II

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

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 29 juli 1987

inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes : voorlopige maatregelen)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(87/500/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 de artikelen 3 en 16,

Gezien het verzoek van Brass Band Instruments Ltd en anderen van 12 maart 1987 om voorlopige maatregelen door de Commissie in verband met een beweerde inbreuk op artikel 86 van het Verdrag door Boosey & Hawkes plc ;

Gezien het besluit van de Commissie van 27 april 1987 om in deze zaak de procedure in te leiden,

Na Boosey & Hawkes plc overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17, in samenhang met 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), in de gelegenheid te hebben gesteld haar standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen ;

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities ;

Overwegende hetgeen volgt :

I. DE FEITEN

De aard van deze beschikking

(1) Bij deze beschikking worden voorlopige maatregelen vastgesteld hangende een eindbeschikking over het verzoek krachtens artikel 3 van Verordening nr. 17 van drie Britse ondernemingen : Brass Band Instruments Ltd („BBI"), Gabriel's Horn House (Band Instrument Company) Ltd („GHH"), beide te Portsmouth, Hampshire, en RCN Music („RCN") te Luton, Bedfordshire, die stellen dat Boosey & Hawkes plc („B&H") te Edgware, Middlesex, inbreuk op artikel 86 van het EEG-Verdrag heeft gemaakt.

De ondernemingen

(2) Tot de werkzaamheden van B&H behoren de fabricage en verkoop van muziekinstrumenten. Voordat deze zaak aanhangig werd gemaakt was B&H de enige Britse fabrikant van koperen blaasinstrumenten. Haar totale verkopen in de gehele wereld bedroegen in 1985 (voor alle produkten) £ 38 miljoen (67 miljoen Ecu).

(3) GHH is een belangrijke kleinhandelaar in instrumenten voor fanfarekorpsen en had vóór deze zaak de op één na grootste afzet aan zulke instrumenten van B&H in het Verenigd Koninkrijk. In 1985 bedroeg de totale omzet van GHH £ 480 000 (Ecu 840 000), waarvan 70 % aan B&H-instrumenten voor brassbands.

RCN is reparateur van koperen blaasinstrumenten voor fabrikanten, verkopers en particuliere klanten en heeft in het verleden contractueel reparatiewerk voor B&H verricht.

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

(4) In april 1986 richtten de eigenaren van GHH en RCN een vennootschap, BBI, op voor de fabricage en afzet van een omvangrijk assortiment instrumenten voor brass bands. BBI doet zaken vanuit een bedrijf in Luton, dicht bij dat van RCN, en ontvangt bepaalde afzetdiensten en financiële steun van RCN en GHH.

De achtergrond

Brass bands

(5) B&H is een van de grootste fabrikanten van muziekinstrumenten ter wereld. De onderneming is vooral bekend om haar koperen blaasinstrumenten. Haar werk in de kopersector is voornamelijk gericht op de levering aan brass bands in Britse stijl. Deze muziekkorpsen vonden hun oorsprong in Noord-Engeland waar de belangstelling bijzonder groot is, maar de „brass-bandbeweging" heeft zich over een aantal andere landen, waaronder Nederland, België, Denemarken en Duitsland uitgebreid. Brass bands onderscheiden zich van andere typen orkesten die gebruik maken van blaasinstrumenten (bij voorbeeld mars-, fanfare-, harmonie- of blaasorkesten) doordat zij geheel uit koperblazers bestaan (zoals in de kampioenschapsregels is voorgeschreven) en door hun repertoire en hun speciale klank. Er ligt een sterke nadruk op wedstrijden tussen deze korpsen en B&H is sterk betrokken bij de organisatie en bevordering van de twee voornaamste concoursen, te weten het United Kingdom National Championship en het European Brass Band Championship. De Championship Rules die gelden voor de instrumentatie van de deelnemende orkesten zijn van invloed op de samenstelling van brass bands in Britse stijl in het algemeen.

(6) Deze brass bands zijn samengesteld uit de volgende instrumenten: sopraancornet (E♭), cornet (B♭), flugelhorns, tenorhoorns, baritons, trombones, euphoniums en tuba's (BB♭ en EE♭). B&H vervaardigt een ruim assortiment koperinstrumenten om te beantwoorden aan de speciale behoeften van verschillende categorieën klanten (brass bands voor concoursen, voor studiedoeleinden, enz.). Haar assortiment „Sovereign" richt zich speciaal op brass bands die aan concoursen deelnemen en haar assortiment „700" biedt een iets goedkoper alternatief, al is het ook voor die orkesten bestemd. Alle vooraanstaande aan concoursen deelnemende brass bands in Engeland zijn bijna geheel samengesteld uit B&H-instrumenten en onder de liefhebbers gaat in het algemeen de eerste voorkeur steeds uit naar B&H. Een typische concoursband zal voor 85 tot 90 % uit B&H-instrumenten bestaan. Het z. g. „achtergrondkoper", te weten tenorhoorns, baritons, euphoniums en tuba's, bestaat bijna steeds uit B&H-instrumenten. Enige ruimte bestaat voor vervanging bij „voorgrondkoper" (slechts 15 % van de instrumenten van de typische band) waar trombones en, in mindere mate, cornets van andere fabrikanten afkomstig kunnen zijn. Volgens de verzoekers is de vraag in de EEG naar instrumenten voor brass bands thans 10 miljoen Ecu waard, een cijfer dat B&H als te hoog betwist. Slechts één andere fabrikant ter wereld — Yamaha — fabriceert thans een groot assortiment instrumenten voor brass bands. B&H-instrumenten zijn gewoonlijk aanzienlijk duurder dan de equivalenten van Yamaha. Ondanks dit prijsverschil is Yamaha tot dusver slechts in geringe mate op de markt doorgedrongen.

BBI

(7) BBI is door de eigenaren van RCN (die vroeger werknemers van B&H waren) en van GHH specifiek opgericht om B&H's „Sovereign"-assortiment koperinstrumenten voor brass bands concurrentie aan te doen. BBI ging bij enkele van haar ontwerpen uit van instrumenten die door B&H's voorgangers waren vervaardigd, maar maakte om auteursrechtproblemen te vermijden alleen gebruik van instrumenten die waren vervaardigd vóór 1912, toen de Britse auteurswet van kracht werd. Een groot aantal onderdelen voor instrumenten van BBI zouden onder contract worden vervaardigd door een Duitse fabrikant en dan in de fabriek te Luton moeten worden geassembleerd. BBI is voornemens een groot assortiment op de markt te brengen door rechtstreekse verkoop aan brass bands, in tegenstelling tot B&H die vooral via gespecialiseerde leveranciers aan brass bands verkoopt. B&H geloofde dat de rechtstreekse verkoopmethoden van BBI die firma de mogelijkheid zouden geven de prijzen van haar kleinhandelarennet te onderbieden en toch een produkt van dezelfde uitnemende technische kwaliteit te bieden. Volgens informatie die B&H heeft bereikt, wilde BBI maandelijks zo'n 200 instrumenten fabriceren, dat wil zeggen ongeveer 40 % van de huidige produktie van B&H.

De klacht

(8) Verzoekers betogen dat B&H, zodra zij eind november 1986 vernam van het bestaan van BBI en haar connecties met GHH en RCN, een reeks onrechtmatige initiatieven ontplooide om ervoor te zorgen dat het nieuwe produktiebedrijf zou worden uitgeschakeld voor het kon worden gevestigd.

Men zei dat bepaalde initiatieven rechtstreeks tegen BBI waren gericht waar andere (naar men beweerde) bestemd waren om deze onderneming indirect te ondermijnen door de bestaande kleinhandels- en reparatiezaken van de personen achter het nieuwe initiatief te schaden.

(9) De voornaamste beweringen kunnen als volgt worden samengevat :

a) dat B&H in het Verenigd Koninkrijk ongerechtvaardigde processen had aangespannen tegen BBI wegens inbreuk op auteursrecht, die B&H uiteindelijk moest opgeven maar die tot gevolg hadden dat op verzoekers een zware financiële last werd gelegd en dat de introductie van het nieuwe assortiment in een kritisch tijdsbestek werd vertraagd ;

b) dat B&H er enige tijd daadwerkelijk in geslaagd was BBI's bron van onderdelen in Duitsland af te snijden door tegen de leverancier een ongerechtvaardigde rechtsvordering wegens „slaafse navolging" in te stellen (B&H verloor zowel de processen in eerste instantie als het vervolgens ingestelde beroep) ;

c) dat B&H represailles had genomen tegen GHH en RCN door kredietfaciliteiten in te trekken en hun rekening zonder opzegging te sluiten, hen alle verdere levering van instrumenten en onderdelen te weigeren, hen lastig te vallen met vexatoire processen wegens schulden en, in het geval van GHH, door (zonder succes) te trachten de financiële instelling waarmee zij zaken deed ertoe te brengen de voorraden van GHH in beslag te nemen.

(10) Het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen heeft vooral betrekking op de weigering om aan GHH en RCN te leveren. Er hebben noch aan GHH noch aan RCN sinds 8 december 1986 leveranties plaatsgevonden hoewel alle schulden aan B&H sinds maart zijn vereffend. Volgens de verzoekers hangen hun bestaande zaken commercieel van B&H af en bestaat er, wanneer de leveranties niet worden hervat, een reëel en groot gevaar dat zij failliet zullen gaan, met alle nadelige gevolgen daarvan voor BBI.

Het betoog van B&H

(11) Deze beschikking heeft niet rechtstreeks betrekking op de beschuldiging van vexatoire procesvoering en andere hinderlijke tactieken, maar alleen op de sluiting van de rekeningen en de leveringsweigering.

Met betrekking tot deze weigering om te leveren betoogt B&H dat haar besluit om GHH en RCN kortweg af te snijden niet was ingegeven door een verlangen om concurrentie uit te sluiten. De reden welke de verzoekers destijds werd opgegeven was dat zij wanbetalers waren. In de onderhavige procedure handhaaft B&H dit standpunt en betoogt zij voorts dat zij het recht had en nog heeft om te weigeren zaken te doen met GHH en RCN omdat zij „deloyaal en oneerlijk" zouden zijn geweest in hun transacties met B&H. Er worden ernstige beschuldigingen geuit (die door verzoekers ten sterkste worden ontkend), die betrekking hebben op een periode van een aantal jaren geleden.

B&H betoogt bovendien dat het irrelevant is of haar beschuldigingen in feite al dan niet gegrond zijn, maar dat de voornaamste factor is dat zij er sterk in gelooft, zodat de stemming bij haar werknemers, mocht zij thans worden gedwongen de leveranties aan RCN of GHH onder welke voorwaarden dan ook te hervatten, ernstig zou worden geschaad.

Het schriftelijke bewijsmateriaal

(12) Het is juist dat B&H, vlak voordat zij zich bewust werd van de dreigende entree van BBI op de markt, haar kredietcontrole versterkte en dat er onderhandelingen gaande waren met GHH over een roulerende betalingsregeling om achterstallige schulden te vereffenen (de bedragen die aan B&H in „open rekening" verschuldigd waren kwamen bij die welke verschuldigd waren aan de financieringsagenten Borg Warner).

De verzoekers betogen dat er in dit stadium geen mededelingen van B&H waren dat haar rekening plotseling zou worden gesloten en dat de onderhandelingen in vriendelijke sfeer werden gevoerd. Voorts zegt men dat een groot deel van de uitstaande gelden verband hielden met kwaliteitsgeschillen en goederen welke GHH aan B&H had geretourneerd omdat zij ondeugdelijk waren. Zij verklaart dat zij haar schulden aan de financieringsagenten steeds tijdig heeft betaald.

Wat ter zake de waarheid moge zijn, uit het schriftelijk bewijsmateriaal dat de Commissie heeft verzameld bij een verificatie welke zij bij B&H uit hoofde van artikel 14 van Verordening nr. 17 heeft verricht, blijkt dat B&H de komst van BBI op de markt als een ernstige bedreiging ervoer.

In interne rapporten en notulen van november 1986 tot februari 1987 wordt de nadruk gelegd op de „concurrentiële dreiging van BBI" en gewezen op „krachtige pogingen om deze nieuwe concurrent te bestrijden".

De tot dusver verzamelde schriftelijke bewijzen lijken de bewering van verzoekers te steunen dat de acties tegen GHH en RCN van deze pogingen deel uitmaakten.

Een rapport van de Voorzitter van de Raad van Bestuur van 28 november 1986 beschrijft de nieuwe operatie als een „ernstige bedreiging" voor B&H en duidt GHH („een van onze beste klanten" volgens hem) aan als degene die daarachter staat. Het rapport beschrijft de actie welke reeds door B&H is ondernomen om de bedreiging het hoofd te bieden. De eerstgenoemde stap is de volgende : „Wij dagvaarden GHH voor het totale ons verschuldigde bedrag (ongeveer £ 36 000) en de financieringsagenten Borg Warner doen hetzelfde aangaande hun vordering van ongeveer £ 119 000. Deze firma tracht tevens de instrumenten in beslag te nemen.".

Aangaande het door B&H beweerde bedrog en wangedrag vindt het argument dat dit de voornaamste reden was voor het besluit om de leveringen te stoppen geen steun in het beschikbare bewijsmateriaal. In dit stadium wil B&H de verzoekers geen details uit haar bewijsmateriaal openbaren. Het zou daarom, vooral in het stadium van voorlopige maatregelen, voor de Commissie niet gepast zijn na te gaan of de beweringen al dan niet gegrond zijn. Zijn zij relevant, dan moeten zij in de procedure ten principale worden opgelost, dan wel voor een ander forum.

De gevolgen voor de verzoekers

(13) Volgens de verzoekers hebben de acties van B&H tegen hen ernstige gevolgen gehad. In de eerste plaats is de introductie door BBI van het nieuwe assortiment ten minste een aantal maanden vertraagd. De gerechtelijke procedures in Engeland en Duitsland betekenden (hoewel uiteindelijk vruchteloos) dat BBI haar activiteiten zelfs op beperkte schaal niet kon aanvangen tot kortgeleden, in een tijd van het jaar waarin zeer weinig instrumenten worden verkocht. Het gevolg van de verschillende acties tegen GHH en RCN was (naar zij beweren) niet slechts dat hun bedrijfsvoering werd belemmerd, maar ook dat de persoonlijke financiële positie van hun eigenaren en derhalve de levensvatbaarheid van BBI in gevaar werd gebracht. Verklaringen van GHH aan het begin van het geschil waaruit zou kunnen blijken dat GHH haar zaken naar andere leveranciers zou kunnen overhevelen, worden geïnterpreteerd als een gewaagde bewering of als bluf. Voorraden van B&H-instrumenten bij GHH slonken niet slechts tot éénderde van het normale peil, bovendien is een aanzienlijk deel niet gemakkelijk verkoopbaar. Door de verzoekers is bewijsmateriaal aangevoerd waaruit de cumulatieve financiële gevolgen van de door B&H tegen BBI rechtstreeks en via GHH en RCN ondernomen acties blijken. Het oorspronkelijke bedrijfskapitaal dat beschikbaar was ter financiering van BBI is uitgeput. Men zegt dat de firma nu haar heil moet zoeken in bankschulden die dicht in de buurt komen van de limieten welke door de banken zijn gesteld. Voor de schulden van BBI dienen de particuliere activa van de eigenaars van GHH en RCN tot zekerheid. Indien het nieuwe initiatief wordt losgelaten zouden de repercussies zich in hun zaken en in hun persoonlijke financiën doen gevoelen.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

Voorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen

(14) De bevoegdheid van de Commissie uit hoofde van artikel 3 van Verordening nr. 17 om de beëindiging van een inbreuk op de concurrentieregels te gelasten omvat ook de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te gelasten in zaken waarin (inter alia) het gewraakte gedrag ten gevolge heeft dat andere ondernemingen worden benadeeld en ervoor moet worden gezorgd dat er hangende een eindbeschikking geen onherstelbare schade wordt veroorzaakt (Zaak 792/79 R — Camera Care/Commissie [1]).

De Commissie behoeft niet definitief vast te stellen dat er een inbreuk is gepleegd. Alvorens zij in een zaak als de onderhavige voorlopige maatregelen beveelt moet de Commissie echter kunnen vaststellen dat :

— door voldoende duidelijk bewijsmateriaal wordt aangetoond dat er waarschijnlijk een inbreuk is gepleegd ;

— ernstige en onherstelbare schade voor de verzoeker waarschijnlijk is indien er geen maatregelen worden bevolen ;

— er een dringende behoefte is aan beschermende maatregelen.

De maatregelen welke de Commissie neemt moeten van tijdelijke en conservatoire aard zijn en beperkt blijven tot hetgeen in de gegeven situatie vereist is. De Commissie moet tevens letten op de legitieme belangen van de onderneming die aan de voorlopige maatregelen wordt onderworpen. De voorlopige maatregelen mogen niet verder gaan dan het kader van de bevoegdheden van de Commissie om de beëindiging van een inbreuk in de eindbeschikking te gelasten.

Toepassing van deze beginselen op de onderhavige zaak

Begin van bewijs van inbreuk

(15) De voornaamste punten waarom het in dit opzicht gaat zijn (i) of B&H een machtspositie inneemt ; en (ii) of haar gedrag een misbruik oplevert. In dit stadium behoeft de Commissie deze punten niet definitief te beslissen. De vraag is hier of er juridische en feitelijke elementen bestaan waaruit een redelijk begin van bewijs is af te leiden.

Machtspositie

(16) De in artikel 86 bedoelde machtspositie heeft betrekking op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen (Zaak 27/76, United Brands/Commissie [2]).

[1] Jurispr. 1980, blz. 119 e. v. (m. n. blz. 131).
[2] Jurispr. 1978, blz. 207.

Naast de mogelijkheid zich onafhankelijk te gedragen van concurrentiedruk, kan dit tevens de mogelijkheid inhouden om bestaande mededinging uit te sluiten of de toegang van nieuwe concurrenten te verhinderen.

Betrokken markt

(17) Om vast te stellen of een onderneming een machtspositie inneemt is het nodig de „relevante markt" te omschrijven, dat wil zeggen het concurrentiegebied waarbinnen de marktmacht van de volgens zeggen dominerende onderneming (en van feitelijke of potentiële concurrenten) moet worden beoordeeld.

In de EEG is een groot aantal fabrikanten die muziekinstrumenten leveren. Er wordt niet beweerd dat B&H op deze ruime markt of zelfs in de sectoren blaasinstrumenten of koperinstrumenten in hun geheel een machtspositie inneemt. Koperinstrumenten kunnen worden gebruikt door orkesten, door leerlingen in scholen, of in een verscheidenheid van beroeps- of amateurorkesten. Op een omvangrijke produktenmarkt kan men deelmarkten aantreffen die weer voor de toepassing van de EEG-concurrentieregels relevante markten opleveren. De vraag is of de deelmarkt in de commerciële realiteit voldoende te onderscheiden is om te kunnen aannemen dat een dominerende leverancier er de mededinging kan uitschakelen of de prijzen beheersen.

De inspanningen van B&H op het gebied van de koperinstrumenten zijn voornamelijk gericht op de specifieke behoeften van brass bands in Britse stijl. Op dit gespecialiseerde segment van de markt wilde BBI met B&H concurrentie aangaan (dit feit werd door B&H in haar eigen documenten gereleveerd). De door de verzoekers geleverde bewijzen geven aan dat deze sector redelijkerwijze een identificeerbare markt (of deelmarkt) in de EEG kan vormen met eigen specifieke condities van vraag en aanbod. B&H vecht nu het bestaan van zulk een identificeerbare markt aan, maar het verdient opmerking dat in een aantal van haar eigen interne documenten van een afzonderlijke markt voor „brass bands" wordt gewaagd (er wordt gezegd dat zij op deze markt een machtspositie inneemt).

Het feit dat een markt betrekkelijk eng wordt omschreven sluit de toepassing van artikel 86 niet uit : zie Zaak 26/75, General Motors/Commissie [1] ; Zaak 22/78, Hugin/Commissie [2]. Dit kan met name het geval zijn indien er duidelijke barrières bestaan tegen de toegang van nieuwe concurrenten.

De marktpositie van B&H

(18) Indien wordt aangenomen dat het gebied van daadwerkelijke mededinging het bovenomschreven gebied is, dan lijkt uit het bewijsmateriaal te moeten worden afgeleid dat B&H een machtspositie inneemt. Volgens verzoekers bezit zij een marktaandeel van ca. 80 tot 90 %. Zoals uit haar eigen bescheiden blijkt, zijn B&H-instrumenten de „automatische eerste keuze" van alle belangrijke brass bands. De enige serieuze concurrent van B&H op deze deelmarkt was tot dusver Yamaha, een Japanse fabrikant die ondanks zijn omvang en middelen na 20 jaar niet in staat is gebleken enige indruk van betekenis op de gespecialiseerde brassbandmarkt achter te laten. De mededinging van de zijde van andere muziekinstrumentenfabrikanten blijft aan de periferie. Een hoog marktaandeel schept echter op zichzelf geen vermoeden van dominantie. Beheerst een fabrikant die zich in zulk een positie bevindt echter de prijzen of belemmert hij nieuwe concurrenten de toegang tot de markt, dan kan aan het vereiste van artikel 86 zijn voldaan.

Andere factoren waaruit in deze zaak een eerste bewijs van machtspositie lijkt te kunnen worden afgeleid zijn de sterke voorkeur van de koper voor B&H-instrumenten ; de hogere prijs van B&H-instrumenten dan van thans beschikbare alternatieven ; de invloed van B&H op de toegang tot de markt van potentiële concurrenten via de afhankelijkheid waarin haar detailhandelaren verkeren en haar technische leiderschap en ervaring ; haar identificatie met de brass-bandbeweging ; voorts de waarschijnlijkheid van succes (tenzij dit wordt verhinderd) bij de uitoefening van haar marktmacht tegen de verzoekers in deze zaak.

Misbruik van machtspositie

(19) Het gedrag van een onderneming met een machtspositie die beoogt een concurrent op de markt uit te schakelen via andere middelen dan legitieme mededinging gebaseerd op prestaties, kan een inbreuk op artikel 86 opleveren.

In de onderhavige zaak wijst het bewijsmateriaal er duidelijk op dat B&H een gedragslijn ging volgen die beoogde de concurrentiedreiging van BBI weg te nemen en dat haar stopzetting van leveranties aan GHH en RCN van dat plan deel uitmaakte.

Het is een vaste leer dat een weigering om te leveren door een fabrikant die een machtspositie inneemt aan een vaste klant zonder objectieve rechtvaardiging het misbruik in de zin van artikel 86 kan opleveren (Zaak 27/76, United Brands/Commissie ; Zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents [3]).

[1] Jurispr. 1975, blz. 1367.
[2] Jurispr. 1979, blz. 1869.
[3] Jurispr. 1974, blz. 223.

Volgens de feiten van de onderhavige zaak is de afhankelijkheid van GHH en RCN van B&H-produkten van dien aard dat er grote waarschijnlijkheid bestond dat zij als gevolg van de leveringsweigering hun bedrijf zouden moeten sluiten.

De schade voor de mededinging zou nog worden verergerd indien (zoals hier wordt betoogd) het verklaarde doel van de actie is om indirect de toegang tot de markt van een potentiële concurrent voor de fabrikant met de machtspositie te verhinderen.

Een onderneming met een machtspositie kan altijd redelijke stappen ondernemen om haar commerciële belangen te beschermen, maar deze maatregelen moeten fair zijn en in evenredigheid zijn met de bedreiging. Het feit dat een afnemer van een fabrikant met een machtspositie zich aaneensluit met een concurrent of een potentiële concurrent van deze fabrikant geeft de fabrikant met de machtspositie gewoonlijk niet het recht onmiddellijk alle leveringen stop te zetten of tegen die afnemer represailles te ondernemen.

Een fabrikant met een machtspositie heeft geen verplichting om concurrentie tegen hemzelf te steunen. In gevallen waarin een klant zijn voornaamste activiteit verplaatst naar het bevorderen van de verkoop van een concurrerend merk kan zelfs een fabrikant met een machtspositie zeer wel het recht hebben zijn commerciële relatie met die klant te herzien en een speciale relatie met een redelijke opzeggingstermijn te beëindigen. Het weigeren van iedere levering aan GHH en RCN en de andere initiatieven tegen deze ondernemingen als onderdeel van de reactie van B&H tegen de waargenomen dreiging van BBI lijken in casu echter verder te gaan dan de legitieme verdediging van B&H's commerciële belangen.

Gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten

(20) Volgens verzoekers bezit B&H thans praktisch het monopolie op de markt voor instrumenten voor brass bands in de EEG. Zou BBI deze markt binnenkomen, dan zou zij de enige ernstige concurrent van B&H in deze sector zijn. Het slagen van de voorgenomen operatie van BBI hangt in belangrijke mate af van de import van onderdelen naar het Verenigd Koninkrijk uit andere Lid-Staten. Haar nieuwe assortiment instrumenten zal behalve in het Verenigd Koninkrijk ook in andere Lid-Staten van de EEG in de handel worden gebracht. De uitschakeling van BBI als concurrent zou derhalve zowel rechtstreeks als potentieel gevolgen hebben voor de handel tussen Lid-Staten en de concurrentiestructuur op de relevante markt beïnvloeden.

Conclusie

(21) Op grond van het schriftelijk bewijsmateriaal waarover de Commissie thans beschikt meent zij dat er voldoende aanwijzingen zijn voor een misbruik in de zin van artikel 86 om beperkte voorlopige maatregelen te kunnen gelasten. Het is niettemin denkbaar dat B&H na een volledig onderzoek van de zaak zal kunnen aantonen dat haar acties tegen GHH en RCN een geldige commerciële rechtvaardiging hadden. De onderhavige beschikking zal niet vooruitlopen op een latere conclusie in die zin of op de andere aspecten van het beweerde misbruik van een machtspositie.

Waarschijnlijkheid van onherstelbaar nadeel

(22) Aan de hand van het bijeengebrachte bewijsmateriaal is er goede grond om te veronderstellen dat GHH en RCN, indien B&H niet onverwijld wordt gelast de leveranties aan deze ondernemingen te hervatten, spoedig gedwongen zullen zijn hun handel te staken, hetgeen ernstige gevolgen zou hebben voor de levensvatbaarheid van BBI. Ook zouden er ernstige persoonlijke financiële gevolgen optreden voor de eigenaren van deze zaken. Een eventuele vaststelling in de beschikking ten principale dat B&H misbruik had gemaakt van haar machtspositie in de zin van artikel 86 zou weinig zin meer hebben indien BBI en de andere ondernemingen intussen zouden zijn uitgeschakeld. Indien de verzoekers in liquidatie gaan zal B&H worden bevestigd in haar positie als de enige fabrikant van instrumenten die geschikt zijn voor brass bands in de EEG.

Dringendheid

(23) De bijzondere dringendheid in de onderhavige zaak komt voort uit het feit dat BBI weliswaar theoretisch thans vrij is om de invoering van haar nieuwe assortiment te hervatten, maar het voortbestaan ervan financieel en commercieel is verbonden aan het voortbestaan van GHH en RCN. Deze twee ondernemingen is de levering van instrumenten en onderdelen door B&H sinds het begin van het jaar ontzegd en hun commerciële activiteiten zijn dientengevolge in sterke mate belemmerd.

De beschikking

(24) De Commissie wil daarom een beschikking geven waardoor er zoveel mogelijk voor wordt gezorgd dat de verzoekers hangende de uiteindelijke uitkomst van de administratieve procedure niet tot het staken van hun bedrijf worden gedwongen met de middelen waarover zij klagen. In de onderhavige zaak is het meest urgent dat B&H wordt gelast de levering van haar instrumenten, onderdelen en materialen aan GHH & RCN te hervatten.

De condities die aan GHH moeten worden opgelegd moeten gelijkaardig zijn aan die welke golden vóór de stopzetting van de leveringen. Gezien de situatie bij de relatie tussen B&H en verzoekers lijkt het echter onredelijk B&H te gelasten hun krediet te verschaffen. De leverantie moet derhalve plaatsvinden tegen contanten of een bankwissel. Geschiedt de betaling op die wijze, dan moet GHH echter de gebruikelijke 5 % korting voor contante betaling worden toegekend.

Voor de levering van onderdelen en materiaal voor het reparatiebedrijf van RCN moet B&H worden gelast prijzen te berekenen die redelijk zijn hoewel de betaling in contanten dient plaats te vinden.

Ten aanzien van de looptijd van de beschikking is het passend onderscheid te maken tussen GHH en RCN. Aangezien kan worden gezegd dat GHH niet mag verwachten ad libitum haar speciale positie als belangrijkste B&H-verkoper voor onbepaalde tijd te behouden wanneer het nieuwe BBI-assortiment is binnengekomen, lijkt het redelijk een beschikking te beperken tot een termijn die lang genoeg is om haar in staat te stellen zich aan te passen. De Commissie meent dat een termijn tot eind 1987 redelijk is. Gedurende en na deze periode moet GHH echter in staat zijn leveringen te verkrijgen van andere verkopers en mag B&H haar daarin niet hinderen. („Richtlijnen" van B&H aan haar verkopers richten zich tegen deze praktijk.) In het geval van RCN blijft het legitieme verlangen van RCN om B&H-onderdelen en -materialen te ontvangen in de voorzienbare toekomst bestaan, niet slechts om B&H-instrumenten die in ruil zijn ontvangen te herstellen, maar ook om aan de behoeften van afnemers te voldoen. Volgens verzoekers is RCN de voornaamste gespecialiseerde reparateur van instrumenten van brass bands in het Verenigd Koninkrijk.

(25) De Commissie meent dat de legitieme belangen van B&H door deze beschikking niet zullen worden geschaad. GHH werd vóór het geschil als haar „beste klant" beschouwd en B&H kan niet worden benadeeld door de levering tegen contanten voor een beperkte periode te hervatten. B&H's gevoeligheden met betrekking tot de gevolgen voor de stemming onder de werknemers indien hun directie wordt gedwongen de verzoekers te leveren, worden niet als een beslissende overweging beschouwd.

De Commissie heeft GHH en RCN als een voorwaarde voor de toekenning van de onderhavige voorlopige maatregelen opgelegd fair in B&H-instrumenten handel te drijven en met name deze niet openbaar zwart te maken of te gebruiken als lokmiddel of klantentrekker. Zou deze voorwaarde niet worden nagekomen, dan behoudt de Commissie zich het recht voor, de onderhavige beschikking te wijzigen of in te trekken.

Ten slotte dienen voorzieningen te worden getroffen voor periodieke dwangsommen in geval op de voorwaarden van deze beschikking inbreuk zou worden gemaakt, alsmede voorzieningen voor rapportage in het geval dat B&H om objectieve redenen niet in staat zou zijn aan een bepaalde bestelling te voldoen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Boosey & Hawkes („B&H"), alsmede haar dochtermaatschappijen, wordt hierbij gelast na kennisgeving van deze beschikking binnen zeven dagen na ontvangst te voldoen aan redelijke schriftelijke bestellingen (ook per telex of telefax) van GHH of RCN om muziekinstrumenten van B&H of onderdelen of materiaal bestemd voor de reparatie of het onderhoud van B&H-instrumenten, met dien verstande dat, indien de verzoekers deze instrumenten of onderdelen af bedrijf van B&H willen verkrijgen, B&H het recht heeft te verlangen dat zij door een onafhankelijke transporteur worden afgehaald.

Artikel 2

1. Behoudens het bepaalde in lid 3, wordt B&H gelast GHH te leveren op gelijkwaardige condities als onmiddellijk vóór het sluiten van haar rekening golden. Leveranties aan RCN moeten plaatsvinden tegen redelijke prijzen.

2. B&H moet de Commissie onverwijld in kennis stellen van wijzigingen in haar catalogusprijzen en handelscondities.

3. B&H is niet gehouden aan GHH of RCN te leveren anders dan tegen betaling in contanten of per bankwissel, maar zij moet in dat geval GHH de normale korting voor contante betaling verlenen (thans 5 %) die „erkende klanten" wordt toegekend.

4. Behalve wanneer in deze beschikking anders is bepaald, moeten de standaardleveringscondities van B&H voor het Verenigd Koninkrijk worden toegepast op alle transacties met GHH en RCN.

Artikel 3

B&H moet door kwaliteitscontroleprocedures alle redelijke stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat de aan GHH geleverde instrumenten van gezonde handelskwaliteit zijn en vrij van gebreken en dat de aan RCN geleverde onderdelen en materialen eveneens geschikt zijn voor het doel waarvoor zij bestemd zijn en vrij van gebreken zijn. Indien een besteld onderdeel niet onmiddellijk kan worden geleverd moet B&H de Commissie onverwijld per telex in kennis stellen van de redenen van de niet-beschikbaarheid en de stappen aangeven welke zij voornemens is te nemen om binnen redelijke tijd aan de bestelling te voldoen dan wel de redenen waarom dit niet mogelijk zou zijn.

Artikel 4

B&H mag GHH niet verhinderen of trachten te verhinderen levering van B&H-instrumenten voor brass bands te verkrijgen bij door B&H aanbevolen handelaren in instrumenten voor brass bands.

Artikel 5

Een dwangsom van 1 000 Ecu per dag wordt verbeurd voor elke dag dat B&H niet het bepaalde in deze beschikking naleeft.

Artikel 6

Het bepaalde in deze beschikking ten aanzien van de verplichting GHH te leveren geldt tot en met 31 december 1987. Ten aanzien van de andere verplichtingen geldt deze beschikking tot de beëindiging van de administratieve procedure in deze zaak.

Artikel 7

Deze beschikking is gericht tot Boosey & Hawkes plc, Sonorous Works, Deansbrook Road, Edgware, Middlesex, Verenigd Koninkrijk.

Gedaan te Brussel, 29 juli 1987.

Voor de Commissie

Peter SUTHERLAND

Lid van de Commissie