse concurrent op de markten voor patroonstrips en nagels voor gebruik in haar eigen schiethamers. Hilti's patroonstrips vallen in de gehele Gemeenschap onder octrooibescherming (behalve in Griekenland en Duitsland, waar de octrooien in 1986 zijn afgelopen, en in het Verenigd Koninkrijk, waar dwanglicenties kunnen worden verleend). Daarenboven maakt Hilti in het Verenigd Koninkrijk aanspraak op copyright-bescherming voor haar patroonstrips. Dit was de oorzaak ervan dat onafhankelijke producenten van patroonstrips dergelijke strips niet konden vervaardigen of verkopen. Wat nagels betreft bestaat er evenwel geen dergelijke institutionele hinderpaal ; zonder Hilti's beleid van koppelverkoop van nagels en geoctrooieerde patroonstrips, of maatregelen van gelijke strekking, zouden er voor andere nagelfabrikanten geen noemenswaardige beletsels bestaan om tot de markt voor Hilti-compatibele nagels toegang te verkrijgen. De relevante geografische markt voor schiethamers en Hilti-compatibele toebehoren is de gehele Gemeenschap. Bij gebrek aan enige kunstmatige hinderpaal kunnen deze produkten zonder buitengewone transportkosten door de gehele Gemeenschap worden vervoerd.

Hilti's standpunt

(57) De Commissie kan Hilti's standpunt niet aanvaarden, dat schiethamers, patroonstrips en nagels moeten worden beschouwd als onderdelen van één integraal systeem : bevestigingssystemen met explosieve lading. Alleen al uit het feit dat er onafhankelijke fabrikanten van nagels en patroonstrips zijn die geen schiethamers vervaardigen, blijkt dat de situatie uit het oogpunt van het aanbod voor elk van deze produkten verschillend is. Voorts doen sommige producenten van schiethamers een beroep op onafhankelijke fabrikanten van nagels en patroonstrips voor de levering van ten minste een gedeelte van hun toebehoren. Hilti zelf laat haar dochterondernemingen en verdelers rechtstreeks met patroonstrips bevoorraden door onafhankelijke leveranciers als Dynamit Nobel en Nouvelle Cartoucherie de Survilliers (en voordien Fiocchi). Sommige onafhankelijke nagelfabrikanten leveren ook nagels aan producenten van schiethamers. Vanuit de vraagkant bezien, moet ten slotte worden opgemerkt dat de aankoop van een schiethamer een kapitaalinvestering vormt die normaal gedurende een vrij lange tijd wordt gebruikt en in een tamelijk lange periode wordt afgeschreven, terwijl patroonstrips en nagels al naar gelang van de behoeften worden aangekocht en de desbetreffende uitgaven tot de lopende kosten van de gebruiker behoren. Schiethamers en toebehoren worden niet tegelijk aangekocht, omdat bij de besluitvorming telkens van een ander complex van overwegingen wordt uitgegaan. Hilti heeft op deze factoren gewezen in haar brief van 23 maart 1983 aan de Commissie, waarin zij in feite ervan uitging dat nagels, patroonstrips en schiethamers afzonderlijke markten vormen. Daarom kan de slotsom luiden dat, ook al bestaat er een onderling verband tussen schiethamers, patroonstrips en nagels, de vraag- en aanbodstructuur ervan toch verschillend is en dat zij afzonderlijke produktenmarkten vormen.

(58) Evenmin als zij aanvaardt dat bevestigingssystemen met explosieve lading (PAFS) als één enkele markt moeten worden beschouwd, neemt de Commissie aan dat, gelijk Hilti stelt, deze systemen deel uitmaken van de relevante markt die door voor de bouwnijverheid bestemde bevestigigingssystemen in het algemeen wordt gevormd. Het is mogelijk dat er voor ieder type bevestiging dat met een schiethamer kan worden uitgevoerd, ten minste één technisch aanvaardbaar alternatief bestaat. Bevestigingen kunnen tot stand worden gebracht met een handboor of een boormachine en in sommige andere gevallen door middel van puntlassen of met behulp van zelftappende schroeven, klinknagels of bouten en moeren. Geen van deze stemen bevestigingssystemen behoort tot dezelfde relevante markt als schiethamers, en wel om de hierna volgende redenen.

(59) Wat het aanbod betreft worden de diverse soorten bevestigingsmateriaal over het algemeen vervaardigd volgens volledig verschillende technieken,

onder andere afzetvoorwaarden en meestal niet door dezelfde ondernemingen (bij voorbeeld schiethamers en materiaal voor puntlassen).

(60) Wat de vraagkant betreft, meent de Commissie dat PAFS en andere bevestigingssystemen hooguit als behorende tot dezelfde relevante markt zouden kunnen worden beschouwd, indien een lichte, doch merkbare stijging (daling) van de prijs van een schiethamer, een nagel of een patroon een gevoelige verschuiving van de vraag ten voordele (ten nadele) van het alternatieve bevestigingsysteem tot gevolg zou hebben. Anders gezegd, de verschillende bevestigingssystemen zouden reeds bij een geringe wijziging in de prijs onderling verwisselbaar zijn. Alleen dan zou het een onderneming die een groot aandeel van de verkoop van een bepaald bevestigingssysteem in handen heeft, onmogelijk zijn noemenswaardige economische macht uit te oefenen en onafhankelijk van cliënten of concurrenten te handelen.

Zou de producent van een bevestigingssysteem onder die omstandigheden onafhankelijk handelen of economische macht uitoefenen, dan zou zulks tot een scherpe daling van de vraag naar dat bepaalde systeem en tot een overeenkomstige stijging van de vraag naar andere systemen leiden. Dit element is bijgevolg belangrijk ter bepaling van de relevante markt met het oog op toepassing van de mededingingsregels. Wat de betrokken produkten betreft kan de relatieve vraag naar de verschillende soorten bevestigingsystemen evenwel niet zo prijsgevoelig worden geacht, dat zou moeten worden aangenomen dat zij tot dezelfde markt behoren. Ondanks Hilti's gedrag hebben zich immers geen dergelijke verschuivingen voorgedaan. De redenen daarvoor worden hierna uiteengezet.

(61) Bij de beslissing welke bevestigingsmethode voor een specifiek werk op een bepaalde bouwplaats zal worden gebruikt, spelen tal van factoren een rol, waaronder met name :

61.1. de verschillende technische mogelijkheden voor het uitvoeren van een bepaalde bevestiging, de aard van de te verbinden materialen en de betrouwbaarheid van het benodigde gereedschap, rekening houdende met de omstandigheden op de bouwplaats ;

61.2. de beschikbaarheid van het gereedschap en de bruikbaarheid van de verschillende technieken voor het betrokken werk ;

61.3. het draagvermogen en de vereiste duurzaamheid van de tot stand te brengen bevestiging ;

61.4. de technische vaardigheid of ervaring van de voor het uitvoeren van de bevestiging beschikbare arbeidskrachten ;

61.5. de bouwwetten en reglementen ;

61.6. de voor het voltooien van het werk of het uitvoeren van het contract beschikbare tijd :

61.7. de kostprijs van de bevestigingen, die niet slechts wordt bepaald door de materiaalkosten (in het geval van PAFS de prijs van nagels en patronen), doch ook door de tijd die nodig is voor voorbereidende werkzaamheden, waaronder in voorkomend geval de opstelling van een krachtbron en voor het uitvoeren van de bevestigingen (arbeidsloon).

(62) Gelet op het voorgaande, kan worden gesteld dat PAFS bepaalde kenmerken bezitten die soms zeer sterk van die van andere bevestigingssystemen verschillen en die een rol spelen bij de keuze van de voor een bepaald werk op een bepaalde plaats te gebruiken methode.

Enerzijds

62.1. zijn PAFS geschikt voor veelzijdig gebruik en gemakkelijk draagbaar. Er kunnen velerlei soorten verbindingen mee tot stand worden gebracht (bij voorbeeld metaal op metaal, hout op beton), zonder dat ter plekke een krachtbron voorhanden behoeft te zijn ;

62.2. vergt het uitvoeren van een bevestiging met een PAFS geen voorbereidingstijd (terwijl die bij voorbeeld bij puntlassen, dat als een alternatieve methode voor het tot stand brengen van bepaalde verbindingen van metaal op metaal kan worden beschouwd, 45 minuten bedraagt) ;

62.3. treedt bij het werken met PAFS veel minder snel vermoeidheid op dan bij sommige andere bevestigingsmethoden ;

62.4. is bij gebruik van een PAFS per bevestiging vaak aanzienlijk minder tijd nodig dan bij alternatieve methoden (in de door Hilti gegeven voorbeelden neemt het indrijven van een zelftappende schroef soms vijf keer zoveel tijd in beslag als het tot stand brengen van een verbinding met een PAFS en duurt het vastzetten, door middel van twee bevestigingen, van een metalen steunklamp op een betonvloer drie keer zolang wanneer gaten worden geboord en ankers worden aangebracht als wanneer een PAFS wordt gebruikt), en

anderzijds

62.5. zijn de per bevestiging benodigde nagels en patronen vaak veel duurder dan het bij andere bevestigingsmethoden gebruikte materiaal (zo was in het door Hilti gegeven voorbeeld van de metalen steunklamp de prijs van de nagel en de patroon meer dan drie en een halve keer zo hoog als die van

het bij de alternatieve methode gebruikte materiaal, namelijk schroef en anker);

62.6. zijn PAFS ongeschikt voor het uitvoeren van bevestigingen in bepaalde materialen;

62.7. wordt met sommige andere bevestigingsmethoden een veel groter draagvermogen bereikt dan met PAFS, bij gebruik waarvan het draagvermogen in een concreet geval (met name bij beton) nooit nauwkeurig kan worden bepaald zonder een zelfvernietigingstest;

62.8. kan bij sommige alternatieve bevestigingsmethoden het draagvermogen gemakkelijker op voorhand worden berekend;

62.9. zijn met PAFS uitgevoerde bevestigingen om technische redenen tot op zekere hoogte betrouwbaar, zodat een bepaald percentage ervan mislukt. Bijgevolg is steeds een minimumaantal bevestigingen vereist. Bovendien kan de aannemer daardoor gedwongen zijn een groter aantal bevestigingen aan te brengen dan bij andere systemen het geval zou zijn, en/of ondeugdelijke bevestigingen achteraf te komen vervangen;

62.10. is het bij bepaalde materialen niet steeds mogelijk zonder een zelfvernietigingstest vast te stellen of een met PAFS uitgevoerde bevestiging ondeugdelijk of onbetrouwbaar is;

62.11. kan er, omdat nagels voor PAFS om technische redenen niet van roestvrij staal kunnen worden vervaardigd, twijfel bestaan omtrent hun duurzaamheid op lange termijn en hun roestbestendigheid, ondanks het feit dat zij zijn verzinkt en

62.12. verbieden de bouwreglementen in sommige Lid-Staten het gebruik van met PAFS uitgevoerde bevestigingen voor bepaalde toepassingen.

(63) Bij de keuze van de gebruikte bevestigingsmethode spelen zoveel verscheidene factoren een rol en PAFS en andere bevestigingssystemen vertonen (uit economisch, technisch of juridisch oogpunt) dermate uiteenlopende kenmerken, dat zij niet kunnen worden geacht tot dezelfde relevante markt te behoren. Bij de keuze van de meest geschikte bevestigingsmethode wordt uitgegaan van de specifieke toepassing waarvoor die methode op een bepaalde bouwplaats moet dienen (met alle daaraan verbonden overwegingen van technische, juridische en economische aard, die al naar gelang van de soort toepassing en van bouwplaats tot bouwplaats kunnen verschillen). Gelet op de vele factoren die deze keuze mede bepalen, en op het feit dat bevestigingselementen normaal een zeer gering percentage van de bouwkosten uitmaken, ligt het voor de hand dat de prijs van de onderdelen van de verschillende bevestigingssystemen niet de enige of doorslaggevende factor vormt bij de beslissing, welke methode voor een bepaald werk zal worden gebruikt. Het is bijgevolg niet denkbaar dat een kleine wijziging in de prijs van een schiethamer, een nagel en/of een patroon onmiddellijk een belangrijke verschuiving ten voor- of ten nadele van alternatieve bevestigingssystemen zou veroorzaken.

(64) Wordt uitgegaan van zekere premissen inzake loonkosten en kosten voor toebehoren, dan is het mogelijk dat voor een beperkt aantal bevestigingen van een bepaald type de reële kostprijs dezelfde is wanneer zij met een PAFS worden uitgevoerd als wanneer een alternatieve methode wordt gebruikt, en dat voor sommige van die bevestigingen voornoemde factoren van juridische en technische aard bij de keuze van de gebruikte methode niet van doorslaggevend belang zijn. In deze zeldzame gevallen en voor wat deze soorten bevestigingen betreft, kan een verschuiving in de prijsverhouding tussen de verschillende bevestigingssystemen voor de gebruikers een reden zijn om de voorkeur te geven aan PAFS boven een ander systeem of omgekeerd. Voor de meeste bevestigingsmethoden is dit evenwel niet het geval en is een kleine wijziging in de prijsverhouding wel medebepalend, doch niet doorslaggevend bij de keuze van de gebruikte methode (1).

(65) Vorenstaande redenering vindt steun in de door Hilti verstrekte gegevens betreffende een vergelijkende kostprijsberekening met betrekking tot de verschillende bevestigingsmethoden die voor bepaalde soorten werk worden gebruikt. In het merendeel van de daarin vermelde gevallen zou een geringe, doch merkbare wijziging in de prijsverhouding tussen nagels en/of patronen, enerzijds, en andere bevestigingssystemen (bij voorbeeld schroef en anker), anderzijds, geen wijziging brengen in de op basis van de laagste kostprijs opgestelde rangorde tussen de verschillende, voor het uitvoeren van de bevestiging bruikbare methoden. In vele gevallen vormde de prijs van het bij verschillende bevestigingsmethoden gebruikte toebehoren slechts een gering gedeelte van de totale kostprijs van het werk. In ieder geval meent de Commissie dat de voorbeelden weinig zeggen, omdat zij geen rekening houden met alle economische overwegingen die bij een alomvattende vergelijkende kostenanalyse zouden kunnen meespelen, en omdat zij betrekking hebben op zeer bijzondere soorten werk en uitgaan van uiterst specifieke vooronderstellingen (bij voorbeeld wat het loontarief betreft). Het zou derhalve gevaarlijk zijn door deze voorbeelden tot enige algemene gevolgtrekking te komen. Bovendien komen in deze voorbeelden van kostprijsvergelijking de meeste hiervóór beschreven technische, economische en juridische aspecten onvoldoende aan bod.

(1) In haar interne documenten komt Hilti op grond van een vergelijking van met gelaste bouten, respectievelijk met PAFS, uitgevoerde bevestigingen tot de bevinding, dat de prijs van het toebehoren voor PAFS niet bepalend is voor de beslissing om gelaste bouten dan wel PAFS te gebruiken. Andere factoren die geen verband houden met de prijs van het toebehoren, zijn bepalend voor de keuze. Bijgevolg zou zich zelfs geen verschuiving in de vraag voordoen, indien Hilti tot „dumping" van voor deze toepassing geschikt toebehoren van PAFS zou overgaan.

d) **Het bestaan van een machtspositie**

(66) Geraamd wordt, dat Hilti's aandeel in de verkoop van patroonstrips in het algemeen in de Gemeenschap op zijn minst in dezelfde orde van grootte ligt als haar aandeel van de markt voor schiethamers : rond (..) %. Op de communautaire markt voor Hilti-compatibele patroonstrips, die in het kader van de onderhavige beschikking de relevante markt vormt, beschikt zij evenwel over een aanzienlijk groter aandeel, omdat onafhankelijke producenten van patroonstrips niet erin slagen op deze bijzondere deelmarkt door te dringen ; in feite heeft Hilti in de Gemeenschap nagenoeg de volledige verkoop van in haar eigen schiethamers gebruikte patronen in handen. Hilti's patroonstrips vallen onder octrooibescherming (die eerst nu in sommige Lid-Staten afloopt) en in het Verenigd Koninkrijk beweerdelijk onder copy-right-bescherming, zodat de markt voor Hilti-compatibele patroonstrips zo goed als afgesloten was voor producenten van patroonstrips. Zonder de octrooibescherming of de beweerde copy-right-bescherming zou de markt voor plastic strips (dat wil zeggen zonder patronen) vrij gemakkelijk toegankelijk zijn. Losse koperen patronen zijn moeilijker te vervaardigen, doch er bestaan niettemin onafhankelijke leveranciers.

(67) Zoals voor patroonstrips, wordt geraamd dat Hilti's marktaandeel voor nagels in het algemeen ten minste in dezelfde orde van grootte ligt als haar aandeel van de markt voor schiethamers : rond (...). Op de communautaire markt voor Hilti-compatibele nagels, die in het kader van de onderhavige beschikking de tweede relevante markt vormt, is haar aandeel evenwel iets groter, zij het niet zo groot als op de markt voor Hilti-compatibele patroonstrips. Dit wordt verklaard door het feit dat onafhankelijke nagelfabrikanten weliswaar in nog zeer beperkte mate, doch met meer succes dan onafhankelijke fabrikanten van patroonstrips erin zijn geslaagd op de markt voor Hilti-compatibele toebehoren door te dringen. Niettemin hebben deze andere concurrenten, inzonderheid de klagers, nog maar een klein aandeel van de markt in handen en blijft hun verkoop vooralsnog tot het Verenigd Koninkrijk beperkt. De toegang tot de markt voor nagels voor schiethamers wordt door bepaalde technische hinderpalen belemmerd, doch het feit dat er onafhankelijke nagelfabrikanten bestaan en dat andere producenten van schiethamers hun eigen nagels vervaardigen, toont aan dat deze hinderpalen niet onoverkomelijk zijn. Voor nagels bestaan er blijkbaar geen doeltreffende octrooien.

(68) De twee afzonderlijke relevante markten voor Hilti-compatibele patroonstrips en nagels zijn van bijzonder belang, omdat Hilti volgens de ramingen waarover de Commissie beschikt, in de Gemeenschap ongeveer (...) van de markt voor schiethamers in handen heeft. Het bestaan van een dergelijke positie kan worden vastgesteld in alle Lid-Staten waarvoor gegevens voorhanden zijn. Hilti's marktaandeel voor schiethamers is veel groter dan dat van haar naaste concurrenten (Spit en Impex) en alle andere concurrenten hebben betrekkelijk kleine marktaandelen.

(69) Behalve dat Hilti's marktaandeel haar een solide basis verschaft en dat haar concurrenten in een relatief zwakke positie verkeren, zijn er nog andere factoren die het voor Hilti gemakkelijker maken haar plaats op de markt voor schiethamers te versterken en te handhaven :

— haar best verkochte schiethamer, die DX 450, vertoont bepaalde nieuwe, technisch interessante kenmerken die nog steeds onder octrooibescherming vallen ;

— Hilti staat uiterst sterk op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en is niet alleen voor schiethamers, doch ook voor andere bevestigingstechnieken één van de belangrijkste ondernemingen ter wereld ;

— Hilti beschikt over een hecht en goed uitgebouwd distributiesysteem : in de Gemeenschap omvat haar verkoopnet, naast dochterondernemingen, onafhankelijke dealers die in de meeste gevallen rechtstreeks met cliënten handelen ;

— de markt voor schiethamers is een betrekkelijk volgroeide markt, waardoor nieuwkomers kunnen worden afgeschrikt, aangezien aandelen in de verkoop of op de markt alleen kunnen worden verkregen ten koste van bestaande concurrenten op de vervangingsmarkt.

(70) Uit een en ander kan worden geconcludeerd dat Hilti in de Gemeenschap niet slechts op de markt voor schiethamers over een machtspositie beschikt, doch ook op de markten voor Hilti-compatibele nagels en patroonstrips, met andere woorden op de in het kader van de onderhavige beschikking relevante markten. Hier dient te worden beklemtoond dat de relevante markten voor Hilti-compatibele nagels en patroonstrips in dit concrete geval van belang zijn, omdat Hilti een groot aandeel van de verkoop van schiethamers in handen heeft. Daardoor zijn onafhankelijke fabrikanten van nagels en patroonstrips gedwongen nagels en/of patroonstrips te vervaardigen die geschikt zijn voor gebruik in Hilti-werktuigen, willen zij met hun produktie meer dan een klein segment van de markt bestrijken om tot schaalvoordelen te komen zonder welke zij concurrerend noch rendabel zijn.

(71) Hilti dankt haar sterkte en overwicht op de markt voornamelijk aan haar grote marktaandeel voor schiethamers in combinatie met de octrooibescherming voor haar patroonstrips. Haar economische positie stelt haar in staat te beletten dat op de relevante markten voor Hilti compatibele nagels en patroonstrips daadwerkelijke mededinging blijft bestaan. Hilti's gedrag op commercieel gebied, zoals hiervóór is beschreven en hierna zal worden

geanalyseerd, toont aan dat zij bij machte is op de betrokken relevante markten, onafhankelijk van en zonder zich te storen aan concurrenten of cliënten, te handelen. Voorts wijst ook Hilti's reeds eerder beschreven prijsbeleid erop, dat het haar mogelijk is de voorwaarden voor de ontwikkeling van de mededinging te bepalen of althans verregaand te beïnvloeden. Indien een onderneming daadwerkelijk onder concurrentiedruk stond, zou er normaal geen sprake zijn van een dergelijk gedrag noch van de economische consequenties ervan. De Commissie is dan ook van oordeel, dat Hilti over een machtspositie beschikt op de twee afzonderlijke markten voor Hilti-compatibele nagels en patroonstrips.

(72) Ook al ware het juist dat, gelijk Hilti stelt, schiethamers deel uitmaken van een ruimere markt en met andere bevestigingssystemen in het algemeen concurreren, dan nog zou dit niets veranderen aan vorenstaande analyse voor wat meer bepaald de relevante markten voor Hilti-compatibele nagels en patroonstrips en Hilti's marktpositie op die markten betreft. Voor de onafhankelijke producenten van dit soort toebehoren zijn de relevante markten waarop zij concurrentie voeren, de markten voor Hilti-compatibele toebehoren. Ook op de markt voor toebehoren in het algemeen zijn zij op zijn minst potentiële concurrenten. Hilti's commerciële gedrag dat het voorwerp van de onderhavige beschikking vormt, heeft nagenoeg uitsluitend betrekking op dit Hilti-compatibele toebehoren. Dit geldt met name voor haar pogingen om de macht waarover zij op de markt voor Hilti-compatibele patroonstrips beschikte, uit te breiden tot de markt voor Hilti-compatibele nagels. Het feit dat zij haar gedrag op deze markten naar eigen goeddunken kon bepalen en het zich kon veroorloven concurrenten en zelfs verdelers en andere cliënten te negeren, vormt een bewijs van deze machtspositie. Door haar gedrag en door gebruik te maken van de macht die haar positie op de markt voor patroonstrips haar verschaft, was Hilti in staat de daadwerkelijke mededinging door onafhankelijke producenten van Hilti-compatibele nagels drastisch te beperken. Wil zijn investering in een Hilti-schiethamer rendabel zijn, dan heeft een gebruiker een voorraad Hilti-compatibele patronen en nagels nodig. Voor de onafhankelijke producenten van Hilti-compatibel toebehoren vormen deze patronen en nagels de relevante markten, waarop Hilti geen gewone concurrent is maar een concurrent met een machtspositie.

(73) De Commissie heeft een grondig onderzoek gewijd aan een door Hilti overgelegde econometrische studie betreffende de omschrijving van de relevante markt. De conclusie van deze studie luidt dat bevestigingssystemen waarbij schiethamers, respectievelijk boormachines, worden gebruikt, wegens het bestaan van een belangrijke relatieve prijselasticiteit in een onderlinge concurrentieverhouding staan op dezelfde relevante markt. De Commissie kan deze gevolgtrekking niet aanvaarden. In de eerste plaats zijn de relevante markten waarop de meeste misbruiken zijn gepleegd en waarop de onderhavige beschikking derhalve hoofdzakelijk betrekking heeft, de markten voor Hilti-compatibele patroonstrips en nagels. In de tweede plaats leiden de in de studie in aanmerking genomen gegevens en de gevolgde methode tot resultaten waaruit, gelet op de bijzondere feiten van deze zaak, geen gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt die een juist beeld geven van de reële marktsituatie. De bevindingen van deze studie gaan met name voorbij aan het feit dat de prijzen voor schiethamers en toebehoren van Lid-Staat tot Lid-Staat sterk verschillen. Zou de vraag naar PAFS zo prijsgevoelig zijn als de studie wil laten geloven, dan zou het hoogst onwaarschijnlijk zijn dat er anders dan slechts voor een korte termijn dergelijke prijsverschillen tussen de Lid-Staten kunnen blijven bestaan. Deze prijsverschillen bevestigen integendeel, dat Hilti over een machtspositie beschikt en in staat is de prijzen van schiethamers en toebehoren te bepalen zonder de gevolgen te ondervinden van enige relatieve prijselasticiteit op aanverwante markten. Bovendien is de Commissie niet van mening dat de beschreven economische resultaten de uit de studie getrokken positieve conclusies op ondubbelzinnige wijze steunen. Ten slotte heeft de methodologie van de studie behoefte aan enige verfijning voordat definitieve conclusies kunnen worden vastgesteld.

e) Misbruik van deze machtspositie

(74) Hilti heeft misbruik gemaakt van haar machtspositie in de Gemeenschap op de relevante markt voor schiethamers en vooral op de markt voor Hilti-compatibele patroonstrips en nagels. Dit misbruik is voornamelijk hierin gelegen, dat zij heeft getracht deze markten voor onafhankelijke producenten van Hilti-compatibele toebehoren af te sluiten of moeilijk toegankelijk te maken. Bij haar pogingen om de toegang tot deze markten te versperren of te vernauwen heeft Hilti zich niet beperkt tot de geoorloofde middelen die een onderneming met een machtspositie ter beschikking staan. Hilti's commerciële gedrag was in zijn verschillende aspecten op dit doel afgestemd en strekte ertoe de vrije handel in Hilti-compatibele patroonstrips aan banden te leggen. Het ontbreken van zo'n vrij aanbod van Hilti-compatibele patroonstrips, waarvoor Hilti in de Gemeenschap tot voor kort octrooibescherming genoot, maakte het voor onafhankelijke producenten van Hilti-compatibele nagels uiterst moeilijk om op de markt door te dringen. Bovendien waren cliënten gedwongen zich zowel voor patronen als voor nagels voor hun Hilti-schiethamers tot Hilti te

wenden. Door paal en perk te stellen aan de daadwerkelijke mededinging van nieuwkomers op de markt, is Hilti erin geslaagd haar machtspositie te handhaven. Hilti put haar macht om dit onrechtmatige beleid te voeren uit haar solide positie op de markten voor Hilti-compatibele patroonstrips en voor schiethamers (die het sterkst door haar worden beheerst en het moeilijkst toegankelijk zijn) en tracht zodoende haar machtspositie te versterken op de markt voor Hilti-compatibele nagels (waar zij voor nieuwe concurrentie potentieel kwetsbaarder is). De verschillende aspecten van dit algemene beleid, dat erop gericht is nieuwkomers van de markt voor Hilti-compatibele nagels weg te houden door de vrije verkoop van patroonstrips te verhinderen, worden hierna besproken.

De meeste misbruiken vonden plaats in of werden geconcentreerd op het Verenigd Koninkrijk, dat een belangrijk deel vormt van de gemeenschappelijke markt. Ten minste één van deze misbruiken had echter directe gevolgen in een andere Lid-Staat en bovendien was de strategie van Hilti gericht op de gehele Gemeenschap voor wat haar poging betreft zowel nieuwkomers van de markt te weren (die eventueel zouden kunnen exporteren) als anderszins winstgevende arbitrage te verhinderen.

i) Verkoopkoppeling, geringere kortingen en andere discriminerende praktijken bij afzonderlijke bestellingen van patronen

(75) Het is misbruik van een machtspositie om de verkoop van geoctrooieerde patroonstrips te doen afhangen van de aankoop van een overeenkomstige hoeveelheid nagels, alsook om bij afzonderlijke bestellingen van patronen de kortingen te verminderen of andere discriminerende praktijken toe te passen zoals hiervóór beschreven. Deze praktijken ontnemen de verbruiker de mogelijkheid vrij te beslissen waar hij zijn nagels koopt, zodat op onaanvaardbare wijze van hem wordt geprofiteerd. Bovendien hebben al deze praktijken ten doel of tot gevolg dat onafhankelijke nagelfabrikanten die Hilti's machtspositie zouden kunnen bedreigen, de pas wordt afgesneden. Verkoopkoppeling en geringere kortingen kwamen niet slechts af en toe voor, maar vormden een algemeen toegepast beleid.

ii) Aansporing van onafhankelijke verdelers om bepaalde bestellingen voor uitvoer te weigeren

(76) Ingevolge deze praktijken waren de onafhankelijke nagelfabrikanten, wilden zij hun nagels verkopen, gedwongen zelf voor hun bevoorrading in Hilti-compatibele patroonstrips zorg te dragen. Beide klagers probeerden Hilti-patroonstrips in te voeren uit Nederland. Bij een poging om haar beleid van verkoopkoppeling in het Verenigd Koninkrijk, waar zij zich door onafhankelijke nagelfabrikanten bedreigd voelde, te verstevigen, drong Hilti, zodra zij zich van de herkomst van de patroonstrips had vergewist, dan ook bij haar verdeler in Nederland erop aan om de leveringen stop te zetten. Dit ingrijpen leidde ertoe dat deze toevoerweg voor cliënten werd afgesloten, en had voorts een compartimentering van de gemeenschappelijke markt tot gevolg.

Hilti waarschuwde zelfs al haar onafhankelijke dealers, dat zijn geen gevolg mochten geven aan bestellingen van bepaalde cliënten in het Verenigd Koninkrijk die toentertijd door Hilti zelf werden bevoorraad. Zij wilde de onafhankelijke nagelfabrikanten aldus beletten aan patroonstrips te geraken, hetgeen ingevolge Hilti's andere misbruiken de enige mogelijkheid voor hen was om toegang te verkrijgen tot de markt.

iii) Weigering om orders van vaste cliënten of dealers voor patroonstrips volledig uit te voeren in geval van mogelijke wederverkoop

(77) Hilti weigerde voorts aan vaste cliënten patronen te leveren, omdat zij er bezwaar tegen maakte dat die patronen mogelijk aan onafhankelijke nagelfabrikanten zouden worden doorverkocht. Deze negatie van het beschikkingsrecht van een koper over de gekochte produkten levert misbruik van een machtspositie op, zeker wanneer zij ertoe strekt de vrije verkoop van Hilti-compatibele patroonstrips te verhinderen met het doel de toegang tot de markt voor Hilti-compatibele nagels af te sluiten.

iv) Tegengaan of vertragen van wettelijk gewaarborgde dwanglicenties voor Hilti's octrooien

(78) Gelet op het hiervooor beschreven beleid en op Hilti's weigering om te leveren, bleef de nagelfabrikanten niets anders over dan hun toevlucht te nemen tot patroonstrips van andere merken. Daartoe was een octrooilicentie vereist, die in het Verenigd Koninkrijk kon worden verkregen in de vorm van een dwanglicentie. Ondanks het bestaan van dit wettelijk gewaarborgde recht trachtte Hilti evenwel door het vragen van hoge licentievergoedingen te beletten dat zo'n licentie een feit zou worden. Uit interne documenten van Hilti blijkt, dat die licentievergoedingen niet objectief gerechtvaardigd waren maar een middel vormden om de verlening van zulke licenties te verhinderen, althans op de lange baan te schuiven. In het geval van Eurofix werd de licentievergoeding weliswaar door de „Comptroller of Patents" op het door Eurofix gevraagde bedrag vastgesteld, doch het feit dat Hilti een hoge vergoeding eiste had tot gevolg dat de dwanglicentie slechts met veel vertraging effect kon gaan sorteren.

Door onredelijk hoge licentievergoedingen te vragen met als enig doel de verlening van licenties te verhinderen, heeft Hilti misbruik gemaakt van haar machtspositie. Hilti wilde concurrerende leveranciers weghouden van de door haar gedomineerde markt voor patroonstrips. Het gevolg was dat een wettelijk gewaarborgd recht op verlening van een dwanglicentie eerst met aanzienlijke vertraging uitwerking kon hebben, ten dele zijn inhoud verloor of zelfs een dode letter bleef. Die is des te ernstiger, omdat Hilti gebruik maakt van haar positie op de markt voor patroonstrips om concurrenten van de markt voor nagels te weren.

v) Weigering van garantieverlening zonder objectieve redenen

(79) Hilti's beleid dat erop was gericht de verkoop van nagels door onafhankelijke fabrikanten te verhinderen, nam een nieuwe wending toen zij bekendmaakte dat zij in geval van gebruik van nagels van andere merken geen garantie op haar schiethamers zou verlenen. Hilti heeft weliswaar het recht zich van haar garantieverplichting ontslagen te achten indien het gebruik van ondeugdelijke nagels of nagels van inferieure kwaliteit van een ander merk in een concreet geval tot gebrekkige werking, voortijdige slijtage of defecten leidt, doch wanneer het gelijk in het onderhavige geval om een algemeen beleid gaat, moet dit als misbruik van een machtspositie worden aangemerkt, omdat er dan wederom sprake is van een indirect middel om cliënten de toegang tot alternatieve voorzieningsbronnen te belemmeren. Bovendien heeft Hilti niets kunnen aanvoeren ten bewijze dat haar schiethamers bij gebruik van nagels van een ander courant merk vaker schade oplopen, sneller aan slijtage onderhevig zijn of slechter functioneren dan bij gebruik van Hilti-nagels normaal het geval zou zijn.

vi) Toepassing van selectieve en discriminerende praktijken met het doel zowel concurrenten als hun cliënten commercieel te schaden

(80) Uit het beschikbare bewijsmateriaal blijkt, dat Hilti een beleid voert dat ertoe strekt de markt met ongeoorloofde middelen ontoegankelijk te maken voor concurrerende producenten van Hilti-compatibele nagels. In een aantal gevallen selecteerde Hilti sommige van de belangrijkste cliënten van deze concurrenten en bood zij hun uiterst voordelige condities aan ten einde hun klandizie te winnen. Daarbij ging zij soms zover dat zij gratis produkten weggaf. Deze bijzondere condities waren selectief en discriminerend in die zin dat zij niet golden voor andere cliënten van Hilti die gelijke of nagenoeg gelijke hoeveelheden kochten. De cliënten van Hilti die deze bijzondere aanbiedingen niet kregen, waren het slachtoffer van discriminatie en droegen in feite de kosten van de aan andere cliënten toegekende prijsvermindering. Deze speciale aanbiedingen hadden niet het karakter van een direct door concurrenten uitgelokte afweerreactie, maar pasten in het kader van Hilti's weloverwogen beleid dat erop was gericht die concurrenten zoveel mogelijk van de markt voor Hilti-compatibele nagels te weren. Alleen een onderneming met een machtspositie als Hilti is in staat een dergelijke strategie te voeren, omdat zij het zich dank zij haar sterkte op de markt kan veroorloven aan al haar andere cliënten dezelfde prijzen te blijven aanrekenen alsof er van selectieve en discriminerende kortingen geen sprake was.

(81) Een ander aspect van de strategie waarmee Hilti de afzet van haar concurrenten op onrechtmatige wijze tracht te beperken, wordt gevormd door haar zorgvuldig opgezette tactiek om sommige van de belangrijkste cliënten van die concurrenten ernstig te schaden of zelfs te elimineren. Interne documenten van Hilti bewijzen afdoende dat Firth terecht stelt dat zij daarvan het slachtoffer was, doordat Hilti, enerzijds, problemen schiep in verband met leveringen aan Firth en haar kortingen tot een onrendabel niveau verlaagde en, anderzijds, ten aanzien van Firth's cliënten de hiervoor beschreven selectieve discriminatie door middel van voordelige aanbiedingen toepaste. De toepassing van een dergelijk beleid schaadt niet slechts Hilti's concurrenten en hun cliënten rechtstreeks in hun commerciële belangen, doch heeft ook een afschrikkend en mededingingsbeperkend effect op andere potentiële afnemers van nagels van onafhankelijke fabrikanten, voor zover zij er door bedreiging met een soortgelijke behandeling van kunnen worden afgebracht nagels van andere merken te kopen.

Een scherpe rivaliteit op het gebied van de prijzen is van wezenlijk belang voor de mededinging. Past een onderneming met een machtspositie echter een selectieve en discriminerende prijzenpolitiek toe met als enig doel haar concurrenten te schaden of hun de toegang tot de markt te ontzeggen, terwijl zij aan het merendeel van haar andere cliënten hogere prijzen blijft aanrekenen, dan zijn niet alleen die andere cliënten daarvan de dupe, doch ondervindt ook de concurrentie daarvan desastreuze gevolgen. Een dergelijk gedrag, dat voor een onderneming met een machtspositie een middel vormt om haar overwicht op de markt nog te verstevigen, moet dan ook als misbruik worden aangemerkt. In het onderhavige geval is voor de vraag of er sprake was van misbruik, niet bepalend of de verkoopprijs lager was dan de kostprijs (ongeacht hoe die wordt gedefinieerd; in bepaalde gevallen werden trouwens gratis produkten weggegeven). Beslissend is veeleer, dat Hilti dank zij haar machtspositie in staat was aan de cliënten van haar concurrenten speciale, discriminerende prijzen aan te bieden met het oogmerk die concurrenten op commercieel gebied nadeel te berokkenen, en tegelijkertijd ten aanzien van haar eigen, even belangrijke cliënten hogere prijzen te blijven toepassen.

vii) Eenzijdige en geheime toepassing van een beleid van gedifferentieerde kortingen voor geassisteerde, respectievelijk niet geassisteerde machineverhuurbedrijven en dealers in het Verenigd Koninkrijk.

(82) In het Verenigd Koninkrijk past Hilti een systeem van gedifferentieerde kortingen voor geassisteerde, respectievelijk niet geassisteerde machineverhuurbedrijven toe, volgens hetwelk laatstgenoemde bedrijven niet in aanmerking komen voor de normale hoeveelheidskortingen die aan geassisteerde dealers worden toegekend. Deze niet geassisteerde machineverhuurbedrijven profiteerden vroeger vaak van het hogere kortingtarief dat nu nog uitsluitend voor geassisteerde bedrijven geldt. Dit beleid ten aanzien van geassisteerde en niet geassisteerde dealers werd door Hilti eenzijdig en zonder enige uitleg toegepast. Niet geassisteerde machineverhuurbedrijven ontvingen gewoon het bericht dat hun korting zou worden verminderd, zonder dat ook maar een poging werd gedaan om de criteria toe te lichten waarop die beslissing was gebaseerd. Er bestaat weliswaar geen bezwaar tegen dat bij de selectie van geassisteerde dealers bepaalde objectieve criteria in aanmerking worden genomen die hogere kortingen kunnen rechtvaardigen (bij voorbeeld het feit dat zo'n dealer voor opleiding instaat of grotere hoeveelheden afneemt), doch het besluit van een dealer om zich voor de aankoop van toebehoren tot een concurrent te wenden, mag in dit selectieproces geen rol spelen.

(83) Gelet op de overige aspecten van Hilti's beleid en op het feit dat de beslissing van een verdeler om ander toebehoren te kopen dan dat van Hilti als criterium wordt gehanteerd voor het toekennen van een hogere, respectievelijk lagere korting, meent de Commissie voorts dat dit bijzondere aspect van Hilti's beleid moet worden beschouwd als een element van haar algemeen en zorgvuldig uitgewerkte plan om onafhankelijke nagelfabrikanten te discrimineren en zodoende als concurrenten te weren. Als zodanig dient het hetzelfde doel als de lagere korting bij bestellingen van patroonstrips zonder nagels. Bijgevolg moet de praktijk om de kortingen van niet geassisteerde dealers te verminderen, voor zover deze niet op eenvormig toegepaste, noch objectief gerechtvaardigde overwegingen van kwalitatieve aard berust, als misbruik van een machtspositie worden aangemerkt. Dit geldt te meer wanneer, zoals in het geval van Hilti, de selectiecriteria geheim worden gehouden en het desbetreffende beleid eenzijdig en zonder enige uitleg wordt toegepast.

viii) Gedrag na de verbintenis

(84) Ook na haar verbintenis probeerde Hilti nog, wanneer cliënten patroonstrips zonder nagels bestelden, de geleverde hoeveelheid te beperken hetzij tot het niveau van hun eerdere orders voor patronen, hetzij tot 5 000 patronen. Hilti baseerde zich vroeger op dit cijfer van 5 000 om te controleren of er cliënten waren die nagels van onafhankelijke fabrikanten gebruikten. Bijgevolg moet dit aspect van haar beleid worden beschouwd als een poging om haar praktijk van verkoopkoppeling voort te zetten of maatregelen van gelijke werking toe te passen. Hilti is op dit punt na contacten met de Commissie kennelijk een andere gedragslijn gaan volgen.

(85) Voor zover de Commissie bekend is, past Hilti echter nog steeds in het geheim en zonder opgaaf van redenen haar systeem van lagere kortingen voor niet geassisteerde dealers toe, waarvan één van de criteria wordt gevormd door het gebruik van nagels van andere merken.

f) **Invloed op de handel tussen de Lid-Staten**

(86) Hilti's onrechtmatige gedrag had niet slechts een merkbare en rechtstreekse invloed op de handel tussen de Lid-Staten, doch tastte de structuur zelf van de mededinging op de gemeenschappelijke markt aan. In de onderhavige zaak, waar slechts geringe concurrentie bestaat inzake Hilti-compatibel toebehoren, heeft ieder ingrijpen in de fragiele concurrentiestructuur bijzonder belangrijke potentiële gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten.

86.1. Door druk uit te oefenen op haar onafhankelijke dealers trachtte Hilti uitvoer die ingevolge het bestaan van grote prijsverschillen op de gemeenschappelijke markt potentieel rendabel was, te verhinderen.

86.2. Het was onvermijdelijk, dat Hilti's onrechtmatige gedrag de structuur van de mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan ongunstig beïnvloedde. Haar beleid was erop gericht te beletten dat de onafhankelijke nagelfabrikanten op de markt zouden doordringen. Bepaalde aspecten van dit beleid hadden ten doel deze fabrikanten zonder meer van de markt te doen verdwijnen.

86.3. Aansluitend zal de handelsstroom zich langs potentieel andere wegen ontwikkelen dan in afwezigheid van de misbruiken die het binnenkomen van nagelfabrikanten op deze markt beperkten.

g) **Objectieve rechtvaardigingsgronden**

(87) Hilti heeft haar bezorgdheid uitgesproken over bepaalde aspecten die verband houden met de betrouwbaarheid, werking en veiligheid van PAFS. Haar betoog in dit verband kan als volgt worden samengevat :

87.1. de gebruiker van een schiethamer moet, willen hem geen ongelukken overkomen en wil hij betrouwbare en stevige bevestigingen tot stand kunnen brengen, door een degelijke opleiding vertrouwd worden gemaakt met het gebruik van schiethamers en toebehoren, met name wat de veiligheidsvoorzieningen betreft;

87.2. bij gebruik van patronen van inferieure kwaliteit kunnen zich kets- of repeteerschoten voordoen of kan het veiligheidsmechanisme van de schiethamer onklaar geraken door overmatige koolstofafzetting;

87.3. nagels van inferieure kwaliteit kunnen terugslaan, afbreken of het materiaal doen splinteren, hetgeen gevaarlijk kan zijn voor de gebruiker of de deugdelijkheid van de bevestiging kan aantasten;

87.4. alleen een fabrikant van PAFS kan de onderlinge compatibiliteit, veiligheid en betrouwbaarheid waarborgen van schiethamer, nagels en patronen, die als onderdelen van één geïntegreerd systeem moeten worden beschouwd. Onafhankelijke producenten van toebehoren kunnen niet voor het volledige systeem instaan, omdat zij slechts één element ervan vervaardigen;

87.5. Hilti houdt staande dat de nagels van bepaalde onafhankelijke nagelfabrikanten en met name die van de klagers — Eurofix en Bauco — van inferieure kwaliteit zijn, omdat zij niet geschikt zijn voor het doel waarvoor zij zijn bestemd. Voorts beweerde zij dat die nagels gevaarlijk zijn omdat zij met betrekking tot bepaalde basismaterialen onvoldoende penetratievermogen bezitten om daarin betrouwbare en stevige bevestigingen tot stand te brengen. Hilti stelt ook dat de patroonstrips van Fiocchi (de enige belangrijke producent in de Gemeenschap die niet met Hilti in relatie staat) gebrekkig en mogelijk gevaarlijk zijn.

(88) Hilti geeft zichzelf rekenschap ervan dat vorenstaande overwegingen betreffende de veiligheid, betrouwbaarheid en werking van haar PAFS op zich geen rechtvaardiging kunnen vormen voor haar in de onderhavige beschikking bedoelde gedrag op commercieel gebied, omdat dit gedrag niet het minst restrictieve middel vormt om de beoogde mate van veiligheid te verzekeren. Volgens Hilti vormt het door haar voorgestelde distributiesysteem de weg waarlangs dit doel met zo min mogelijk beperkingen kan worden bereikt. Zij houdt evenwel staande dat haar handelwijze in alle opzichten was ingegeven door bezorgdheid om de veiligheid en goede werking van haar produkten en dat zij daarbij niet het commerciële voordeel voor ogen had dat die handelwijze voor haar kon meebrengen.

(89) Met betrekking tot Hilti's bewering dat haar gedrag, ook al vormde het niet het minst restrictieve middel ter bereiking van haar doelstellingen, uitsluitend op veiligheidsvoorschriften berustte, merkt de Commissie het volgende op:

89.1. De misbruiken en beweerde veiligheidsproblemen gaan ten minste terug tot 1981. Hilti wendde zich eerst twee jaar later, in 1983, tot de Commissie met een informeel en mondeling voorstel voor een distributiesysteem waarmee die problemen zouden kunnen worden verholpen. Op dat ogenblik was reeds een klacht bij de Commissie ingediend en ter kennis van Hilti gebracht.

89.2. Ambtenaren van de Commissie lieten Hilti in 1983 weten dat, gelet op haar kennelijke machtspositie, een selectief distributiesysteem slechts aanvaardbaar zou zijn indien het op objectief gerechtvaardigde veiligheidsoverwegingen berustte, en dat geen kwantitatieve beperkingen zouden worden aanvaard.

89.3. Inmiddels was uit het later aangebrachte bewijsmateriaal gebleken dat Hilti haar onrechtmatige praktijken voortzette en op nog ruimere schaal toepaste, ondanks het feit dat zij was gewaarschuwd dat die praktijken, mochten zij komen vast te staan, niet zouden worden geduld. Bedoelde praktijken gaven aanleiding tot een tweede klacht, van Bauco. Eerst nadat zij van die tweede klacht op de hoogte was gebracht, deed Hilti in mei 1985 langs informele weg een voorstel voor een distributiesysteem aan de Commissie toekomen (dit gebeurde 18 maanden na haar eerste, niet officiële contacten met de Commissie). Het ontwerp voor dit systeem werd eerst bij de Commissie aangemeld nadat een mededeling van punten van bezwaar met een voorstel voor voorlopige maatregelen was verstuurd. Hilti werd ook gewaarschuwd dat, indien de door Eurofix en Bauco aangeklaagde praktijken zouden worden bewezen, zij als misbruik van een machtspositie zouden kunnen worden aangemerkt.

89.4. Gedurende de gehele, hiervóór bedoelde periode (dat wil zeggen ten minste vanaf 1981) verzuimde Hilti in rechte of anderszins enige stappen te ondernemen zoals men die van een onderneming die uitsluitend met aspecten als veiligheid en betrouwbaarheid is begaan, normaal zou verwachten. Geconfronteerd met het feit dat door de klagers gefabriceerde nagels werden gebruikt die volgens haar van inferieure kwaliteit en potentieel gevaarlijk waren,

— maakte Hilti haar cliënten zelden schriftelijk erop attent, dat zij de nagels van de klagers als gevaarlijk en ondoelmatig beschouwde. Uit documenten van Hilti blijkt dat het haar doelbewuste beleid was om zich tot mondelinge waarschuwingen te beperken en haar bezwaren tegen de produkten van de klagers nooit op papier te zetten. Daarmee creëerde zij in verband met de produkten van de klagers op zodanige wijze een klimaat van onzekerheid, dat het voor deze laatsten zeer moeilijk was de gegrondheid van Hilti's beweringen op normale wijze in rechte te betwisten. Dit was voor Hilti niet de meest geschikte manier om haar cliënten te waarschuwen voor het gebruik van wat zij ten overstaan van de Commissie als gevaarlijke produkten afschildert;

— heeft Hilti nooit per brief of anderszins contact met de klagers opgenomen ten einde in verband met de betrouwbaarheid, doelmatigheid, veiligheid en dergelijke van hun nagels haar bezorgdheid te uiten;

— voor zover de Commissie bekend is, heeft Hilti nooit de normale weg bewandeld die erin zou hebben bestaan ten aanzien van de klagers bij het Britse „Trading Standards Department" aangifte te doen van wat volgens haar eigen argumenten in het Verenigd Koninkrijk als bedrieglijke reclame of misleidende voorstelling van produkten zou moeten worden gekwalificeerd. Het „Trading Standards Department" had dan kunnen ingrijpen op grond van de „Trade Descriptions Act 1968", op overtreding waarvan strafrechtelijke sancties zijn gesteld. Een andere mogelijkheid zou zijn geweest dat Hilti op diezelfde gronden een civiel proces had aangespannen of, indien zij ervan overtuigd was dat de klagers inbreuk hadden gemaakt op de „Code of Advertising Practice" (Reclamecode), had zij de „Advertising Standards Authority" (Reclameraad) kunnen benaderen. Zij heeft noch het ene, noch het andere gedaan, hoewel zij stelt dat de wijze waarop de klagers voor hun produkten reclame maken en die produkten voorstellen, klaarblijkelijk misleidend of bedrieglijk is;

— voor zover de Commissie bekend is, heeft Hilti, ofschoon dit de juiste stap ware geweest, haar aanspraken nooit voorgelegd aan nationale of overheidsinstanties in het Verenigd Koninkrijk zoals de „Health and Safety Executive" of het „Trading Standards Department", die maatregelen hadden kunnen treffen op grond van de „Health and Safety at Work Act 1974" of de „Consumer Safety Act 1978", dit ondanks het feit dat Hilti beweert dat de produkten van de klagers ongeschikt zijn voor het gebruik waarvoor ze zijn bestemd, of zelfs potentieel gevaarlijk.

(90) Gelet op het voorgaande, kan volgens de Commissie niet worden aangenomen dat Hilti's gedrag uitsluitend is ingegeven door bezorgdheid om de veiligheid en betrouwbaarheid van haar PAFS en door ongerustheid over het gebruik van toebehoren van inferieure kwaliteit. Het in de onderhavige beschikking als onrechtmatig aangemerkte handelen van Hilti vindt hierin zijn verklaring, dat zij er vanuit commercieel oogpunt belang bij heeft de penetratie op de markt van toebehoren van andere merken te verhinderen, omdat haar voornaamste winstbron op het gebied van PAFS wordt gevormd door de verkoop van toebehoren en niet door de verkoop van schiethamers. Daarmee wil niet zijn gezegd, dat Hilti niet oprecht met de veiligheid en betrouwbaarheid kon zijn begaan. Hilti heeft echter niet de stappen ondernomen die normaal van haar mochten worden verwacht indien dit haar enige bekommernis ware geweest. Een onderneming die met veiligheidsproblemen te maken krijgt, mag niet haar toevlucht nemen tot gedrag dat een misbruik in de zin van artikel 86 oplevert; zij zou veeleer andere, geoorloofde en normaal doeltreffendere middelen moeten zien te vinden om die problemen te verhelpen.

(91) Ten slotte moet worden opgemerkt, dat Hilti, enerzijds, blijk heeft gegeven van een onverholen tegenzin om in verband met haar beweringen betreffende veiligheid en doelmatigheid een beroep op de rechter of op de daartoe aangewezen overheidsinstanties te doen en de bevoegde autoriteiten zodoende de kans te geven die beweringen naar behoren op hun gegrondheid te toetsen, doch, anderzijds, in tal van gevallen met het oog op bescherming van haar octrooi processen heeft aangespannen en de verzoeken van de klagers om verlening van dwanglicenties steeds opnieuw heeft betwist zonder ook maar terloops haar op veiligheidsoverwegingen berustende argumenten te doen gelden. Indien Hilti in verband met het probleem van veiligheid en doelmatigheid niet de gewone weg heeft gevolgd, dan was dit dus niet omdat zij afkerig was van het voeren van gedingen. In ieder geval zouden de ter zake van veiligheid en misleidende voorstelling van produkten bevoegde autoriteiten wellicht uit eigen beweging zijn opgetreden, indien Hilti hun afdoende bewijzen had verschaft dat de klagers de relevante wetten overtraden.

(92) Naar Hilti beweert, besloot zij eenzijdig dat de nagels van de onafhankelijke fabrikanten onveilig of ondoelmatig waren. Op deze grondslag tracht Hilti het beleid te rechtvaardigen dat in de onderhavige beschikking is beschreven en dat in grote lijnen ten doel of tot gevolg heeft dat de markt ontoegankelijk wordt gemaakt voor de onafhankelijke nagelfabrikanten. Hilti trachtte dus als onderneming met een machtspositie haar eigen, beweerdelijk gerechtvaardigde veiligheidseisen op te leggen met miskenning van de reeds in de verschillende Lid-Staten bestaande voorschriften inzake veiligheid en produktenaansprakelijkheid. De Commissie heeft de verschillende, in de Gemeenschap en in bepaalde andere landen geldende nationale voorschriften, normen en aanbevelingen

betreffende de veiligheid van schiethamers en toebehoren grondig onderzocht. Zij heeft ook de richtlijnen van beroepsverenigingen en organisaties van handelaren bestudeerd. Behalve in Spanje bevatten deze bepalingen nergens in de Gemeenschap een verplichting of aanbeveling voor de gebruiker om in Hilti-schiethamers nagels van hetzelfde merk te gebruiken. Zij bepalen veeleer dat de onafhankelijke nagelfabrikanten gehouden zijn te garanderen dat hun nagels aan de normen beantwoorden, en dat het aan de gebruiker staat na te gaan of zij voor het gebruik waarvoor zij zijn bestemd geschikt zijn (1). Voor zover de Commissie bekend is, zijn geen initiatieven genomen om deze regelingen ingrijpend te wijzigen. Ten slotte zijn in alle Lid-Staten de werkgevers in de regel verplicht erop toe te zien dat hun werknemers een degelijke opleiding ontvangen en dat hun werktuigen veilig zijn en behoorlijk worden onderhouden.

(93) Gelet op het feit dat er aldus in de Gemeenschap klaarblijkelijk doeltreffende veiligheidscontroles en -normen bestaan, kan de Commissie Hilti's argument betreffende de veiligheid niet aanvaarden als een objectieve rechtvaardiging voor het gedrag dat thans wordt aangevochten. Met betrekking tot het vraagstuk van de veiligheid van de nagels van de klagers is het evenwel interessant vast te stellen dat Eurofix over de gehele wereld tientallen miljoenen nagels voor gebruik in Hilti-schiethamers heeft verkocht. Bauco's afzet is beperkter, omdat zij eerst vrij onlangs haar intrede op de markt heeft gedaan en Hilti erin is geslaagd haar expansie in te dijken, maar haar verkoop loopt niettemin in de miljoenen nagels. Hilti heeft niet kunnen aantonen dat het gebruik van nagels van Eurofix of Bauco, waarvan er dus miljoenen zijn verkocht, veiligheidsproblemen veroorzaakt. De Britse „Health and Safety Executive" is niets bekend van ongevallen met PAFS die het gevolg zouden zijn van het gebruik van toebehoren van een ander merk dan de schiethamer. Bij de nagelfabrikanten zelf zijn geen meldingen binnengekomen van abnormale problemen op het stuk van veiligheid of betrouwbaarheid, noch claims op grond van hun verzekering tegen produktenaansprakelijkheid. Naast de klagers hebben verschillende andere onafhankelijke nagelfabrikanten in de Gemeenschap miljoenen nagels voor het gebruik in Hilti-schiethamers verkocht. Deze andere onafhankelijke fabrikanten noch Hilti hebben melding gemaakt van abnormale moeilijkheden in verband met de veiligheid of werking.

(94) Een andere interessante vaststelling is, dat bepaalde producenten van schiethamers een beroep doen op onafhankelijke fabrikanten voor de levering van toebehoren. Dit is met name het geval in de Verenigde Staten, waar Phillips Drill (een dochteronderneming van ITT) met Eurofix een contract voor de levering van nagels heeft gesloten. In de Verenigde Staten spelen onafhankelijke fabrikanten een grotere rol bij de levering van toebehoren. Dit heeft kennelijk geen ongunstige uitwerking op de veiligheid of betrouwbaarheid.

(95) Ten slotte begrijpt de Commissie Hilti's bewering niet dat zij, zelfs strafrechtelijk, aansprakelijk zou zijn indien zij niet de (in de onderhavige beschikking aan de orde gestelde) maatregelen had genomen om een einde te maken aan het gebruik in haar schiethamers van volgens haar onveilig toebehoren. Gelet op de bestaande nationale veiligheidsvoorschriften en op het feit dat Hilti de gebruikers in haar (bij iedere schiethamer afgegeven) instructieboekje waarschuwt om geen toebehoren van andere merken te gebruiken, meent de Commissie dat Hilti niet aansprakelijk kan worden gesteld voor ongevallen of schade die het gevolg zijn van het gebruik in haar schiethamers van toebehoren van andere merken. De bewering dat zij aansprakelijk zou zijn, is des te onbegrijpelijker, wanneer men ziet dat Hilti géén van de stappen heeft ondernomen die men normaal zou verwachten van een onderneming die wordt geconfronteerd met het probleem dat in haar schiethamers toebehoren wordt gebruikt dat zij als gevaarlijk of ongeschikt bestempelt.

(96) Hilti heeft ingezien dat haar argumenten betreffende de veiligheid niet zeer overtuigend zijn en gaf zich ervan rekenschap dat, ook al konden die argumenten haar misschien tijdelijk bescherming bieden, veiligheidsoverwegingen in geen geval door de Commissie of het Hof van Justitie als rechtvaardiging voor haar weigering om patronen zonder nagels te leveren zouden worden aanvaard (zie het telexbericht van 13 juni 1983 van Hilti GB aan Hilti AG).

h) **Gevolgtrekkingen**

(97) Op grond van het hiervoor overwogene meent de Commissie dat Hilti inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 van het Verdrag. Hilti beschikte gedurende de gehele relevante periode in de Gemeenschap over een machtspositie op de markten voor schiethamers en voor Hilti-compatibele nagels en patronen. De meeste van deze misbruiken vonden plaats in of waren bedoeld voor het Verenigd Koninkrijk, dat een belangrijk deel vormt van de gemeenschappelijke markt. Bepaalde misbruiken hadden echter rechtstreekse gevolgen voor andere Lid-Staten of waren onrechtstreeks voor de gehele Gemeenschap bedoeld.

(1) Deze bepalingen zijn ook verwoord in Hilti's dwanglicentie aan Bauco en Eurofix waar het volgende beding met betrekking tot kwaliteitscontrole/veiligheid is te vinden : „De licentienemer zal alle redelijke maatregelen nemen ten einde te verzekeren dat ieder produkt (dit wil zeggen patroonstrips) dat onder de licentie wordt verkocht voor gebruik in Hilti-DX-bevestigingssystemen, veilig is en geschikt voor het gebruik in dergelijke hamers". Dit woordgebruik werd tussen Hilti en Eurofix overeengekomen nadat de „Comptroller of Patents" oordeelde dat, ten einde het publieke belang te waarborgen, het noodzakelijk was een dergelijke bepaling op te nemen om zowel de kwaliteitscontrole van patroonstrips door Eurofix te waarborgen als de reputatie van Hilti te vrijwaren tegen de levering van gebrekkige patroonstrips voor gebruik in haar hamers.

(98) Hilti heeft van haar machtspositie misbruik gemaakt, met name door haar pogingen om voor onafhankelijke nagelfabrikanten de markt moeilijk toegankelijk of zelfs ontoegankelijk te maken. Om dit doel te bereiken heeft zij getracht te beletten dat haar geoctrooieerde patronen vrij op de markt verkrijgbaar zullen zijn. Daartoe heeft zij gebruik gemaakt van de volgende middelen :

98.1. Koppelverkoop van nagels en patroonstrips.

98.2. Lagere korting en toepassing van andere discriminerende praktijken bij aankoop van patronen zonder nagels.

98.3. Aansporing van onafhankelijke verdelers om bepaalde bestellingen voor uitvoer te weigeren.

98.4. Weigering om orders van vaste cliënten of dealers voor patroonstrips volledig uit te voeren in geval van mogelijke wederverkoop.

98.5. Tegengaan of vertragen van wettelijk gewaarborgde dwanglicenties voor Hilti's octrooien.

98.6. Weigering van garantieverlening zonder objectieve redenen.

98.7. Toepassing van selectieve en discriminerende praktijken met het doel zowel concurrenten als hun cliënten commercieel te schaden.

98.8. Eenzijdige en geheime toepassing van een beleid van gedifferentieerde kortingen voor geassisteerde, respectievelijk niet geassisteerde machineverhuurbedrijven en dealers in het Verenigd Koninkrijk.

98.9. Voortzetting op beperkte schaal van bepaalde onrechtmatige handelspraktijken ook na haar toezegging aan de Commissie.

C. SANCTIES

a) Geldboeten

(99) Op grond van artikel 15 van Verordening nr. 17 kunnen wegens inbreuken op artikel 86 van het Verdrag geldboeten worden opgelegd tot 1 miljoen Ecu of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar, indien laatstbedoeld bedrag hoger is. Daarbij moet niet alleen rekening worden gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk. In het onderhavige geval is de Commissie van oordeel dat de inbreuk ernstig en van lange duur was en dat zij aan Hilti een aanzienlijke geldboete behoort op te leggen.

(100) Uit het bewijsmateriaal blijkt dat Hilti in meer dan één opzicht ernstig misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt. Al deze misbruiken hadden hetzelfde oogmerk, namelijk de markt moeilijk toegankelijk of ontoegankelijk te maken voor concurrenten dan wel bestaande concurrenten ernstige schade te berokkenen of zelfs te doen verdwijnen. Hilti was daardoor in staat haar machtspositie te handhaven of te versterken. Zij was aldus des te beter bij machte haar machtspositie in de onderscheiden Lid-Staten te exploiteren en hoge, uiteenlopende prijzen toe te passen. Dit was slechts mogelijk, omdat normale mededinging en de gewone regels van vraag en aanbod niet voor haar golden.

Bovendien strekten deze inbreuken ertoe de gehele mededingingsstructuur ongunstig te beïnvloeden, want had de Commissie niet de mededeling van punten van bezwaar doen uitgaan die tot Hilti's verbintenis heeft geleid, dan zou een concurrent onherroepelijk van de markt zijn verdwenen. De Commissie meent eveneens dat alle inbreuken op zijn minst uit onachtzaamheid en, geldt dit voor enkele inbreuken, zeer zeker opzettelijk zijn gepleegd.

(101) Volgens het bewijsmateriaal waarover de Commissie beschikt, gaan bepaalde gewraakte inbreuken, met name wat Hilti's handelwijze jegens Eurofix betreft, ten minste terug tot 1981 en voor zover het om Hilti's gedrag ten opzichte van Bauco gaat, ten minste tot 1984, dit wil zeggen het tijdstip waarop Bauco een aanvang maakte met haar verkoop.

(102) Bedoelde inbreuken duurden ten minste tot Hilti's toezegging in 1985 en er zijn aanwijzingen dat bepaalde misbruiken ook na de verbintenis werden voortgezet, ook al is Hilti naar aanleiding van latere gesprekken met de Commissie op bepaalde punten een andere gedragslijn gaan volgen.

(103) Anderzijds wil de Commissie rekening houden met de medewerking die zij van Hilti heeft ontvangen, en met name het feit dat Hilti :

— naar aanleiding van de procedure inzake voorlopige maatregelen in 1985 een tijdelijke verbintenis heeft gegeven ;

— een interne gedragscode heeft opgesteld en aan de Commissie een van 4 september 1987 daterende permanente verbintenis heeft aangeboden, gebaseerd op haar bereidheid naar middelen te zoeken om aan de bezwaren en bekommernissen van de Commissie tegemoet te komen (deze verbintenis is als bijlage bij deze beschikking gevoegd) ;

— de door de Commissie als misbruik aangemerkte gedragingen heeft toegegeven, hetzij in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, hetzij nadat de Commissie Hilti van de klachten in kennis had gesteld.

b) Beëindiging van de inbreuk

(104) Op grond van artikel 3 van Verordening nr. 17 kan de Commissie, wanneer zij een inbreuk op artikel 86 vaststelt, de betrokken onderneming verplichten een einde aan die inbreuk te maken.

Het is gerechtvaardigd Hilti te gelasten de inbreuken te beëindigen, voor zover zij dit nog niet heeft gedaan. De vraag of Hilti in het kader van haar voorgestelde distributiesysteem het recht heeft beperkingen op te leggen (mits deze niet in het geheim, noch eenzijdig worden toegepast), zal worden behandeld in de afzonderlijke procedure waarin het aangemelde distributiesysteem zal worden onderzocht. Het hieronder staande bevel aan Hilti om haar inbreuken te beëindigen, voor zover zulks nog niet mocht zijn gebeurd, loopt dus niet vooruit op een eventuele latere beschikking met betrekking tot het aangemelde distributiesysteem,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

Hilti AG maakt, door zich jegens onafhankelijke fabrikanten van nagels voor Hilti-schiethamers zodanig te gedragen dat deze laatsten moeilijk toegang konden verkrijgen tot en moeilijk konden doordringen op de markt voor Hilti-compatibele nagels en/of rechtstreeks dan wel onrechtstreeks in hun commerciële belangen werden geschaad, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het EEG-Verdrag. Dit misbruik neemt de volgende vormen aan :

1. Koppelverkoop van nagels en patroonstrips.
2. Geringere kortingen en toepassing van andere discriminerende praktijken bij aankoop van patroonstrips zonder nagels.
3. Aansporing van onafhankelijke verdelers om bepaalde bestellingen voor uitvoer te weigeren.
4. Weigering om orders van vaste cliënten of dealers voor patroonstrips volledig uit te voeren in geval van mogelijke wederverkoop.
5. Tegengaan of vertraging van wettelijk gewaarborgde dwanglicenties voor Hilti's octrooien.
6. Weigering van garantieverlening zonder objectieve redenen.
7. Toepassing van selectieve en discriminerende praktijken met het doel zowel concurrenten als hun cliënten commercieel te schaden.
8. Eenzijdige en geheime toepassing van een beleid van gedifferentieerde kortingen voor geassisteerde, respectievelijk niet geassisteerde machineverhuurbedrijven en dealers in het Verenigd Koninkrijk.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 genoemde inbreuken wordt aan Hilti AG een geldboete opgelegd van 6 miljoen Ecu.

Dit bedrag dient binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van deze beschikking te worden betaald door storting op :

a) rekeningnummer 59000204 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, Brussel, bij de Lloyds Bank Plc, The Manager Payments Section, Overseas Centre, PO Box 63, 38a Paradise St., Birmingham B1 2AB, England (bij betaling in Ecu) of

b) rekeningnummer 108.63.41 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de Lloyds Bank Plc, Overseas Dept., PO Box 19, 6 Eastcheap, London EC3P 3AB, England (bij betaling in pond sterling).

Na afloop van genoemde betalingstermijn is van rechtswege rente verschuldigd op de voet die door het Europees Fonds voor monetaire samenwerking ter zake van zijn verrichtingen in Ecu wordt toegepast op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is gegeven, vermeerderd met 3,5 percentpunten, of wel 10,25 %.

Bij betaling in pond sterling geschiedt de omrekening op basis van de wisselkoers van de dag voorafgaande aan die waarop de storting geschiedt.

Artikel 3

Hilti AG moet, voor zover zij dit nog niet heeft gedaan, aan de in artikel 1 genoemde inbreuken onverwijld een einde maken. Daartoe moet Hilti zich ervan onthouden enige handeling of gedraging als bedoeld in artikel 1 te herhalen of voort te zetten dan wel enige maatregel van gelijke werking toe te passen.

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot Hilti AG, 9494 Schaan, Fürstentum Liechtenstein, c/o Hilti GB, Trafford Wharf Road, Trafford Park, Manchester M17 1BY, United Kingdom.

Deze beschikking vormt executoriale titel overeenkomstig artikel 192 van het EEG-Verdrag.

Gedaan te Brussel, 22 december 1987.

Voor de Commissie

Peter SUTHERLAND

Lid van de Commissie

BIJLAGE

Zaken IV/30.787 en 31.488

VERBINTENISSEN

1. Hilti AG uit naam van zichzelf en haar volledige dochterondernemingen in de Europese Gemeenschap, verbindt zich te goeder trouw tot hetgeen volgt:

   a) de tussentijdse verbintenissen die op 27 augustus 1985 in bovengenoemde zaken werden gegeven op een permanente wijze na te komen, dat wil zeggen binnen de Europese Economische Gemeenschap direct noch indirect de levering van schiethamerpatroonstrips te koppelen aan de levering van schiethamernagels en, als gevolg, geen aankopen van patroonstrips te voegen bij de aankopen van andere produkten voor de berekening van hoeveelheidskortingen;

   b) een kortingbeleid voor directe-bevestigingsprodukten te voeren op een wijze die verenigbaar is met de verbintenissen genoemd onder a), echter met drie uitzonderingen die hierna worden genoemd; dat beleid zal gebaseerd zijn op precieze, wetmatige en transparante hoeveelheid/waarde-kortingschema's die uniform en zonder discriminatie worden toegepast.

      De drie hiervoor genoemde uitzonderingen zijn:

      i) het benaderen van een concurrerend aanbod;

      ii) individueel onderhandelde overeenkomsten met cliënten die gewoonlijk of aan de hand van bijzondere verlangens of door omstandigheden weigeren met Hilti zaken te doen tenzij op basis van een dergelijke overeenkomst;

      iii) speciale promotie-aanbiedingen, die als zodanig worden gekwalificeerd.

      Als gevolg van een dergelijk kortingbeleid zouden bepaalde typen kortingen worden vermeden, inclusief getrouwheidskortingen;

   c) behoudens voor objectief geldige redenen geen leveringen van directe bevestigingssystemen aan bestaande klanten te weigeren, noch bij het uitvoeren van orders de te leveren hoeveelheid produkten voor directe bevestiging te beperken, en door te gaan met het ieder kwartaal aan de Commissie rapporteren van iedere weigering om produkten voor de directe bevestiging te leveren onder vermelding van de redenen daarvoor;

   d) af te zien op te treden, op basis van haar auteursrecht in het Verenigd Koninkrijk op haar patroonstrips, tegen huidige en toekomstige houders van een dwanglicentie inzake haar octrooi in het Verenigd Koninkrijk op patroonstrips en, voor zover deze zouden bestaan in de rest van de Gemeenschap, haar copyrights op de ontwerpen van dergelijke strips;

   e) garantie te verlenen op haar directe-bevestigingsapparaten, niet alleen indien erin Hilti-produkten worden gebruikt maar ook wanneer niet-Hilti-produkten van overeenkomstige kwaliteit worden gebruikt;

   f) een gedragscode voor de gehele Hilti-groep vast te stellen inzake de concurrentieregels volgens de lijnen die door de Commissie werden goedgekeurd in de National Panasonic-zaak en de Commissie te informeren over de stappen die werden genomen om zo'n programma in de praktijk te brengen.

2. Hilti AG verbindt zich ertoe zich ervoor in te zetten om haar onafhankelijke verdelers van directe-bevestigingssystemen in de Gemeenschap ervan te overtuigen dezelfde verbintenissen als onder punt 1 genoemd, te accepteren als hun eigen beleid.

3. Hilti AG verbindt zich ertoe de onder de punten 1 en 2 genoemde verbintenissen te eerbiedigen totdat is vastgesteld dat zij geen machtspositie bezit of totdat de omstandigheden zodanig veranderen dat zij niet langer een machtspositie bezit, en, in ieder geval de Commissie er schriftelijk van op de hoogte te brengen wanneer zij voornemens is de bovengenoemde verbintenissen niet meer na te komen.

Voor en namens Hilti AG

.....

Datum: 4 september 1987.