kraft af det omtvistede rabatsystem beror altså ikke på nogen økonomisk velbegrundet modydelse.

15. Når en virksomhed, der har en dominerende stilling, spærrer konkurrenterne adgangen til markedet, er det uden betydning, om der er tale om en adfærd, der kun udfolder sig på én medlemsstats område, når adfærden dog kan indvirke på handelsstrømmene og konkurrencen på det fælles marked.

    Der gælder ifølge artikel 86 i traktaten ikke noget krav om, at det bevises, at den adfærd, der må karakteriseres som et misbrug, faktisk mærkbart har påvirket handelen mellem medlemsstater, men blot et krav om, at det bevises, at den omhandlede adfærd kan virke som nævnt.

16. Ved den nærmer fastlæggelse af grovheden af en overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler må der i hvert enkelt tilfælde henses til et større antal faktorer, herunder navnlig vedkommende virksomheds størrelse og økonomiske styrke, der eventuelt kommer til udtryk i virksomhedens samlede omsætning og den del af denne omsætning, der har relation til varer, som overtrædelsen angår.

    Det er Domstolens opgave i henhold til den fulde prøvelsesret, den besidder på området, selv at vurdere de konkrete omstændigheder og overtrædelsens art og på grundlag heraf tage stilling til bødens størrelse.

I sag 322/81

NV NEDERLANDSCHE BANDEN-INDUSTRIE MICHELIN, med hjemsted i 's-Hertogenbosch, ved advokaterne Ivo van Bael og Jean-François Bellis, Bruxelles, samt advokaterne Siméon Moquet Borde & Co. på vegne af advokat Dominique Borde, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Elvinger og Hoss, 15, Côte d'Eich,

sagsøger,

og

DEN FRANSKE REPUBLIK, ved Noël Museux, vicedirektør i den juridiske afdeling i udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, samt ved Alexandre Carnelutti, som stedfortrædende befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg på den franske ambassade, 2, rue Bertholet,

intervenient,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, ved Giuliano Marenco og Pieter Jan Kuyper, fra Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmæg-

tigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Oreste Montalto fra den juridiske tjeneste, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgt,

vedrørende en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 7. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (VI/29.491 — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin — EFT L 353, s. 33),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten J. Mertens de Wilmars, afdelingsformændene T. Koopmans, K. Bahlmann, Y. Galmot, dommerne P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, O. Due og U. Everling,

generaladvokat: P. VerLoren van Themaat
justitssekretær: P. Heim

afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

Sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb samt de anbringender og argumenter parterne har fremført under skriftvekslingen, kan sammenfattes som følger:

I — De faktiske omstændigheder

1. Proceduren forud for vedtagelsen af den omtvistede beslutning

Det sagsøgende selskab NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (»NBIM«), er et datterselskab af Compagnie financière Michelin, Basel, Schweiz, der selv er datterselskab af Compagnie Générale des établissements Michelin, Clermont-Ferrand, Frankrig. Selskabets virksomhed består i fremstilling og afsætning af Michelin-dæk i Nederlandene, hvor det i 's-Hertogenbosch har en fabrik, på hvilken der fremstilles nye dæk til vare- og lastvogne.

Den 29. juli 1977 modtog Kommissionens tjenestegrene en klage over NBIM fra Bandengroothandel Frieschebrug BV, Alkmaar, der forhandler dæk. Heri blev

Kommissionen anmodet om at træffe forholdsregler over for NBIM i medfør af EØF-traktatens artikel 96 samt artikel 3 i forordning nr. 17 i anledning af misbrug af dominerende stilling. Klagen skyldtes dels, at NBIM havde overtaget en dækforhandlingsforretning i Bussum, selskabet Actor NV, og dels forskellige former for adfærd fra NBIM's side over for dækforhandlere, navnlig vedrørende forskellige rabatter og bonusydelser, som NBIM gav disse forhandlere.

Kommissionen meddelte ved skrivelse af 10. oktober 1978 NBIM, at klagen var blevet afvist, for så vidt angår overtagelsen af selskabet Actor BV. Men Kommissionen ville fortsat undersøge NBIM's adfærd vedrørende rabatter og bonusydelser.

Den 5. marts 1980 meddelte Kommissionen NBIM sine klagepunkter og anførte herved, at Kommissionen efter det hidtil oplyste var af den opfattelse, at NBIM havde en dominerende stilling i Nederlandene på markedet for nye erstatningsdæk til lastvogne, busser og lignende køretøjer, hvorfor det var dens agt at vedtage en beslutning, hvorefter NBIM forsætligt eller i alt fald uagtsomt havde overtrådt artikel 86 på grund af nedennævnte forhold:

a) anvendelsen navnlig fra 1975 og i de følgende år af et selektivt og diskriminerende rabatsystem, ved hvilket forhandlerne skulle bindes til NBIM på grundlag af kriterier fastlagt i hvert enkelt tilfælde;

b) NBIM's afvisning af skriftligt over for forhandlerne at bekræfte de mundtlige »aftaler« om ydelse af rabatterne;

c) sammenkædningen af salg i 1977, således at der blev ydet en ekstra bonus ved årets udløb for indkøb af tunge og lette dæk, der afhang af gennemførelsen af et særligt »mål« for indkøb af lette dæk.

Kommissionen meddelte endvidere, at den agtede at forbyde NBIM at yde rabatter, der ikke havde direkte sammenhæng med en egentlig omkostningsnedgang, og at pålægge selskabet en bøde i anledning af de beskrevne former for adfærd, ved fastsættelsen af hvilken der måtte lægges vægt på overtrædelsens varighed og grovhed, som Kommissionen anså for stor.

Den 20. juni 1980 meddelte Kommissionen NBIM en række yderligere klagepunkter vedrørende forskellige former for diskriminerende adfærd, såsom forskellige afregningsterminer for selskabets forskellige kunder, konsignationslagre bevilget visse forhandlere og lån til nedsat rente til visse forhandlere.

NBIM fremsatte over for Kommissionen skriftligt sine bemærkninger til disse klagepunkter. Den 1. september 1980 foranstaltede Kommissionen en høring, hvorunder den blev gjort bekendt med NBIM's mundtlige bemærkninger samt med flere forskellige brugeres og forhandleres sagkyndige erklæringer og vidneudsagn.

2. Den omtvistede beslutning

Den 7. oktober 1981 vedtog Kommissionen beslutning om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.491) — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin — (EFT L 353, s. 33), hvis indhold blev forkyndt for NBIM den 22. oktober 1981.

I artikel 1 i denne beslutning hedder det:

»NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin har på udskiftningsmarkedet for nye dæk til lastbiler, busser osv. i perioden 1974-1980 overtrådt artikel 86 i traktaten om oprettelse af De europæiske økonomiske Fællesskaber;

a) ved at binde dækforhandlerne i Nederlandene til sig ved hjælp af selektive rabatter på individuelt grundlag, som byggede på 'salgsmål' og rabatter, som ikke var klart skriftligt bekræftet, og ved over for dem at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi,

og

b) ved i 1977 at yde en ekstraordinær årsbonus for indkøb af dæk til lastvogne, busser osv. samt personbildæk, som var afhængig af, at der blev nået et 'mål' for indkøb af personbildæk.«

Ved artikel 2 i beslutningen blev NBIM pålagt en bøde på 680 000 ECU eller 1 833 184,80 HFL, hvilket beløb inden tre måneder fra datoen for beslutningens meddelelse skulle indbetales i HFL.

3. Den omtvistede beslutnings begrundelse

Kommissionen har som begrundelse for beslutningen først og fremmest fremdraget følgende punkter:

a) Det relevante marked

1) Varemarkedet

Efter en varemæssig afgrænsning er det her relevante marked markedet for nye dæk til udskiftning på lastvogne, busser og lignende. Det relevante marked er undersøgt på forhandlerniveauet.

Efter dækoverfladerne må der sondres mellem lette dæk til personbiler, dæk til varevogne og lette lastvogne, svære dæk til lastvogne og busser og dæk til landbrugets traktorer, til vejbygnings- og jordarbejdskøretøjer, til luftfartøjer osv., idet hver kategori omfatter et stort antal typer af forskellig kvalitet, profilering og størrelser. Producenterne og forhandlerne opererer efter en fast kutyme med en tydelig forskel i bruttopriserne og rabatbetingelser mellem disse kategorier. Da nærværende sag ikke berører forholdet mellem NBIM og den endelige forbruger, kan der ikke efter dæktypen inden for kategorien lastvogns- og busdæk sondres mellem flere delmarkeder.

På dette marked findes to klart adskilte sektorer, nemlig markedet for førstegangsdæk og markedet for udskiftningsdæk, idet salget af de først omtalte dæk sker direkte fra dækproducent til bilproducent, mens salget af de sidstnævnte dæk i det omfang, der er tale om lastvogn- og busdæk, for 85 til 87 %'s vedkommende foregår gennem et stort antal specialforhandlere.

Efterspørgslen efter lastvogns- og busdæk dækkes desuden af vulkaniserede dæk, dvs. brugte dæk i god stand, hvis karkasser forsynes med ny slidbane. Denne proces, der i praksis kan fordoble dækkenes levetid udføres ikke blot af dækproducenterne selv, men også af et stort antal specialfirmaer, der dels køber karkasser for siden hen at sælge dem som vulkaniserede dæk eller udfører

vulkanisering for brugertransportvirksomheden.

Det relevante marked omfatter ikke vulkaniserede dæk. Vulkaniserede dæk kan ikke anses for at være fuldt ud substituerbare med nye dæk, idet de efter mange brugeres opfattelse medfører en vis sikkerhedsmæssig risiko. Anvendelsen af sådanne dæk er altså ofte undergivet visse begrænsninger. Transportvirksomhedernes opfattelse i så henseende kommer til udtryk i prisen, der til trods for et tilsvarende effektivt kilometertal ligger 40 % eller mere under prisen på et nyt dæk. Det er i øvrigt begrænset, hvor mange dæk der kan udbydes til konkurrencedygtige priser, eftersom antallet afhænger af, hvor mange brugte dæk der er i så god en stand, at de kan vulkaniseres. Desuden mener transportvirksomhederne, at karkasser i god stand, der købes som nye, og som efter deres opfattelse er blevet brugt bedst muligt, forbliver deres ejendom, og de kræver at få deres egne fornyede dæk tilbage efter vulkaniseringen, hvorfor vulkaniseringsfirmaet her kommer til at virke som erlægger af tjenesteydelser. Over halvdelen af de vulkaniseringer af brugte dæk, der sker i Nederlandene, foretages efter direkte ordre fra en transportvirksomhed.

2) Det relevante geografiske marked

Geografisk er det relevante marked det nederlandske marked, som udgør en væsentlig del af fællesmarkedet.

Dækproducenterne virker på de forskellige nationale markeder først og fremmest gennem datterselskaber, som de har stiftet for at kunne forsyne disse markeder. Handelen med dæk mellem medlemsstaterne samt med visse tredjelande har først og fremmest form af levering fra producenternes egne produktions- og salgsenheder. Kun for meget begrænsede mængder bliver der tale om »parallel«-import og -eksport, der kun sker lejlighedsvis og derfor ikke kan antages at have betydning for markedsforholdene. De nederlandske forhandlere er således f.eks. afhængige af forsyningen med Michelin-dæk fra NBIM. For så vidt angår de rabatter, der gives detailhandlerne, tager NBIM i øvrigt kun hensyn til de mængder Michelin-dæk, mellemhandleren har købt. Derfor er det relevante marked for NBIM det nederlandske marked.

b) NBIM's dominerende stilling

Michelin-koncernen er den største dækproducent i Fællesskabet og overgås på verdensmarkedet kun af Goodyear. Michelin lancerede radialdækket og er fremdeles verdens største producent af radialdæk, med hensyn til hvilke virksomheden råder over en særlig know-how. Koncernen har takket været sine stærke finanser et afgjort forspring med hensyn til investeringer vedrørende specialprodukter. Michelin kan i Nederlandene tilbyde et større antal dæktyper end de øvrige producenter. Selv om flere producenter har været i stand til at hale en del ind på konkurrenterne, er der hos brugerne fortsat en vis tilbøjelighed til at foretrække Michelin-produkter. Den omstændighed, at der skal nogle års brug til, for at man kan gøre sig en klar forestilling om et dæks pålidelighed og brugsværdi, giver et veletableret mærke en stilling, der kan holdes i lang tid.

NBIM har på det nederlandske marked for nye erstatningsdæk til lastvogne og

busser absolut den første plads med en markedsandel i årene 1975 til 1980 på 57-65 % for nye dæk, hvorved der er bortset fra det antal dæk hovedsagelig af mærket Michelin, der er indført »parallelt«, og som er vanskeligt at fastslå, men anslås til mange tusinde stykker. De vigtigste konkurrerende mærkers markedsandele andrager mellem 4 og 8 %. I alt 25-28 % af de tunge dæk, der på det nederlandske marked for udskiftningsdæk konkurrerer med Michelin-dæk, hidrører fra andre medlemsstater i Fællesskabet. Mens bruttopriserne på Michelin-dæk stort set er de samme som priserne på de vigtigste konkurrenters dæk, viser en sammenligning, at forhandlernes nettoindkøbspris for Michelin-dæk rabatten inklusive ligger 10-15 % højere end priserne på de øvrige mærker.

For så vidt angår vulkaniserede dæk, er NBIM's andel steget fra 6 % i 1975 til 18 % i 1979. I slutningen af 1977 overtog NBIM kontrollen med den store vulkaniseringsvirksomhed Tyresoles — en kontrol, som blev opgivet igen i april 1980 — og Michelin blev herigennem i stand til at erhverve sig en ekstra markedsandel på 20 % af de vulkaniserede dæk, der monteres i Nederlandene, og til i nævnte periode at kontrollere henved en tredjedel af det nederlandske marked for svære vulkaniserede dæk.

Michelin har på det nederlandske marked for ny udskiftningsdæk til personbiler en ledende stilling med en markedsandel på ca. en tredjedel, mens selskabets vigtigste konkurrenters andele varierer mellem 5 og 13 %.

NBIM råder over en stor teknisk og kommerciel tjeneste. Selskabets handelsrepræsentanter aflægger ofte på eget initiativ besøg hos samtlige forhandlere og uden at underrette forhandlerne herom hos brugerne af lastvognsdæk for at sætte gang i salget af Michelin-dæk. Under sådanne besøg instruerer repræsentanterne brugerne om tekniske forhold, ligesom de på stedet fører teknisk kontrol med dækkene og køretøjernes tilstand. De tager imod ordrer, som de så videregiver til en forhandler, og det er deres opgave at føre en fortegnelse over de konkurrerende mærker, de støder på. Meningen med disse besøg er at skaffe NBIM et markedskendskab, der direkte kan komme producenterne til nytte. I øvrigt råder NBIM over en speciel teknisk tjeneste, som enhver bruger af Michelin-dæk kan benytte sig af for at få løst indviklede tekniske spørgsmål.

Dette sætter i det hele NBIM i stand til over for konkurrenterne og kunderne at gå så uafhængigt til værks, at selskabet kan hindre en effektiv konkurrence på det relevante marked og påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

NBIM har derfor en dominerende stilling på det relevante marked.

c) Den omtvistede adfærd

1) Rabatordningen

Karakteristisk for NBIM's pris- og rabatpolitik i årene 1975 og 1980 er navnlig følgende forhold

— en basispris, som offentliggøres i prislister;

— en direkte og almindeligt gældende fakturarabat;

— andre rabatter, som til dels fastsættes individuelt for hver forhandler;

— et måltal for indkøbene, »målet«, som danner grundlag for disse rabatters størrelse;

— manglende skriftlig bekræftelse af mål og rabatter.

NBIM begrænser gennem denne rabatpolitik forhandlernes valgfrihed, ligesom der herved bliver tale om en ulige behandling af dækforhandlerne. Denne politik begrænser endvidere andre producenters adgang til markedet.

Den første komponent i rabatsystemet, nemlig fakturarabatten, fradrages direkte på fakturaen. Den meddeles forhandlerne skriftligt i et cirkulære og er almindelig kendt. Rabatten, der til og med 1977 androg 15 %, blev forhøjet til 22,5 % i 1978 og i 1979 til 30 %.

Ordningen omfatter foruden den faste fakturarabat en variabel komponent, der først og fremmest udgøres af årsbonussen, som forhandlerne indtil 1977 modtog et månedligt forskud på. I 1978 erstattedes denne forskudsbonus af en automatisk månedbonus på mellem 3 og 10 %, men denne blev igen afskaffet i 1979, hvor NBIM ved siden af den årlige bonusydelse indførte en bonus for fire måneder mellem 0 og 3 %.

Den årlige bonusydelses variable komponent blev fastsat individuelt for hver enkelt forhandler i forhold til den indsats, han gjorde for at afsætte Michelindæk, idet NBIM anvendte forskellige kriterier, omfattende dels en vurdering af den pågældende forhandlers salgsmuligheder og dels NBIM's andel i dette salg. Denne fremgangsmåde fremgår tydeligst af kundekortene for 1975/1976, hvorpå Michelin-dækkenes andel i dækforhandlerens samlede salg beregnes; det er dette, der dengang blev betegnet »température Michelin«. Senere undgik man udtrykket »température« i forbindelse med beregningen af Michelinandelen i det samlede indkøb af nye dæk. Udbetalingen af den årlige bonusydelse og af den i 1979 indførte firmåneders bonus er afhængig af, at der opnås et ved begyndelsen af hvert år aftalt indkøbsmål, hvilket fremgår af de oversigter over ydede rabatter og af de kundekort, som er blevet forelagt Kommissionen, samt af korrespondancen med en række dækforhandlere. Om det nævnte mål forhandles der under et besøg, som NBIM-repræsentanten aflægger hos forhandleren.

Ved flere lejligheder er udbetalingen af forskudsbonussen og den faste månedsbonus sket på grundlag af den forventede årsomsætning i henhold til salgsmålet for visse typer lastvognsdæk, idet NBIM har forbeholdt sig ret til at ændre bonusbetingelserne og anmode om godtgørelse af allerede betalte forskud eller til at forhøje bonussen, hvis forhandleren forøgede salget. NBIM-repræsentanterne har fået til opgave på møderne ved årets slutning at gøre forhandlerne opmærksomme på den fortjeneste, der kan opnås ved en sidste bestilling inden årets udløb, og hvad det kan koste ikke at gennemføre det mål, der er blevet fastsat ved årets begyndelse. Undertiden blev forhandleren også gjort opmærksom på, at hun kunne få årsbonussen for det første halvår straks, hvis det årlige mål var nået ved udgangen af juni, idet de yderligere ordrer, der i så fald var nødvendige, så kunne finansieres med beløbet ifølge den kreditnota, som ville blive modtaget.

Indtil 1978 fastsatte NBIM som regel en række på tre mål af stigende størrelse, idet det højest fastsatte mål i almindelighed lå højere end den i det foregående år indkøbte mængde, mens bonussatsen ikke steg; på denne måde blev forhandleren tilskyndet til hvert år at yde en større salgsindsats for Michelin-dæk. Fra 1978 fastsatte NBIM et enkelt mål, og i 1979 indførte det desuden et mål for fire måneder med en tilsvarende bonus, idet det nævnte mål svarede omtrent til en tredjedel af det årlige mål, der nu også systematisk blev fastsat på et højere niveau end indkøbene i det foregående år.

En sammenligning af kundekortene viser, at forhandlerne ofte modtog de samme bonusydelser for indkøb af meget forskellig størrelse og omvendt. Det har endvidere kunnet fastslås, at NBIM ikke selv konsekvent følger betingelserne for opnåelsen af bonusydelserne. I visse tilfælde blev bonusydelsen nedsat ensidigt, når målet ikke var blevet nået. Anvendelsen af bonustabellerne afhang helt af NBIM's skøn i det enkelte tilfælde.

Forhandlerne blev ikke gjort bekendt med de kriterier, der blev anvendt ved beregningen af bonusydelserne, og tabellerne til fastsættelse af de årlige bonusydelser — disse tabeller har ikke foreligget efter 1978 — var kun bestemt til intern brug. Endvidere modtog forhandlerne indtil 1980 kun meget sporadisk skriftlig bekræftelse af den mundtlige aftale, der var indgået ved Michelin-repræsentanten om bonusydelserne. Denne manglende skriftlige bekræftelse har regelmæssigt givet anledning til fortolkningsvanskeligheder, hvilket sammen med det meget indviklede bonussystem i høj grad har vanskeliggjort — eller for de små forhandleres vedkommende i praksis umuliggjort — klarhed med hensyn til, hvilken fortjeneste, der i et bestemt år kunne opnås på salget af Michelin-dæk; ofte kunne således de mindre forhandlere først konstatere deres endelige præmiering ved åbningen af den kuvert, som ved årets slutning blev overrakt dem af en NBIM-repræsentant. Mange forhandlere tøvede med at beklage sig over denne manglende skriftlige bekræftelse, fordi NBIM uden vanskeligheder så i stedet kunne gå til en konkurrerende sælger, der var mere samarbejdsvillig.

Nedenstående tabel viser, hvorledes den ordning, der blev anvendt på rabatterne for lastvognsdæk i årene 1975 til 1980, udviklede sig:

Rabatsystem for lastvognsdæk 1975-1980

(i % af listeprisen)

	1975	1976	1977	1978	1979	1980
Fakturarabat	15	15	15	22,5	30	30
Månedsbonus	—	—	—	3-10*	—	—
Firmåneders bonus	—	—	—	—	0-3	0-3
Årsbonus	10-22*	10-22*	10-22*	1-5*	0-2	0-2
»Kontantrabat«	2*	2*	2*	2*	2*	2*
I alt (maks.)	35,4	35,4	35,4	35,675	36,2	36,2

* I procent af fakturabeløbet.

Den rabat, som andre dækproducenter automatisk ydede ved fakturering androg i samme periode mellem 40 og 60 %, hvortil undertiden kom en årsbonus på nogle få procent. De øvrige producenters årsrabat var kendt på forhånd og udgjorde ikke et individualiseret mål for salget.

Dette system, hvorefter rabatter ydes individuelt og selektivt har klart til formål at binde forhandlerne stærkt til NBIM, idet der udøves et stadigt stigende pres på forhandlerne med henblik på, at de hvert år forbedrer deres salgstal i forhold til det foregående år og fastholder det forrige års salgstal i et mindre gunstigt år. Dette pres forøges yderligere gennem de regelmæssige besøg, NBIM-repræsentanterne aflægger hos forhandlerne. Rabatsystemets struktur forstærker yderligere de uafhængige forhandleres organisatoriske binding til NBIM. Forskudsbonussen, den resterende del af årsbonussen, den automatiske månedsbonus og firmåneders bonussen anvendes af NBIM regelmæssigt som pressionsmiddel, selv om der i 1979 muligvis er sket en gradvis forenkling, for så vidt angår den månedlige forskudsbonus.

Rabatsystemet er ikke blot uforeneligt med målsætningen ifølge traktatens artikel 3, litra f), hvorefter konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke må fordrejes; det fører desuden til en forskelsbehandling, jfr. traktatens artikel 86, litra c), idet rabatterne ikke på nogen måde modsvarer objektiv præsterede og konstaterbare ydelser, men hviler på subjektive kriterier væsentligst vedrørende den loyalitet, som vises over for NBIM. Der er herved tale om en anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi. Denne forretningspolitik giver under alle omstændigheder NBIM mulighed for at praktisere forskelsbehandling.

Der er ikke tale om en kvantumsrabat, idet de rabatter, forhandlerne får for indkøb af samme mængde, aldrig er de samme eller sammenlignelige, men afspejler NBIM's vurdering af de resultater, der er nået i de enkelte tilfælde samt af fremtidsudsigterne. Selv om forskellen på rabatydelsen til forhandlerne i årene 1975 og 1978 ikke har andraget mere end 2,55 %, er der ikke tale om en forskel, der kan anses for marginal eller ubetydelig. Da rabatsystemet i vidt omfang har hindret forhandlerne i, i årets løb, at benytte sig af konkurrenternes særlige tilbud, må systemet betragtes som en variant af loyalitetsrabatter, selv om det ikke er knyttet sammen med en eksklusiv købsforpligtelse.

De konkurrencefordrejende og diskriminerende følger af rabatsystemet forstærkes yderligere gennem undladelsen af at give skriftlige meddelelser om og bekræftelser af de for forhandlerne gældende mål. Målene for de dertil svarende rabatter blev indtil 1980 kun meddelt mundtligt af en NBIM-repræsentant ved årets begyndelse og blev ikke senere skriftligt bekræftet. Den heraf følgende uvished gjorde forhandlernes afhængighed større. En blot mundtlig meddelelse fra en virksomhed med en dominerende markedsstilling, der benytter sig af særdeles komplicerede vilkår, giver let anledning til misforståelser og vanskeligheder for forhandleren og må som følge heraf anses for et misbrug.

NBIM har med denne handelspolitik haft til hensigt at binde dækforhandlerne så snævert som muligt til sig. Rabatsystemet har en sådan karakter, at det kun kan praktiseres af en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, og Michelin's konkurrenter anvender da heller ikke et tilsvarende system.

En binding af aftagerne til en leverandør, der har en dominerende stilling, udgør et misbrug i den i artikel 86 i traktaten forudsatte betydning. Den omtvistede adfærd har til følge, at konkurrencen fordrejes, idet den gør forhandlerne mindre tilbøjelige til at købe ind hos konkurrerende producenter og gør disse sidstes adgang til markedet vanskeligere.

2) Den ekstra bonus i 1977

NBIM har fra tid til anden foruden de ovenfor beskrevne rabatter ydet ekstraordinære rabatter. Da NBIM f.eks. i 1977 ikke var i stand til at tilfredsstille efterspørgslen efter tunge dæk, udnyttede det situationen til at yde en ekstra bonus på 0,5 % for lette og tunge dæk og betingede denne af, at der blev nået et særligt mål for indkøb af lette dæk. Hermed skulle der sættes skub i salget af lette dæk.

Denne ekstrabonus for lette og tunge dæk, der var gjort afhængig af, at et mål for indkøb af lette dæk blev nået, udgør ligeledes et misbrug, fordi lette og tunge dæk hører til vidt forskellige markeder. Denne adfærd har haft til formål og til følge at tilskynde forhandlerne til at opnå et salgsresultat for lette dæk, idet de ellers ville komme ud for tab i forbindelse med salget af tunge dæk.

d) Påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater

Det omhandlede rabatsystem kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, da det begrænser forhandlernes frie indkøbsmuligheder. De andre dækproducenter, der er etableret i fællesmarkedet, må se deres muligheder for at trænge ind på det nederlandske marked forringet. Den omtvistede adfærd kan i det omfang, den går ud på at opretholde NBIM's markedsandel og begrænse de øvrige producenters andel på det nederlandske marked, føre til en begrænsning af handelen mellem medlemsstaterne.

Ved at gøre ydelsen af en ekstrabonus for tunge og lette dæk afhængig af, at der blev nået et bestemt salgsmål for lette dæk, har NBIM skadet sine konkurrenters salgsmuligheder, for så vidt angår lette dæk, og har således en vis tid forhindret salget af lette dæk hidrørende i hovedsagen fra Fællesskabets øvrige lande og bestemt til det nederlandske marked.

e) Anvendelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17

Der bør pålægges NBIM en bøde for i det mindste uagtsom overtrædelse af artikel 86. Selskabet har ikke kunnet være uvidende om, at det var i stand til at afskære andre mærker adgangen til det nederlandske marked for nye tunge dæk eller om, at dets rabatsystem vanskeliggjorde denne adgang. Det har ifølge Domstolens praksis fra 1973 været klart, at et rabatsystem, ved hvilket en virksomhed med en dominerende stilling ved at indrømme finansielle fordele søger at hindre, at der foretages indkøb hos konkurrenter, er i strid med artikel 86. NBIM må have vidst, at det system, selskabet anvender, og som kan anses for en variant af en loyalitetsrabat, har samme konkurrencebegrænsende virkning som en sådan rabat og selskabet må have vidst, at dets rabatpolitik havde diskriminerende virkninger. I betragtning af Michelin-koncernens stilling på det

europæiske marked har det kunnet forventes, at NBIM opmærksomt fulgte udviklingen i europæisk ret og indrettede sin politik i overensstemmelse hermed.

Ved en fastlæggelse af overtrædelsens varighed er det for anvendelsen af rabatsystemet perioden 1975-1980, der kommer i betragtning, mens den ekstra bonus, der blev ydet for køb af personvognsdæk, falder i 1977.

Overtrædelsen må anses for grov, idet NBIM's handelspolitik igennem lang tid i betydeligt omfang har fordrejet konkurrencevilkårene på det nederlandske marked ved at hindre forhandlerne i at kunne indkøbe frit, ved at benytte sig af forskelsbehandling af forhandlerne og ved at styrke NBIM's dominerende stilling. Derimod må det regnes NBIM til gode, at der i 1978 og 1979 er foretaget forskellige ændringer og lempelser i selskabets handelspolitik. Ydelsen af ekstrabonus i 1977 udgør også en grov overtrædelse.

Der bør pålægges NBIM en bøde på i alt 680 000 ECU for de to konstaterede overtrædelser, idet der herved må henses til NBIM's samlede omsætning på ca. 455 000 000 HFL, til overtrædelsens grovhed samt til den fasthed, hvormed rabatsystemet er blevet anvendt.

II — Retsforhandlingerne og parternes påstande

1. Ved stævning indgivet til Domstolens justitskontor den 28. december 1971 har NBIM anlagt sag i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, og har herved nedlagt følgende påstande:

— annullation af sagsøgtes beslutning af 7. oktober 1981;

— subsidiært, annullation af beslutningens artikel 2 eller i al fald nedsættelse af den af sagsøgeren pålagte bøde;

— det pålægges sagsøgte at afholde sagens omkostninger.

2. Ved stævning indgivet den 5. april 1982 har Den franske Republiks regering fremsat begæring om at måtte intervenere til støtte for sagsøgerens påstande. Interventionen er blevet tilladt ved kendelse afsagt den 5. maj 1982.

Den franske Republiks regering har i sit indlæg begrænset sig til spørgsmålet om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater samt til spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede adfærd kan betegnes som et misbrug, og har herved nedlagt følgende påstande:

— annullation af Kommissionens beslutning af 7. oktober 1981 på grund af manglende kompetence og overtrædelse af traktaten;

— det pålægges sagsøgte at afholde sagens omkostninger, herunder de omkostninger, intervenienten har måttet afholde.

3. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— frifindelse;

— det pålægges sagsøgeren at afholde sagens omkostninger;

— det pålægges Den franske Republiks regering at afholde de med interventionen forbundne omkostninger.

4. Skriftvekslingen er forløbet forskriftsmæssigt.

5. Domstolen har på grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten besluttet at anmode parterne om at afgive mundtlig forklaring og fremskaffe oplysninger om deres opfattelse vedrørende en række faktiske og retlige omstændigheder under et uformelt møde med den refererende dommer og generaladvokaten. Dette uformelle møde har fundet sted den 20. januar 1983.

Efter dette møde har Domstolen på grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

III — Parternes anbringender og argumenter under skriftvekslingen

1. Det relevante marked

a) Varemarkedet

NBIM har gjort gældende, at det marked, Kommissionen har lagt til grund, dvs. markedet for nye udskiftsningsdæk til lastvogne, busser og lignende køretøjer, er et kunstigt og vilkårligt fastlagt marked. Der er tale om en sammenblanding af meget forskellige dæktyper og dækstørrelser, der ikke er substituerbare; endvidere er vulkaniserede dæk ikke medtaget, selv om disse kan erstatte nye dæk af samme størrelse og type. Der er altså på én gang tale om en for vid og for snæver afgrænsning af det relevante varemarked.

For så vidt angår substituerbarheden, er ingen sammenligning mulig mellem dæk til lastvogne på 3,5 tons og dæk til lastvogne på 35 tons; tilsvarende vil der ikke være nogen mening i at anse en samling sko i forskellige tilfældigt udvalgte størrelser fra de største til de mindste for et marked for sig. Hver type dækprofil som de findes på landevejsdæk, byggepladsdæk eller grusgravs- eller stenbrudsdæk svarer til specielle transportforhold, under hvilke en anden dæktype ikke er tilfredsstillende.

Ved afgørelsen af om en virksomhed har en dominerende stilling på et bestemt varemarked må vurderingen ske på grundlag af de valgmuligheder, brugeren af det pågældende produkt har, og mellemhandleres valgmuligheder kan lades ude af betragtning. En forhandlers fornemmelse vedrørende varens mulige substituerbarhed har ingen relevans. På forhandlerplanet, som Kommissionen har lagt til grund for sin vurdering, har der ikke foreligget noget, der gjorde det muligt at udskille markedet for dæk til lastvogne, busser og lignende køretøjer fra markedet for dæk i almindelighed. På dette plan er enhver vare pr. definition substituerbar, og der bliver i sidste ende blot tale om hvilken fortjenstmargen, den henhører under. På forhandlerplanet er lastvognsdæk kun én af udvalgets bestanddele.

Der findes i øvrigt ikke i dækindustrien nogen fast praksis eller noget objektivt kriterium, hvorefter dæk til lastvogne, busser og lignende køretøjer kan udsondres fra andre dækkategorier.

Kommissionens argumentation i beslutningen er i bund og grund selvmodsigende, idet vurderingen sker snart ud fra den endelige brugers position og snart på forhandlerniveau.

Undladelsen af at henføre vulkaniserede dæk, der fuldstændig er i stand til at dække de samme behov, under det relevante marked er vilkårlig og fornuftsstridig. Af et stort antal breve fra brugere af vulkaniserede dæk, som det sagsøgende selskab har fremlagt, fremgår, at vulkaniserede dæk kvalitetsmæssigt i det hele tåler sammenligning med nye dæk,

og at der ikke gælder nogen begrænsning med hensyn til anvendelsen, således at forstå, at de kun kan anvendes på køretøjernes foraksel eller på køretøjer til passagertransport. Vulkaniserede dæks kvalitet er lige så god som nye dæks kvalitet. Den skepsis, som visse brugere og forhandlere undertiden nærer over for anvendelsen af vulkaniserede dæk kan ikke på tilfredsstillende måde begrunde deres henførelse til et marked for sig. Ved afgørelsen i så henseende må man nemlig støtte sig på forskellige objektive karakteristika og ikke på subjektive forestillinger. Vulkaniserede dæk anvendes i øvrigt i stigende omfang, og den omtalte skepsis deles ikke af hele forbrugerkredsen.

Alle de vulkaniserede dæk, der er i brug, erstatter nye dæk, og vulkaniserede dæk bliver solgt på samme måde som nye dæk, dvs. gennem forhandlere. Der kan ikke herved sondres mellem »varer« og »tjenesteydelser«. Der er ingen forskel på vulkaniserede dæk med en karkasse i bytte og vulkaniserede dæk »inklusive karkasse«. I erhvervsorganisationernes statistikker finder man heller ikke en sådan sondring. De begrænsninger, der gælder for produktionen af vulkaniserede dæk, kan ikke begrunde, at disse dæk ikke er henført til det relevante marked og det så meget mindre, som disse begrænsninger ikke er påfaldende store, eftersom ethvert nyt dæk kan vulkaniseres to eller tre gange.

Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at det ville være paradoksalt, om den berørte virksomhed hævdede, at det relevante marked skulle være for vidt afgrænset, idet et anbringende herom ikke modsiger, at der foreligger dominerende stilling.

Det sagsøgende selskab har i det foreliggende tilfælde villet gøre en sondring mellem markeder efter mikrokategorier af dæk. Hermed lægger det sagsøgende selskab alene vægt på elasticiteten i efterspørgslen og glemmer fuldstændigt, at der findes et elasticitetsbegreb vedrørende udbuddet, der navnlig har med særegenheder vedrørende fremstillingen og den tekniske komplementaritet på fremstillingsstadiet mellem forskellige produkter at gøre. Ved fastlæggelsen af det relevante marked må flere kriterier benyttes. Ud over elasticiteten på efterspørgsels- og udbudssiden må også de erhvervsdrivendes opfattelse af forholdene tages i betragtning. Den påståede mangel på sammenhæng i fastlæggelsen af det marked, Kommissionen har valgt at anse for det relevante marked, er kun en afspejling af en nødvendigvis indviklet problembehandling, som har været nødvendig for at drage de økonomisk og juridisk rigtige konklusioner.

Varernes substituerbarhed gør det muligt at fastlægge et markeds ydre grænser, dvs. dækmarkedets, inden for hvilket der dernæst må sondres mellem »undermarkeder« alt efter efterspørgslens struktur. Det for efterspørgslen karakteristiske i det foreliggende tilfælde er, at køberne af tunge dæk oftest til forskel fra køberne af personbildæk er professionelle købere. Lastvogns- og busdæk købes af virksomheder, der har et stort løbende forbrug, altså af sagkyndige professionelle købere. Disse særegenheder ved brugerne af lastvogns- og busdæk får følger for den rolle, forhandleren må spille. Forhandleren af tunge dæk må optræde som teknisk rådgiver og efter salget præstere en særlig service ikke blot vedrørende dækket i og for sig, men også for hjulet.

Man kan derimod ikke med hensyn til et enkelt teknisk homogent produkt udsondre flere markeder efter størrelser, højde eller bredde. At sådanne varer af forskellig størrelse, højde eller bredde, der er produceret på produktionsanlæg af samme art, tilhører samme marked, må forklares med elasticiteten i udbuddet.

For så vidt angår den omstændighed, at vulkaniserede dæk ikke er henført under det relevante varemarked, fremhæver Kommissionen, at 80-95 % af vulkaniserede dæk bliver vulkaniseret efter ordre fra transportvirksomhederne, der hele tiden har ejendomsretten til dækkene. Der er derfor her tale om et servicemarked. Brugerne anser desuden vulkaniserede dæk for mindre sikre, og de anvendes i praksis kun på bagakslen. Selv når bortses fra de »objektive« omstændigheder udgør vulkaniserede dæk ikke noget egentligt alternativ for forhandlerne. Denne indstilling hos brugerne kommer til udtryk i den lavere pris på vulkaniserede dæk. Selv om man henholder sig til kilometerforbruget, går tendensen i retning af en lavere pris på vulkaniserede dæk end på nye dæk. En hensyntagen til »objektive« karakteristika har ingen mening, når der økonomisk gås ud fra priserne, og markedet giver udtryk for den økonomiske virkelighed, eller sagt på en anden måde, når det er udbud og efterspørgsel, der spiller den afgørende rolle.

For produktionen af ethvert vulkaniseret dæk er det en forudsætning, at der oprindeligt er produceret et nyt dæk, og markedsandelen inklusive vulkaniserede dæk giver i øvrigt ikke et realistisk billede af stillingen på markedet. Såfremt dækkene blev vulkaniseret tre gange, ville ifølge det sagsøgende selskab endog indehaveren af et monopol med 100 % af produktionen af nye dæk kun have en markedsandel på 25 %. Konkurrencen på det »sekundære område« må lades upåagtet, når der er tale om at vurdere stillingen for en produktionsvirksomhed, der fremstiller »primær«-produkter, som »sekundær«-produktet er afledt af. Selv om alle vulkaniserede dæk blev udbudt frit og var en faktor af betydning i konkurrencen, ville NBIM være bestemmende i kraft af sin dominerende stilling på markedet for nye dæk.

NBIM har i sit svar gjort gældende, at substituerbarhedskriteriet er det afgørende kriterium ved markedsafgrænsningen, og at argumentet vedrørende elasticiteten i udbuddet er uantageligt. Dette argument, som Kommissionen i øvrigt ikke på nogen måde har underbygget med beviser, er ikke blevet anvendt i beslutningen. Fremstillingsteknikken er i øvrigt uanset dækstørrelsen i alt væsentligt den samme, og man kan derfor ikke ved hjælp af dette begreb få det til at se ud, som om lastvogns- og busdæk udgør et marked, der adskiller sig fra dækmarkedet i almindelighed.

NBIM fremhæver med hensyn til den rolle, forhandleren må spille, at brugerne af varevognsdæk også i vidt omfang er professionelle brugere, ligesom brugerne af personvognsdæk og navnlig visse grupper som f.eks. handelsrejsende eller taxachauffører, er udmærket i stand til at vælge rigtigt og med indsigt og er lige så krævende som »lastvognskundekredsen«.

Kommissionen har i sit svar herpå gjort gældende, at efterspørgselsstrukturen både kan begrunde undladelsen af at medtage førstegangsdækudstyr — hvilket det sagsøgende selskab heller ikke har bestridt — og sondringen mellem tunge dæk og lette dæk på udskiftningsmarkedet. Handelsrejsende og taxachauffører kan ikke påvirke de generelle bevægelser i efterspørgslen på markedet for lette dæk, og brugerne af varevognsdæk er ganske vist normalt virk-

somheder, men dog ikke transportvirksomheder og dermed ej heller professionelle dækkøberne.

b) Det geografiske marked

NBIM har gjort indsigelse mod, at det relevante geografiske marked er begrænset til markedet i Nederlandene.

Kommissionen er gået ud fra en række faktorer, der ligger helt uden for NBIM's område, og som kun vedrører hele Michelin, f.eks. det teknologiske forspring, de betydelige finansieringsmuligheder og den aktive forsknings- og innovationspolitik. Med disse faktorer er der tænkt på koncernen, og de kan derfor kun anvendes, såfremt Kommissionen havde lagt sig fast på et langt større, for ikke at sige et verdensomspændende marked.

De producenter, Michelin konkurrerer med i Nederlandene er virksomheder, der virker på verdensplan. En undersøgelse, der kun beskæftiger sig med det nederlandske marked og på det anvender forskellige ukarakteristiske betragtninger, fordrejer billedet af den virkelige konkurrencesituation i Nederlandene.

Kommissionen har fremhævet, at NBIM's indsigelser på dette punkt mindre gælder markedsafgrænsningen end fastlæggelsen af den dominerende stilling på det omhandlede marked. Når man først har fået bestemt det geografiske marked, er det absolut sædvanligt, at en virksomheds stilling på dette marked fastlægges under hensyntagen til de fordele, virksomheden opnår ved at være et led i en mere omfattende koncern.

Når man ser på det økonomiske livs realiteter forholder det sig sådan, at dækproducenterne sædvanligvis har valgt at sælge på de forskellige nationale markeder i Fællesskabet gennem datterselskaber, der virker på det nationale marked. Når det gælder forsyningerne til forhandlerne, foregår konkurrencen derfor i Nederlandene mellem producenternes lokale datterselskaber, og forhandlerne har i praksis ingen mulighed for at gå til leverandører uden for det nationale marked. Det er derfor det nederlandske område, der udgør den zone, inden for hvilken de objektive konkurrenceforhold er ens for samtlige erhvervsdrivende.

2. *Den dominerende stilling*

NBIM har gjort gældende, at Kommissionen har forvansket styrkeforholdene ved at lægge en kunstig og vilkårlig markedsafgrænsning, nemlig en afgrænsning, der giver et samlet marked for lastvognsdæk, til grund. Desuden er det absolut nødvendigt at lade markedet omfatte vulkaniserede dæk. NBIM's markedsandel er for hjulbeklædning til lastvogne, busser og lignende køretøjer på gennemsnitlig 37 %, hvilket ikke kan danne grundlag for at fastslå, at der foreligger dominerende stilling.

De andre indicier for dominerende stilling, som Kommissionen har henvist til, er ganske uden relevans. NBIM er ikke den eneste virksomhed, der råder over handelsrepræsentanter, og NBIM's vigtigste konkurrenter råder over forholdsvis mere personale end NBIM, der har haft omtrent det samme antal handelsrepræsentanter fra 1970. At en producent kan tilbyde et mere eller mindre omfattende varesortiment kan ikke siges at udgøre en konkurrencemæssig fordel, eftersom de forskellige dæktyper ikke er substituerbare, og NBIM ikke pålægger forhandlerne nogen forpligtelse til at købe hele sortimentet.

I det foreliggende tilfælde kan der peges på en lang række forhold, som Kommissionen har set bort fra, men som peger i retning af, at der ikke foreligger dominerende stilling. Forhandlernes nettofortjeneste på salget af Michelin-dæk er således f.eks. den samme som den, der opnås ved salg af konkurrerende dækmærker, og Michelin-dæk giver brugerne den bedste kostpris pr. kilometer. NBIM's driftsresultater er blevet forringet, og selskabet har arbejdet med tab lige fra 1979. Samtidig har nye japanske konkurrenter bestræbt sig yderligere på at komme ind på det nederlandske og europæiske marked, og de er nået op på store importtal. NBIM og Michelin-koncernen i almindelighed råder ikke over en så stor produktionskapacitet, at de alene kan tilfredsstille den samlede efterspørgsel efter tunge dæk, og NBIM's konkurrenter kan til enhver tid ved ekstraproduktion erstatte de mængder, NBIM leverer sine kunder. NBIM's konkurrenter er multinationale koncerner med større finansiel styrke og en mere vidtforgrenet virksomhed end Michelin.

Kommissionens ræsonnement er i bund og grund usammenhængende, for så vidt som den ved en undersøgelse af markedsstillingen på brugerniveau er nået til det resultat, at der er tale om en dominerende stilling i forholdet til forhandlerne; i stedet for skulle man have undersøgt styrkeforholdet mellem konkurrenterne på forhandlerniveau. Gennemsnitsandelen af nye tunge Michelin-dæk er kun på 12-18 %, når henses til forhandlernes samlede omsætning, og dette udelukker i det hele en dominerende stilling.

Endvidere må der henses til, at brugerne af tunge dæk er sagkyndige erhvervsfolk, således at markedsandelenes betydning bliver betydelig mindre, før købere af denne slags er i stand til at gøre sig gældende over for producenterne. Disse brugere er derfor yderligere indforstået med handelsrepræsentanternes virksomhed, som de opfatter som et hensigtsmæssigt led i driften.

Med hensyn til misbruget, der i den omtvistede beslutning er fremdraget som den omstændighed, der beviser den dominerende stilling, er den af Kommissionen kritiserede adfærd, for så vidt angår tunge dæk, fuldstændig identisk med NBIM's praksis vedrørende personvogns- og varevognsdæk, med hensyn til hvilke Kommissionen dog ikke har konstateret nogen dominerende stilling. At fastslå dominerende stilling på grundlag af en adfærd, der vurderes som et misbrug, når der ikke kan blive tale om en misbrugspræget praksis, uden at det er bevist, at der foreligger dominerende stilling, er i øvrigt et bagvendt ræsonnement og en cirkelslutning.

Kommissionen har fremhævet, at NBIM ikke har bestridt, at det har en markedsandel på mellem 57 og 65 % på markedet for nye lastvognsdæk. Selv om man accepterer at medtage vulkaniserede dæk heri, kan der kun blive tale om de vulkaniserede dæk, der faktisk udbydes på markedet, og vulkaniserede dæk i ordre må holdes udenfor. Herved bliver NBIM's markedsandel ikke meget mindre end angivet i beslutningen. NBIM har heller ikke bestridt den meget store forskel, der er på dets markedsandel og konkurrenternes andele.

Betydningen af NBIM's handelsrepræsentanter skyldes navnlig deres kommer-

cielle og tekniske virksomhed, således som disse er beskrevet i beslutningen. Den mulighed, NBIM's repræsentanter har for at henvende sig til forbrugerne uden at tage hensyn til forhandlerne, der må affinde sig med, at leverandøren således trænger sig ind på deres egentlige forretningsområde, udgør et bevis for den dominerende stilling, NBIM har. Det store udvalg, NBIM producerer, medfører, at NBIM i forholdet til hver enkelt forhandler er en partner, man ikke kan komme udenom, og som råder over visse pressionsmidler og vil kunne få indflydelse på forhandlernes indkøb.

Hvad NBIM har anført om betydningen af priserne, af driftsresultaterne, af nye konkurrenters indtrængen på markedet og de vigtigste konkurrenters produktionskapacitet, styrke og størrelse, kan ikke rokke ved den kendsgerning, at der i øvrigt er ført beviser for en dominerende stilling. Det er ikke uforeneligt med dominerende stilling, at NBIM ikke har taget for høje priser eller midlertidigt har haft et ringe eller slet intet udbytte. Visse nye konkurrenters indtrængen på markedet har hovedsagelig været til skade for NBIM's konkurrenter, mens NBIM selv har fastholdt sin markedsandel.

Kommissionen har ved afgrænsningen af det relevante marked lagt vægten på forhandlerleddet, hvor der har været tale om et misbrug, men dette betyder ikke, at der særskilt må føres bevis for, at der har foreligget en dominerende stilling i forhold til leverandører, konkurrenter, købere, forhandlere og brugere. Den dominerende stilling virker i forhold til alle de nævnte erhvervsdrivende. Den del af forhandlernes indkøb, der er NBIM-produkter, kan i øvrigt kun i det store og hele være den samme som salgsandelen i forholdet til brugerne. Det har ikke større betydning, at forhandlerne også optræder for andre varer, for med hensyn til de omhandlede varer må de altid måle sig med den dominerende virksomhed.

Den modvægt, der eventuelt følger af, at brugerne af tunge dæk er professionelle sagkyndige købere kan ikke ophæve eller fjerne den dominerende stilling, men i det højeste gøre det muligt at neutralisere visse af dens virkninger.

3. Den omtvistede adfærd

a) Rabatsystemet

NBIM har gjort gældende, at Kommissionen har fejlvurderet særegenhederne ved den rabatordning, NBIM arbejder med. I rabatten findes et fast element, der gælder for samtlige forhandlere, og et variabelt element, der fastlægges fra år til år på grundlag af omfanget af indkøbene af Michelin-varer, idet man herved følger en progressiv skala, som der træffes bestemmelse om hvert år, og som NBIM tilstillede Kommissionen, da undersøgelsen begyndte i 1977. Nævnte variable element har været forskelligt fra år til år med et udsving på højest 5 %. En lille del af det og aldrig over nogle få promille er knyttet til gennemførelsen af indkøbsmål, der er blevet aftalt i fællesskab og siden hen medtaget ved beregningen af NBIM's produktions- og salgsprogram.

NBIM har herved navnlig fremhævet de små udsving i rabattens størrelse. Den maksimale forskel mellem de rabatter, der er blevet ydet de 54 kunder, som

Kommissionens inspektører har valgt at bruge under undersøgelsen, er på 2-2,5 %, mens det antal tunge Michelin-dæk, de nævnte forhandlere indkøbte, kunne andrage fra over 13 000 til 200 enheder årligt. Med nogle få undtagelser, har alle de forhandlere, der har købt mere end 3 000 dæk om året i perioden 1975-1979, fået den samme maksimumsprocent i rabat.

Den rabat, NBIM yder, er af ren kvantitativ art. Den anvendte skala henholdt sig indtil 1978 til det samlede indkøb af dæk af alle typer, og derefter til indkøbene af særskilte dæktyper. Men satsen har ikke kunnet anvendes mekanisk, da forhandlerne ikke har været indforstået med, at rabatten automatisk blev sænket ved et fald i omsætningen.

Salgsmålet har aldrig været den afgørende faktor for rabatten. Den har været et vederlag for en tjenesteydelse, der objektivt af forhandleren blev erlagt til producenten, således at forstå, at de oplysninger, producenten modtog i forbindelse med fastsættelsen af målene, forbedrede hans muligheder for at planlægge produktionen og gennemføre omkostningsbesparelser.

Der er ikke nogen forhandler, der nogensinde af en eller anden grund er blevet frataget hele sin årsrabat. Enhver forhandler ved af erfaring, at han i så fald kun ville få et tab på højest nogle promiller.

Kommissionen har urigtigt sidestillet rabatten med en loyalitetsrabat, som den i Domstolens dom af 13. februar 1979 omhandlede (sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml., s. 461). Der er ikke tale om nogen eksklusiv forpligtelse. Selv de kunder, der fører flere mærker, får rabat som andre. Salgsmålsrabatten virker ikke hæmmende på forhandlernes indkøb. De forskellige rabatter, forskellige forhandlere opnår, har et kvantitativt grundlag, nemlig forhandlerens samlede omsætning. Ydelsen af en rabat for at tilskynde forhandleren til at sælge mere er et retmæssigt middel i henhold til artikel 86. En sådan rabat er et vederlag for den ydelse, som ligger i gennemførelsen af i fællesskab aftalte salgsmål, uden at indkøb af dæk af andre mærker får betydning. At forbyde en producent at tilskynde sine forhandlere til større indkøb er i realiteten ensbetydende med at påtvinge ham en tilbagegang.

Rabatten står heller ikke i forbindelse med nogen forskelsbehandling, for de forskellige rabatsatser følger af anvendelsen af en skala, der afhænger af forhandlerens samlede indkøb hos NBIM det foregående år. Der har ikke i noget tilfælde været tale om, at rabatsatsen varierede efter forholdet mellem forhandlerens indkøb af Michelin-varer og hans indkøb af konkurrerende dækmærker.

Den kritik, at rabatsatsen stiger proportionalt med forhandlerens indkøb af dæk (»température Michelin«) er ugrundet, og der foreligger intet bevis herfor. Den såkaldte »température Michelin« har aldrig haft nogen betydning for fastsættelsen af rabatten.

Under alle omstændigheder kan så små forskelle overhovedet ikke have deres baggrund i et ønske om at modvirke konkurrencen og Fællesskabets myndigheder bør ikke tillægge dem nogen som helst betydning i forbindelse med anvendelsen af artikel 86.

Det klagepunkt, Kommissionen har støttet på den påståede undladelse af at

give meddelelse om salgsmålene og rabatterne, er grundløst, idet disse faktorer fastlægges af forhandlerne og NB's handelsrepræsentant i fællesskab ved årets begyndelse. De tilfælde, Kommissionen har fremdraget til støtte for det modsatte resultat, vedrører forhandlere, hvis salg var faldet meget pludseligt, og som havde hævdet, at de ikke havde forstået vilkårene for ydelse af rabat rigtigt, selv om de aldrig tidligere havde haft problemer med disse vilkår. Afslagene har nødvendigvis måttet meddeles forhandleren for ikke at blive betydningsløse. De forhandlere, der har anmodet herom, har altid modtaget en skriftlig officiel bekræftelse.

NBIM har sammenfattende givet udtryk for den opfattelse, at den fortolkning af traktatens artikel 86, som Kommissionen forsøger at sætte igennem i nærværende sag, strider mod Domstolens dom i Hoffmann-La Roche-sagen (dom af 13. 2. 1979, sag 85/76, Sml., s. 461). I denne sag fastslog Domstolen, at loyalitetsrabatterne var i strid med reglerne om redelig konkurrence, idet de skulle være vederlag for et løfte fra kunderne om ikke at foretage indkøb hos konkurrenterne. I det foreliggende tilfælde er der imidlertid ikke tale om vederlag for en eksklusiv forpligtelse, men derimod om indkøb af stigende varemængder hos vedkommende leverandør. Kommissionen kritiserer de omtvistede rabatter for at være »tilskyndelser til yderligere indkøb«.

Et forbud mod, at en virksomhed med en dominerende stilling interesserer sig for markedsføringen af sin vare og tilskynder forhandlerne til at sælge den, er det samme som at tvinge den til tilbagegang og sanktionere selve det forhold, at der foreligger dominerende stilling. En sådan sanktion er i det foreliggende tilfælde så meget mere uretfærdig, som den berørte virksomhed skyldte sine varers kvalitet sin stilling på markedet. NBIM er udsat for en verdensomspændende meget voldsom og aktiv konkurrence, og de hindringer, der skabes for dets muligheder for at reagere på og tilpasse sig konkurrencen vil kunne true selskabets eksistens.

Kommissionen har først anført, at det af NBIM om skalaen for årsrabatter anførte strider mod NBIM's forklaringer under den administrative procedure, som gik ud på, at skalaen med tilhørende instruktioner blot var en ledetråd til intern brug, der skulle anvendes med en vis smidighed af hensyn til den enkelte forhandlers situation. Den smidige anvendelse af skalaen og dens ringe betydning, for ikke at sige dens fuldstændige virkningsløshed, bekræftes ved en række unormale træk, der viser sig ved en opmærksom undersøgelse af de tal, NBIM har givet for salget af forskellige dæktyper og de dertil knyttede rabatter.

Af forhandlerkortene fremgår klart, at rabatten var knyttet til et salgsmål for lastvognsdæk, og at dette mål blev fastlagt i form af et præcist antal dæk, der skulle købes i årets løb. Selv om forskellen i rabat fra forhandler til forhandler og det rabattab, som en forhandler, der ikke opfyldte sit højest ansatte salgsmål, men derimod et lavere salgsmål, har været begrænset, kan der absolut ikke tales om ubetydelige virk-

ninger. Og hvis forhandleren ikke opfyldte det lavest ansatte salgsmål eller fra 1978 enkeltmålet, var det ikke sikkert, at han ikke mistede hele årsrabatten, idet Michelin havde forbeholdt sig adgangen til at anvende en så drastisk sanktion. Michelin har i alt fald i ét tilfælde truet en forhandler med at kræve det tidligere udbetalte forskud på årsrabatten tilbage, såfremt han ikke opfyldte sit salgsmål for det omhandlede år.

Det synspunkt, at NBIM's rabat har været en ren kvantumsrabat modsiges af forhandlerkortene. I et tilfælde har en forhandler, hvis salgstal var betydelig lavere end en anden forhandlers tal, således alligevel fået en højere maksimumsrabat end den nævnte anden forhandler, selv om han havde gennemført et langt mindre maksimumssalgsmål end det for den anden forhandler fastsatte mål. NBIM's oplysninger om vanskelighederne ved at sænke rabatterne i tilfælde af faldende omsætning bekræfter, at rabatordningen havde denne individuelle karakter.

Selv om der i de fleste tilfælde skulle have været tale om, at manglende opfyldelse af salgsmålet måske kun blev sanktioneret i begrænset omfang, har forhandleren dog været helt prisgivet Michelin, såfremt han ikke gennemførte det lavest ansatte salgsmål. Salgsmålet og rabatten har således været vigtige pressionsmidler.

De oplysninger, producenten modtog i forbindelse med fastsættelsen af salgsmålene, kan ikke anses for en objektivt præsteret tjenesteydelse. Hvis der kun var tale om at indhente oplysninger, ville det være tilstrækkeligt at gennemføre en enkelt undersøgelse hos forhandlerne vedrørende deres skøn over indkøbene i det kommende år. NBIM forsøger imidlertid ved hjælp af sin ordning kunstigt at tilskynde forhandleren til at holde fast ved sine egne salgsprognoser, og selskabet tager aktivt del i selve udarbejdelsen af forhandlerens skøn med henblik på fastsættelse af salgsmålene.

NBIM har med forsøgene på at godtgøre, at ordningen arbejdede med kvantumsrabatter fortiet, at rabatterne ikke har deres grundlag i en skala, der gælder for samtlige deltagere i ordningen, at de er knyttet til individuelt udformede salgsmål og ydes på en for forhandlerne totalt uigennemsigtig måde. Selv om forhandlerkortene ikke viser noget om, at den foreslåede årsrabat var knyttet direkte til andelen af Michelin-dæk i en forhandlers samlede indkøb, hvilken andel NBIM's repræsentanter ligesom den tidligere som »température Michelin« betegnede størrelse skulle angive med et bestemt tal, kan NBIM kun vanskeligt bestride, at denne størrelse var en af de vigtigste faktorer ved fastsættelsen på individuelt grundlag såvel af rabatten som af salgsmålet.

Rabattens diskriminerende beskaffenhed følger i og med, at NBIM har fastsat salgsmålene og rabatterne på individuelt grundlag og lidet gennemsigtigt. Selv om NBIM har angivet årsefterbetalingsskalaen som et objektivt element for rabatfastsættelsen, har selskabet til trods for Kommissionens fremhævelse af en lang række uklarheder aldrig tilbudt at føre bevis for, at de faktiske forhold i praksis stemte overens med denne skala. Virksomheder i samme situation er blevet behandlet forskelligt. Og virksomheder, hvis stilling har været i bund og grund forskellig, er blevet behandlet ens. De forskelle i rabatter, der er blevet konstateret, er betydningsfulde og udgør mellem 2 og 5 % af årsrabatten. I absolutte tal er der tale om tusinder eller titu-

sinder af HFL, dvs. store beløb for de berørte virksomheder.

Forud for en erklæring, der blev fremsat under høringen i nærværende sag i 1980, bestod NBIM's politik i at undlade officielt at bekræfte de aftalte rabatter, og en bekræftelse kunne kun fås undtagelsesvis og efter indtrængende anmodninger.

For forhandleren betød den manglende skriftlige bekræftelse af salgsmålene og rabatterne uklarhed og usikkerhed ikke i juridisk, men i faktisk henseende, for forhandleren kommer her ud for store vanskeligheder ved beregningen af den rabat, der tilkommer ham. NBIM får herved et langt større spillerum.

NBIM har intet anført til støtte for, at salgsmålsrabatten har været en kvantumsrabat. Men selv om dette havde været tilfældet, kan en ordning som den omhandlede, der praktiseres af en virksomhed med en dominerende stilling, udgøre et misbrug, idet forhandlerens gennemførelse af et årligt salgsmål ikke gør det muligt at gennemføre en omkostningssænkning, som NBIM har ret til at vederlægge. Omkostningsreduktioner kan ikke opnås ved et afslag ved årets udgang.

Kommissionen har sammenfattende fremhævet, at Domstolen i Hoffmann La-Roche-sagen afviste at anerkende loyalitetsrabatter, fordi sådanne rabatter ikke har deres grundlag i en økonomisk ydelse, der kan begrunde en fordel af denne art. Rabatterne kan anvendes, hvor der blot er tale om at lade køberen få fordel af en omkostningsbesparelse. Rabatter, der ikke har sammenhæng med en omkostningsbesparelse, fordi de har til formål at gøre køberen mindre interesseret i at vælge en anden leverandørs varer, kan ikke anvendes af en virksomhed, der har en dominerende stilling. Når bortses fra udsalgspriser, kan en sådan virksomhed kun nedsætte sine priser for køberne i almindelighed, og denne for den dominerende virksomhed gældende begrænsning bliver herved blot en forpligtelse til ikke at diskriminere.

Et forbud af denne art kan også komme til at omfatte visse former for kvantumsrabat, der ikke hænger sammen med en omkostningsbesparelse; Kommissionen har herved henvist til en afgørelse truffet af Bundeskartellamt den 22. oktober 1979 (Wirtschaft und Wettbewerb, 2/1980, s. 145), en afgørelse, der blev stadfæstet af Kammergericht den 26. november 1980 (Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1981, s. 15). Men i det foreliggende tilfælde er der desuden tale om rabatter, der er hemmelige og ydes på individuelt grundlag.

Der er ikke tale om at tvinge en virksomhed, der har en dominerende stilling, til tilbagegang. Men en virksomhed, der har erhvervet en dominerende stilling takket være et teknologisk forspring og produkternes kvalitet må ikke, når disse forhold begynder at gøre sig mindre stærkt gældende, fastholde denne stilling gennem udnyttelse ikke af forbedrede økonomiske ydelser, men fordele, der er erhvervet i kraft af den dominerende stilling, der derved bliver selvforstærkende.

Den *franske regering* har gjort gældende, at Kommissionen vil gøre det til en overtrædelse *i og for sig*, at der anvendes et rabatsystem som det i den foreliggende sag omhandlede, uden samtidig at godtgøre, at den adfærd, der er tale om, har været i stand til at afføde negative virkninger for konkurrencen.

Markedet for udskiftningsdæk til lastvogne er et åbent marked, hvor der hersker fri konkurrence. NBIM giver sine forhandlere fuldstændig kommerciel frihed. Der er intet dadelværdigt i, at en virksomhed skaber solide forbindelser til forhandlerne. Forhandlerne vælger at købe Michelin-dæk af flere forskellige grunde, der har med kvaliteten og varens prestige og pris at gøre.

Michelin har ikke forsøgt at styrke sin dominerende stilling, men har udviklet sig alene ved intern vækst og en retmæssig efter de professionelle brugeres behov indrettet handelspolitik, der ligger i forlængelse af selskabets normale markedsstrategi.

b) Den ekstra bonus i 1977

NBIM har anført, at Kommissionens kritik af den ekstra bonus, der blev ydet i 1977, hviler på en fejlagtig analyse af de faktiske forhold. Da bonussen ikke har udgjort en tillægsydelse, jfr. artikel 86, litra d), beror dens ulovlighed ifølge Kommissionen alene på, at den skulle være »en bonus for indkøb af lastvognsdæk«, som imidlertid var knyttet sammen med gennemførelsen af en ydelse præsteret, for så vidt angår personbilsdæk. Men denne måde at bestemme bonussen på savner ethvert grundlag.

Beslutningen om at yde denne bonus blev taget efter, at der midlertidigt havde været mangel på lastvognsdæk som følge af forskellige foranstaltninger til modernisering af NBIM's produktionsprogram. NBIM meddelte så sent som i september måned, at der for at råde bod på denne mangelsituations negative følger for forhandlernes indtægter, ville blive ydet en ekstra bonus ved årets slutning på 0,5 % til alle de forhandlere, der havde opfyldt det salgsmål for personvognsdæk, der var blevet aftalt i begyndelsen af 1977, og hvis niveau var det samme som året før. Der er tale om en ekstra rabat for indkøb af personvognsdæk, der må forstås som en forhøjelse af den normale rabat for køb af personvognsdæk i 1977, idet den ikke på nogen måde adskiller sig fra den sædvanlige rabat for indkøb af personvognsdæk, som Kommissionen aldrig har kritiseret.

Kommissionen gør sig altså skyldig i to fejl i sin beskrivelse; den hævder, at salgsmålet for lette dæk var et »special«-mål, og den hævder, at bonussen på 0,5 % beregnedes på grundlag af indkøbene af lette og tunge dæk, mens beregningen faktisk skete på grundlag af de samlede indkøb af samtlige dæktyper.

Kommissionens argumentation beror på en sammenblanding af bonussen og begrebet »tillægsydelse«, jfr. traktatens artikel 86, litra d). Kommissionen burde faktisk have opgivet det synspunkt, at denne ydelse udgjorde et misbrug, jfr. artikel 85, litra d), fordi der ikke har været tale om at lade salget af en vare A være afhængig af samme kundes køb af en anden vare B.

Med påstanden om, at NBIM har udnyttet mangelen på lastvognsdæk til at pånøde forhandlerne en ekstra indsats for at afsætte personvognsdæk, søger Kommissionen at ramme NBIM for dets påståede dårlige vilje. Man kan ikke betegne en foranstaltning, der alene har

til formål at skaffe de af mangelsituationen berørte forhandlere et supplerende vederlag, som et misbrug. Ekstrabonussen har ikke til formål eller til følge at modvirke den fri konkurrence.

Kommissionen har indledningsvis under henvisning til indholdet af forhandlerkortene bestridt, at den ekstra bonus først blev tilbudt forhandlerne i september. Og selv om bonussen blev tilbudt forhandlerne senest i september 1977, har den under alle omstændigheder gjort det muligt at påvirke indkøbene i årets sidste kvartal, der handelsmæssigt er årets vigtigste periode, når det gælder afsætningen af dæk. Denne bonus har været kædet sammen med et specielt mål og i alt fald et udtrykkeligt fastlagt mål for personvognsdæk. Dette mål er det samme som det årlige maksimalsalgsmål eller går endog videre netop i et år, hvor efterspørgselen efter personvognsdæk var faldende. NBIM indførte denne bonus, fordi selskabet regnede med en mangel på tunge dæk på det nederlandske marked som følge af øget eksport til De forenede Stater. Der er derfor tale om et tillæg til rabatterne for tunge dæk, et tillæg, ved hvilket det lavere salg af disse dæk skulle udlignes.

Som denne ekstrabonus var indrettet, indebar den, at den forhandler, der ikke kunne opfylde de aftalte salgsmål på personvognsdæk, ikke fortjente en godtgørelse af de tab, der var en følge af mangelen på tunge dæk. Det udbytte, der blev tilbudt med den ekstra bonus skulle direkte sætte skub i forhandlernes indsats på et helt andet marked, hvor efterspørgslen var svag. Da omsætningen for lastvognsdæk gik ned som følge af en mangelsituation, der beroede på NBIM's egne forhold, afkrævede NBIM alle forhandlerne en ekstra indsats på markedet for personvognsdæk som betingelse for at opnå kompensation for det af nævnte mangelsituation følgende tab. Forhandlerne var nødt til at affinde sig med denne adfærd fra den dominerende virksomheds side, såfremt de ønskede at fastholde deres konkurrencedygtighed på markedet. Selv om en sådan handelspraksis ikke skulle falde direkte ind under ordene i artikel 86, lidtra d), udgør den en adfærd, der fordrejer konkurrencen på markedet for personvognsdæk, og artikel 86 omfatter efter sin ånd et sådant forhold. Den omtalte adfærd er under alle omstændigheder omfattet af det almindelige forbud mod misbrug i artikel 86. Det er ikke et sædvanligt middel i konkurrencen at fastholde den begrænsede konkurrence på markedet for tunge udskiftningsdæk samtidig med, at man forsøger at styrke sin stilling på det herfra forskellige marked for lette dæk.

4. Virkningerne for handelen mellem medlemsstaterne

NBIM har gjort gældende, at den kritiserede adfærd udelukkende har fundet sted i Nederlandene, hvorfor den henhører under national ret. NBIM virker udelukkende på Nederlandenes område, og det er kun på dette område, de kritiserede handlinger er begået. Samtlige forhandlere er hjemmehørende i Nederlandene.

Kommissionen har ikke bevist, at den kritiserede adfærd har ført til en isolering af markedet i Nederlandene. Den har selv konstateret, at der sker parallel-

import. Den anerkender endvidere, at der hersker konkurrence på dækmarkedet. Der foreligger ikke udtalelser eller forhold, ved hvilke det er godtgjort, at en eneste forhandler blot en enkelt gang har afgivet ordre til NBIM i stedet for til en anden producent på grund af NBIM's rabatordning. At konkurrenterne, som hævdet af Kommissionen, skulle være generet af den omhandlede adfærd, er ikke på nogen måde bevist.

Kommissionen har ved at gå ind i en behandling af de i nærværende sag omtvistede forhold blandet sig i en tvist mellem NBIM og nogle få forhandlere i Nederlandene, dvs. en tvist, der har en rent lokal karakter og savner enhver betydning på fællesskabsplan.

Kommissionen har anført, at en konstatering af, at den omtvistede adfærd kun har udfoldet sig på Nederlandenes område, ikke udgør tilstrækkelig grundlag for at fastslå, at der ikke bliver tale om en påvirkning af handelen mellem medlemsstater. NBIM's konkurrenter har som følge af rabatordningen haft vanskeligheder ved at trænge yderligere ind på det nederlandske marked for lastvogns- og busdæk. Konkurrencestrukturen, der i vidt omfang er bestemt af forbindelserne mellem producenter, forhandlere og forbrugere, undergår ændringer som følge af den omtvistede adfærd, ændringer som skyldes de faste og specielt udformede forbindelser mellem NBIM og forhandlerne.

I det foreliggende tilfælde lader en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater sig udlede ifølge et strengt logisk ræsonnement med udgangspunkt i rabatordningen, således som denne er blevet praktiseret af NBIM. En handelsrestriktion antages at påvirke handelen mellem medlemsstater, når det med tilstrækkelig sandsynlighed må antages, at den direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan indvirke på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne. Det er uden betydning, om en af NBIM's konkurrenter har beklaget sig over en påvirkning af handelen. Det er ikke nogen nødvendighed, at Kommissionen fører beviser, hvorefter der faktisk og aktuelt er tale om en påvirkning af handelen mellem medlemsstater, når den dog er overbevist om sandsynligheden af, at der aktuelt eller endog blot potentielt kan være tale om en påvirkning. Såfremt Kommissionens analyse af rabatordningen er korrekt, kan der ikke være tvivl om, at ordningen har gjort det vanskeligere for NBIM's konkurrenter at nå ud til nettet af uafhængige forhandlere, og at disse konkurrenters indførsler til Nederlandene derfor kun har kunnet finde sted eller faktisk kun har fundet sted i mindre omfang.

Den *franske regering* har anført, at såfremt en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater ikke — og ikke engang potentielt — kan antages, har Kommissionen ingen kompetence og kan ikke anvende artikel 86 på den omtvistede adfærd.

Efter artikel 86 skal det på grundlag af en række objektive retlige eller faktiske forhold konstateres, om det med tilstrækkelig sandsynlighed kan antages, at den omhandlede adfærd direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan virke ind på handelsstrømmene mellem medlemsstater. Der kan ikke i noget tilfælde ud fra en virksomheds dominerende stilling på markedet opstilles nogen formodning for, at handelen påvirkes. Man kan ikke blive stående ved en rent teoretisk analyse, men må også præcist beskrive de foreliggende, de forudsigelige eller med rimelighed påregnelige virkninger af de påståede restriktioner og herved undgå ethvert subjektivt skøn. Kommissionens konstateringer har

imidlertid en abstrakt og subjektiv karakter; de underbygges kun i ringe omfang af de faktiske forhold, og adskillige relevante overvejelser er ladt ude af betragtning.

Der er tale om et åbent marked, på hvilket 25-28 % af de tunge dæk, der konkurrerer med Michelin-dæk, hidrører fra andre medlemsstater, og på hvilket der desuden finder parallelimport af Michelin-dæk sted. NBIM har ikke forsøgt at isolere det nationale nederlandske marked og har ikke lagt hindringer i vejen for parallelimport. Man kan ikke pålægge NBIM eller Michelin-koncernen sanktioner, fordi de på det rette tidspunkt er gået ind for en klog industriel planlægning omfattende opførelse af en produktionsvirksomhed i Nederlandene og begrunde sanktionerne med, at handelen er påvirket, fordi NBIM's konkurrenter ikke har gennemført en tilsvarende planlægning. Det må konstateres, at de japanske producenter har udnyttet deres muligheder for at trænge ind på markedet, mens andre konkurrenter ikke har været i stand hertil. At Michelin's konkurrenter optræder med ringe styrke på markedet, skyldes i realiteten deres temmelig ringe betydning på dette marked. Forhandlerne vælger Michelin-dæk, fordi der er tale om en kvalitetsvare med et godt omdømme, og fordi der gennem rabatsystemet gives dem fordelagtige betingelser hos leverandøren.

Kommissionen har gjort gældende, at den franske regering med det anførte ser bort fra beslutningens indhold og den udførlige, begrundede gennemgang i denne. NBIM's europæiske og amerikanske konkurrenter, der ikke som følge af NBIM's rabatordning har haft lige vilkår i forhold til de uafhængige forhandlere har nemlig i realiteten fået deres stilling truet af de japanske konkurrenter, der havde en anden handelspolitik med eneforhandling som det fremherskende træk. NBIM har derimod været i stand til at forsvare sig, fordi selskabet faktisk beherskede de uafhængige forhandlere. NBIM har således svækket sine europæiske konkurrenter på det nederlandske marked og lettet de japanske producenter adgangen til dette marked.

5. Tilsidesættelse af retten til forsvar

NBIM har gjort gældende, at Kommissionen retsstridigt under den administrative procedure har tilsidesat selskabets ret til forsvar.

Kommissionen har ikke, selv om NBIM to gange har anmodet herom, meddelt selskabet noget om procedurerne vedrørende aktstykke, når bortses fra Frieschebrug BV's klage. Navnlig er der intet meddelt om forskellige forhold, der er blevet fastslået af Kommissionen på grundlag af oplysninger indhentet hos forskellige forhandlere, brugere og konkurrenter. Den berørte virksomhed burde have fået meddelelse om resultaterne af disse undersøgelser. Den manglende meddelelse herom har hindret NBIM i på hensigtsmæssig måde at tilkendegive sin opfattelse vedrørende de faktiske forhold og rækkevidden af de oplysninger, som Kommissionen lagde til grund.

Kommissionen har endvidere i beslutningen bevaret tavsheden, for så vidt angår resultaterne af høringen og de vidneudsagn og sagkyndige erklæringer, der herunder blev fremsat.

Kommissionen har fremhævet, at den kun foretog undersøgelser hos nogle forhandlere og ikke hos NBIM's forhandlere, kunder og konkurrenter i almindelighed, som selskabet anfører. NBIM blev holdt underrettet om den

undersøgelse, der blev foretaget hos forhandlerne og fik også meddelt de spørgsmål, der blev stillet, gennem sit forhandlernet. Denne undersøgelse bekræftede, hvad Kommissionen allerede vidste på grundlag af oplysninger fra Michelin, og undersøgelsen bekræftede, at Michelin's konkurrenter anvendte andre rabatordninger end NBIM's. NBIM anmodede Kommissionen om at få meddelt resultaterne af denne undersøgelse først og fremmest i det omfang, de vedrørte konkurrenternes rabatordninger. Kommissionen mente imidlertid ikke på baggrund af artikel 20 i forordning nr. 17, at det var berettigt at meddele NBIM resultaterne af denne undersøgelse, da den ikke havde brugt disse resultater hverken ved sin afgørelse vedrørende NBIM og konkurrenternes markedsandele eller ved fastlæggelsen af misbruget. Undersøgelsens resultater har således ikke haft væsentlig betydning for NBIM's forsvar og Kommissionen har kunnet give hensynet til forretningshemmeligheden førstepladsen.

Det sagsøgende selskab har i øvrigt ikke på noget tidspunkt anmodet Kommissionen om oplysninger.

Kommissionen har i øvrigt brugt mange afsnit i beslutningen på at gendrive den berørte virksomheds argumentation. Den har taget hensyn til alle de beviser og vidneudsagn, NBIM har fremlagt eller foranstaltet ført og påberåbt sig under den administrative procedure.

NBIM har gjort gældende, at Kommissionens konstateringer uden en undersøgelse inden for den berørte personkreds ikke giver nogen sikkerhed for objektivitet. NBIM har endvidere bestridt, at undersøgelsens resultater blot har bekræftet de oplysninger, klageren og NBIM havde givet, samt at undersøgelsen ikke skulle have tjent som grundlag for beslutningen. Kommissionen kan ikke på egen hånd afgøre, hvad der udkræves til den berørte virksomheds forsvar.

Kommissionen har svaret, at den enten kan få tilladelse til at offentliggøre de oplysninger, der er beskyttet ved artikel 20 og anvende dem i klagepunkterne og beslutningen eller give afkald på anvendelsen af disse oplysninger. I det foreliggende tilfælde har den valgt den sidstnævnte fremgangsmåde. Selv om NBIM kunne bevise, at konkurrenterne anvendte de samme forretningsmetoder, ville dette ikke have hjulpet NBIM, idet artikel 86 hviler på princippet om, at det, som er lovligt for en virksomhed uden dominerende stilling, ikke nødvendigvis er lovligt for en virksomhed med en dominerende stilling.

6. Bøden

NBIM har gjort gældende, at dets adfærd ikke kan tilregnes det som uagtsom eller forsætlig, eftersom det misbrug, Kommissionen har kritiseret det for, er ensbetydende med en ændret fortolkning af artikel 86, som ikke har været påregnelig for NBIM. Denne fortolkning afviger navnlig fra Domstolens praksis vedrørende loyalitetsrabatter, jfr. Hoffmann-La Roche-sagen (Domstolens dom af 13. 2. 1979 i sag 85/76, Sml., s. 461), for i det foreliggende tilfælde mangler alle de særegenheder, der ifølge nævnte praksis er karakteristiske for sådanne rabatter. Selskabet gør altså ikke gældende, at det har været uden kendskab til reglerne, men derimod at det har været ude af stand til at forudse en ændring af den administrative praksis. Selv Kommissionen har i øvrigt ventet næsten tre år med at fremsætte sine klagepunkter vedrørende rabatordningen, som den af NBIM blev gjort bekendt med i 1977.

Da NBIM fremkom med en indgående beskrivelse af rabatordningen i 1977, og da Kommissionen ikke dengang fremsatte indvendinger herimod, er det endvidere ubilligt at ansætte overtrædelsens varighed til fem år, nemlig fra 1975 til 1980, idet Kommissionen selv havde kunnet forkorte det nævnte tidsrum og forhindre udbetalingen af den særlige bonus på 0,5 %, der først skete ved udgangen af 1977. Blandt kriterierne for fastsættelsen af bødens størrelse, jfr. sidste afsnit i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, er omsætningen ikke medtaget; kun overtrædelsens grovhed og varighed er nævnt. Kommissionen burde derfor have ladet omsætningen ude af betragtning. Endvidere tilsiger den enklest tænkelige billighed, at det kun er omsætningen for det af beslutningen omhandlede marked og ikke virksomhedens samlede omsætning, der kommer i betragtning.

Endvidere har Kommissionen ikke tillagt NBIM's eksemplariske samarbejdsvilje under den administrative procedure nogen betydning. Den bør under alle omstændigheder medføre, at bøden nedsættes væsentligt.

Pålæggelsen af en bøde er endelig en krænkelse af retten til forsvar i det omfang, Kommissionen ikke under den administrative procedure har tilkendegivet, hvilke kriterier den eventuelt ville anvende, hvis der blev tale om at fastsætte en bøde.

Kommissionen har først fremhævet, at en virksomhed har handlet forsætlig eller uagtsomt og ikke kan påberåbe sig sit ukendskab til loven, når den har haft vilje til en adfærd som den omtvistede og har vidst eller burde have vidst, hvorledes denne adfærd ville virke på markedet. Det er ikke de tekniske svagheder ved den omtvistede bonusordning — de er forskellige fra de i den tidligere nævnte Hoffmann-La Roche-sag fremdragne særegenheder — men ordningens konkurrencemodvirkende formål og følger, der har været NBIM bekendt, som har medført, at Kommissionen har fundet, at ordningen udgjorde et misbrug.

Procedurens varighed skyldes, at Kommissionen i begyndelsen koncentrerede sig om den klage, der var indgivet i anledning af overtagelsen af selskabet Actor NV's salgsnet og først senere indgående kunne gå i gang med at undersøge rabatordningen. Denne ordnings indviklede karakter bevirkede, at Kommissionen måtte undersøge og efterprøve flere forskellige spørgsmål for helt at kunne overskue den. NBIM blev i anledning af disse undersøgelser klar over, at der bestod en risiko for, at dets rabatordning ville blive betragtet som en form for loyalitetsrabatter. NBIM kan derfor ikke drage Kommissionen til ansvar for, at det ikke selv ændrede sin ordning før i 1981.

Omsætningen nævnes udtrykkeligt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, og bestemmelsen omhandler virksomhedens samlede omsætning, ikke omsætningen på et særligt marked. Omtalen i den omtvistede beslutning af omsætningen skyldes imidlertid, at bøden ifølge et tidligere udkast til beslutning var blevet fastsat med et beløb på over 1 million ECU. Da beløbet blev nedsat, jfr. artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, skulle denne omtale have været strøget, og når det ikke skete, beror det på en forglemmelse.

For så vidt angår de præcise overvejelser, på grundlag af hvilke bødens størrelse

fastsættes, er den administrative procedures forløb afgørende, og Kommissionen kan derfor ikke på forhånd, før den har indhentet en udtalelse fra virksomheden, træffe endelig afgørelse i så henseende.

Kommissionen har vedrørende NBIM's samarbejdsvilje under den administrative procedure anført, at en iagttagelse af reglerne om den administrative procedure ikke kan begrunde en nedsættelse af bøden; derimod kan en virksomhed, der lægger hindringer i vejen for proceduren, pålægges de i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 17, omhandlede bøder.

I det foreliggende tilfælde er bøden blevet fastsat på et overordentligt lavt niveau, når henses til den i forordning nr. 17 fastlagte skala.

IV — De oplysninger der er fremkommet under det uformelle møde

På det uformelle møde den 20. januar 1983, hvori den refererende dommer og generaladvokaten deltog, har parterne blandt andet i tilslutning til deres tidligere udtalelser fremlagt følgende oplysninger:

1. Det relevante varemarked

Kommissionen har anført, at der ikke efter dens opfattelse ved *markedsafgrænsningen* skal sondres på grundlag af omsætningstrinnet. Den gør gældende, at det vedrørende de dæktyper, der er medtaget i det relevante varemarked først og fremmest må lægges til grund, at efterspørgslen har en anden struktur på markedet for udskiftningsdæk til lastvogne end på markedet for lette dæk, og at også efterspørgselskurven og priselasticiteten er anderledes. Kriteriet elasticiteten i udbuddet benyttes derimod kun ved afgørelsen om, at der ikke skal sondres mellem markeder for hver af de omhandlede dækstørrelser og dæktyper.

NBIM har anført, at det samme produktionsudstyr kun i meget begrænset omfang kan anvendes ved fremstilling af de forskellige dækkategorier af typer inden for samme kategori, hvilket også gælder kategorien lastvognsdæk, og det udstyr, der skal bruges til fremstillingen af de forskellige dæktyper, består således ikke af substituerbare elementer. De forskellige typer lastvognsdæk frembyder nemlig ikke blot forskelle i størrelse og ydre i øvrigt; også fremstillingsmetoden er forskellig fra type til type. Vedrørende efterspørgselsstrukturen mener NBIM, at antallet af professionelle købere af lette dæk også er stort, for så vidt angår personvognsdæk, eftersom ikke blot taxaselskaber, men også alle de virksomheder, der bruger personvogne i driften, er professionelle købere.

Om vulkaniserede dæk har *NBIM* eksempelvis anført, at sådanne dæk med et referenceprisniveau på 1 000 for nye Michelin-dæk faktisk sælges med 25 %'s rabat, dvs. en pris på 750, hvilket på baggrund af en residualværdi for karkassen på 150 giver en pris på 600 for et nyt Michelin-dæks »første liv«. Denne pris svarer omtrent til indkøbsprisen på et vulkaniseret dæk, idet vulkaniseringen kan ansættes til 450, eller prisen på et nyt dæk af ringere kvalitet. Man kan derfor ikke sige, at der er en væsentlig forskel på prisen på nye dæk og prisen på vulkaniserede dæk. Et vulkaniseret dæk giver i praksis den samme ydelse som et nyt dæk og navnlig er kilometerantallet næsten det samme; men når det gælder sikkerhed og driftssikkerhed har det vulkaniserede dæk en lavere værdi.

Selv i de tilfælde, hvor vulkanisering sker efter ordre, afgives ordren ifølge NBIM i 80-85 % af tilfældene i forhandlerens og ikke i brugerens navn.

Kommissionen har bestridt de tal, NBIM har fremlagt; den har ikke kunnet kontrollere deres rigtighed og gør gældende, at det på grundlag af vulkaniserede dæks ringere omdømme er velbegrundet at anse markedet for disse dæk for et marked for sig. Endvidere foretrækker brugerne vulkanisering med anvendelse af deres egne brugte karkasser til trods for Michelins store anstrengelser for at sætte gang i vulkaniseringen af karkasser uden et bestemt tilhørsforhold, og vulkaniserede dæk af sidstnævnte art udgør kun mellem 5 og 20 % af samtlige vulkaniserede dæk ifølge Tecmar-rapporterne om markedet for vulkaniserede dæk i Nederlandene.

NBIM har imidlertid bestridt rigtigheden af disse tal.

2. Rabatordningen

NBIM har forklaret rabatordningens virkemåde og udvikling ved hjælp af nedenstående skema:

	1975-1977 %		1978 %		1979/1980 %	
Efter regning		15		22,5		30
2 %'s afslag ved betaling før forfaldsdato		1,7		1,55		1,4
Variabelt element	(10-22)		(4-15)		(0-5)	
Månedsforskud (normalt 4 % mindre end det variable element)	(f.eks. 18)	15,3	(f.eks. 10)	7,75		./.
Firmåneders forskud		./.		./.	(0-3)	
		32		31,8		31,4
					(for fire mdr.)	+ 3,0
						34,4
Maksimalrabat		35		35,675		36,4

Fakturarabatten blev ydet til samtlige forhandlere uden betingelser. Af den herefter fremkomne pris fik alle forhandlere desuden 2 % fradrag for betaling før forfaldsdato.

Det månedlige forskud, der udbetaltes fra 1975-1978, udbetaltes automatisk hver måned efter indkøbet ved en godskrivning. Det lå på samme niveau hele året igennem. Dette niveau fastsattes ifølge en progressiv efterbetalingsskala (jfr. bilag 19 til stævningen) med angivelse af forhandlerens omsætning året før af personvogns-, varevogns- og lastvognsdæk; den samlede efterbetalingsprocent ifølge det foregående års salg med fradrag på mellem 4 og 6 % eller eventuelt undertiden mere fik forhandleren i form af månedsforskud for året. Selv om forhandleren ikke ved årets udløb nåede en omsætning svarende til månedsforskudssatsen eller de for ham gældende salgsmål blev ifølge NBIM

forskellen i praksis ikke krævet tilbagebetalt ved årets udgang.

Forskellen mellem månedsforskuddet og efterbetalingsprocenten ifølge skalaen blev ydet på grundlag af gennemførelsen af salgsmål, der blev fastsat af eller snarere aftalt med NBIM-repræsentanten ved årets begyndelse. Herved fastsattes tre mål, et maksimums-, et middel- og et minimumsmål for dels personvognsdæk og dels lastvogns- og varevognsdæk. Den rabatprocent, hvorom der blev talt ved årets udgang, afhang således af det antal dæk, der var blevet solgt i hver af de nævnte kategorier.

I 1978 nedsatte NBIM af administrative grunde den del, der blev ydet som månedsforskud, idet selskabet samtidig forhøjede fakturarabatten. Fra 1979 afskaffedes månedsforskuddet helt og fakturarabatten forhøjedes tilsvarende.

NBIM indførte i 1979 et fire måneders forskud for hele efterbetalingsandelen. Dette forskud var knyttet til gennemførelsen af et salgsmål svarende til en tredjedel af det årlige salgsmål, der var blevet fastsat af eller aftalt med NBIM's repræsentant ved årets begyndelse.

Efterbetalingsskalaen blev afskaffet i 1978. Det skyldtes, at der måtte tages hensyn til den specialisering i forhandlerbranchen, der havde ført til, at værkstederne fra 1977 ikke mere solgte lastvogns- og varevognsdæk.

Kommissionen har ikke bestridt denne beskrivelse af rabatordningen. Men den har anført, at en forhandler ikke har kunnet anse månedsforskuddet for endeligt erhvervet, med mindre han opfyldte sit mindste salgsmål. NBIM havde fortsat fuld frihed med hensyn til fastsættelsen af dette forskud og fastsættelsen af salgsmålet. Rabatordningen er i øvrigt aldrig blevet offentliggjort, og forhandlerne har aldrig haft kendskab til dens nærmere indhold. Selv de salgsmål, der blev fastsat af NBIM's repræsentant ved årets begyndelse, blev ikke skriftligt bekræftet. Ordningen har hermed givet Michelin mulighed for ensidigt at træffe afgørelse med hensyn til hvilken rabatydelse, der i alt skulle udbetales.

NBIM har i denne forbindelse gjort gældende, at rabatordningen var tilstrækkelig klar og kendt for kundekredsen, fordi selskabet havde anvendt den igennem adskillige år, og fordi repræsentanterne mundtligt forklarede ordningens indhold, der blev noteret ned.

3. Den ekstra bonus i 1977

NBIM har forklaret, at man for at undgå tab for forhandlerne, der på grund af forhold, som de ikke havde haft nogen indflydelse på, havde haft ringe afsætning af lastvognsdæk i 1977, havde ment at kunne skaffe udligning herfor ved udbetaling af 0,5 % af det salgsbeløb, der var realiseret inden for de tre dækkategorier, personvogns-, varevogns- og lastvognsdæk. Denne tillægspræmie blev ydet, såfremt forhandleren havde nået det for ham ved årets begyndelse fastsatte salgsmål for personvognsdæk, og såfremt han derved havde godtgjort, at han i en kategori, hvor der var dæk nok, var oppe på sine salgsmål.

Kommissionen gør gældende, at denne ekstra ydelse har været afhængig af

gennemførelsen af specielle højere salgsmål for personvognsdæk, hvilket *NBIM* har bestridt.

V — Mundtlig forhandling

NBIM ved advokaterne van Bael, Bellis og Borde, Den franske Republik ved Carnelutti, og Kommissionen ved Marenco og Kuyper, har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 27. april 1983.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. juni 1983.

Præmisser

1 Ved stævning indgivet til Domstolens justitskontor den 28. december 1981 har det nederlandske selskab NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (i det følgende benævnt NBIM), der er hjemmehørende i s'Hertogenbosch, i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 7. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.491) — Bandengroothandel Frieschebrug BN/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (EFT L 353, s. 33), subsidiært om annullation af artikel 2 i nævnte beslutning, hvori der pålægges NBIM en bøde, eller i alt fald nedsættelse af denne bøde.

2 NBIM er Michelin-koncernens datterselskab i Nederlandene. Selskabet tager sig af produktion og afsætning af Michelin-dæk i Nederlandene, hvor det har en fabrik til fremstilling af nye varevogns- og lastvognsdæk.

3 Kommissionen har i artikel 1 i den omtvistede beslutning fastslået, at NBIM i perioden 1975 til 1980 på udskiftningsmarkedet for nye dæk til lastbiler, busser osv. har overtrådt artikel 86 i EØF-traktaten

a) ved at binde dækforhandlerne i Nederlandene til sig ved hjælp af selektive rabatter på individuelt grundlag, som byggede på salgs-»mål« og rabatsatser, som ikke var klart skriftligt bekræftet, og ved over for dem at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi,

og

b) ved i 1977 at yde en ekstraordinær årsbonus for indkøb af dæk til lastvogne, busser osv. samt personbildæk, som var afhængig af, at der blev nået et »mål« for indkøb af personbildæk.

Kommissionen har ved artikel 2 i beslutningen pålagt NBIM en bøde på 680 000 ECU eller 1 833 184,80 HFl.

4 De vigtigste søgsmålsgrunde, som det sagsøgende selskab, støttet af Den franske Republik, har gjort gældende mod den omhandlede beslutning, kan i alt væsentligt gengives på følgende måde:

I. Den administrative procedure ved Kommissionen har ikke været lovlig, idet

1. Kommissionen ikke har meddelt NBIM sagens akter, herunder navnlig resultaterne af en undersøgelse hos brugerne og NBIM's konkurrenter;

2. Kommissionen i beslutningen intet har anført med hensyn til resultaterne af høringen og de erklæringer fra vidner og sagkyndige, der blev afgivet herunder; og idet

3. Kommissionen ikke under den administrative procedure har oplyst, hvilke kriterier den havde til hensigt at anvende ved fastsættelsen af en bøde.

II. Kommissionen er fejlagtigt nået til det resultat, at NBIM har en dominerende stilling, og er herved gået ud fra

1. en fejlagtig afgrænsning af den relevante væsentlige del af det fælles marked,

2. en fejlagtig vurdering af NBIM's stilling i konkurrencen

a) dels med hensyn til NBIM's andel af markedet for de omhandlede produkter, herunder markedets afgrænsning;

b) dels med hensyn til de øvrige forhold, der taler for eller imod en dominerende stilling.

III. Kommissionen er nået til det urigtige resultat, at

1. NBIM's rabatordning, og

2. ydelsen af en ekstra bonus i 1977

har udgjort et misbrug i den i artikel 86 i traktaten forudsatte betydning.

IV. Kommissionen er nået til det urigtige resultat, at den adfærd, NBIM kritiseres for, har kunnet påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

V. Kommissionen burde ikke have pålagt NBIM en bøde eller burde i det mindste have fastsat en mindre bøde.

I — Den administrative procedures forskriftsmæssighed

1. Undladelsen af at meddele sagsøgeren sagens akter

5 Det sagsøgende selskab har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat retten til forsvar, idet den under den administrative procedure ikke har tilstillet sagsøgeren sagens akter. Denne søgsmålsgrund har det sagsøgende selskab imidlertid kun gjort gældende med hensyn til resultaterne af en undersøgelse vedrørende NBIM's konkurrenters rabatpolitik, Kommissionen foretog hos en række forhandlere.

6 Kommissionen har heroverfor indvendt, at den ikke i beslutningen benyttede resultaterne af nævnte undersøgelse, der blot bekræftede, hvad den allerede var bekendt med gennem oplysninger fra Michelin. Den har i medfør af artikel 20 i Rådets forordning nr. 17 af 6 februar 1962 (EFT 1962, s. 81) været forpligtet til ikke at give oplysninger om de forhold vedrørende de rabatordninger, der blev anvendt af NBIM's konkurrenter, den havde fået kendskab til under nævnte undersøgelse.

7 Det skal herved bemærkes, at retten til forsvar er et grundlæggende princip i fællesskabsretten, som Kommissionen skal respektere under de administrative procedurer, der kan føre til pålæggelse af sanktioner i henhold til traktatens konkurrencebestemmelser.

Kommissionen er herefter blandt andet forpligtet til at sørge for, at den berørte virksomhed bliver i stand til på hensigtsmæssig måde at ytre sig om dokumenter, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for, at der er begået en overtrædelse.

8 Kommissionen har faktisk i medfør af artikel 20 i forordning nr. 17 været forpligtet til ikke at meddele NBIM de oplysninger, den havde indhentet under nævnte undersøgelse, når disse oplysninger efter Kommissionens opfattelse var omfattet af dens tavshedspligt. Den måtte herefter i det foreliggende tilfælde ikke støtte sin beslutning på de omhandlede oplysninger, såfremt NBIM's mulighed for at tage stilling til disse oplysningers rigtighed eller rækkevidde eller Kommissionens beslutninger på grundlag af dem blev forringet, fordi selskabet ikke fik adgang til oplysningerne.

9 Den omhandlede undersøgelse er imidlertid ikke udtrykkeligt omtalt nogetsteds i begrundelsen til den omtvistede beslutning. Kommissionen synes ej heller faktisk at have tillagt disse oplysninger betydning for afgørelsen. I det omfang, den i beslutningen har beskæftiget sig med NBIM's konkurrenters rabatpolitik, er det sket i form af almindelige konstateringer, som NBIM ikke på noget tidspunkt har bestridt, og som i øvrigt er uden betydning for en vurdering af NBIM's adfærd. Den omhandlede undersøgelse er heller ikke under forhandlingerne ved Domstolen blevet tillagt nogen betydning.

10 NBIM's søgsmålsgrund kan imidlertid ikke forkastes alene på grundlag af Kommissionens undladelse af at omtale den omhandlede undersøgelse i beslutningens begrundelse. Hvis denne søgsmålsgrund skal forkastes, må det desuden fastslås, at beslutningen faktisk har sit lovlige grundlag i andre forhold, hvilket er et af sagens realitetsspørgsmål.

2. Undladelsen af at drøfte resultaterne af høringen og af vidners og sagkyndiges erklæringer

11 Det sagsøgende selskab har endvidere til støtte for sit anbringende om, at proceduren har været ulovlig, gjort gældende, at Kommissionen i beslutningen har undladt at omtale resultaterne af den høring, der fandt sted under den administrative procedure, ligesom den heller intet har anført med hensyn til de erklæringer fra vidner og sagkyndige, der er fremkommet under denne procedure.

12 Kommissionen har heroverfor henvist til, at den i beslutningen har brugt adskillige afsnit for at gendrive NBIM's argumentation, og den har gjort gældende, at den har været opmærksom på alle de beviser og alle de vidneudsagn, der er fremkommet under proceduren.

13 Den her omhandlede søgsmålsgrund er i realiteten et anbringende om, at beslutningen ikke er forskriftsmæssigt begrundet.

14 Det skal herved bemærkes, at selv om Kommissionen i medfør af traktatens artikel 190 skal anføre de faktiske forhold, som beslutningens retmæssighed afhænger af, såvel som de overvejelser, der har foranlediget den til at vedtage beslutningen, er det ifølge nævnte bestemmelse ikke påkrævet, at Kommissionen går ind i en drøftelse af alle de faktiske og retlige omstændigheder, der har været fremme under den administrative procedure.

15 Kommissionen har i begrundelsen til den omtvistede beslutning redegjort for de faktiske og retlige overvejelser, den er gået ud fra. Den har i øvrigt her og der udtrykkeligt henvist til vidneudtalelser under høringen og har besvaret argumenter, der var blevet fremført af NBIM under proceduren.

16 Anbringendet vedrørende utilstrækkelig begrundelse skal derfor forkastes.

3. Undladelsen af under den administrative procedure at angive de kriterier, Kommissionen ville vælge ved bødens fastsættelse

17 Det sagsøgende selskab har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat retten til forsvar ved ikke under den administrative procedure at meddele, hvilke kriterier den havde til hensigt at benytte ved bødens fastsættelse.

18 Kommissionen har hertil svaret, at de præcise overvejelser, der munder ud i fastsættelsen af bødens størrelse afhænger af, hvorledes den administrative procedure forløber, og at den således ikke på forhånd, før den har hørt virksomheden, kan lægge sig fast på noget bestemt standpunkt i så henseende.

19 Det bemærkes herved, at det, på linje med Domstolens dom af 7. juni 1983 (SA Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen, forenede sager 100-103/80, Sml. 1983, s. 1825, er tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen

på utilladelig vis ville foregribe beslutningen, såfremt den gav oplysninger om størrelsen af de påtænkte bøder, inden den berørte virksomhed havde haft mulighed for at fremsætte bemærkninger til de til den rettede klagepunkter.

20 Kommissionen har udtrykkeligt i meddelelsen af klagepunkterne af 5. marts 1980 oplyst, at den havde til hensigt at pålægge NBIM en bøde med et beløb, der ville blive fastlagt på baggrund af overtrædelsens varighed og grovhed, som Kommissionen anså for betydelig. Herved har Kommissionen gjort det muligt for NBIM at forsvare sig ikke blot mod en konstatering af overtrædelsen, men også mod pålæggelsen af en bøde.

21 Også dette anbringende skal derfor forkastes, og det må fastslås, at det ikke er godtgjort, at Kommissionens administrative procedure på noget punkt har været ulovlig.

II — NBIM's dominerende stilling

22 Det sagsøgende selskab har i en første række anbringender vedrørende indholdet af den omtvistede beslutning bestridt, at det har en dominerende stilling på markedet for nye udskiftningsdæk til lastvogne i Nederlandene. Det har herved først og fremmest gjort gældende, at Kommissionens vurdering af dets markedsstilling er fejlagtig, idet Kommissionen dels har begrænset sig til en analyse af det nederlandske marked og har lagt en fejlagtig afgrænsning af det relevante varemarked til grund, og dels har benyttet irrelevante faktorer ved sin konstatering af, at der forelå dominerende stilling, og har ladet kriterier, hvorefter en sådan stilling ville være udelukket, ude af betragtning

1. Problemet vedrørende den i sagen omhandlede væsentlige del af det fælles marked

23 Det sagsøgende selskab har herved første og fremmest rejst indsigelser mod Kommissionens konstatering af, at den væsentlige del af det fælles marked, NBIM skulle have en dominerende stilling på, er Nederlandene. Ifølge NBIM er den hermed gennemførte geografiske markedsafgrænsning for snæver. Mod den taler, at Kommissionen selv går ud fra forhold vedrørende Michelin-koncernen i det hele taget, således f.eks. dennes teknologiske

forspring eller finansielle styrke, der ifølge NBIM refererer sig til et meget større, ja verdensomfattende marked. Endvidere anfører det, at NBIM's største konkurrenters virksomhed er verdensomspændende.

24 Kommissionen har gjort gældende, at denne kritik mindre er møntet på markedsfastlæggelsen end på de kriterier ved hjælp af hvilke, den dominerende stilling er konstateret. Da dækproducenterne i almindelighed har valgt at sælge på de forskellige nationale markeder gennem datterselskaber i de enkelte lande, foregår den konkurrence, NBIM er udsat for, i Nederlandene.

25 Det må herved bemærkes, at det ikke er Michelin-koncernen, men dets nederlandske datterselskab, der kun driver virksomhed på det nederlandske marked, der er adressat for Kommissionens beslutning. Det er ubestridt, at også NBIM's vigtigste konkurrenter driver virksomhed i Nederlandene gennem de respektive koncerners nederlandske datterselskaber.

26 Kommissionens kritik gælder NBIM's adfærd over for dækforhandlere, nærmere betegnet selskabets rabatpolitik. I denne forbindelse bemærkes, at den handelspolitik, der føres af de forskellige datterselskaber inden for koncerner, der konkurrerer i Europa eller endog i hele verden, sædvanligvis er tilpasset de særlige forhold på hvert enkelt marked. Forhandlere, der er hjemmehørende i Nederlandene, køber i praksis kun ind hos leverandører, der driver virksomhed i Nederlandene. Kommissionen har derfor korrekt fundet, at den konkurrence NBIM udsættes for, først og fremmest foregår på det nederlandske marked, og at det er inden for rammerne af dette marked, de erhvervsdrivende kommer ud for objektivt identiske konkurrencevilkår.

27 Det her anførte gælder uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt der under disse omstændigheder ved vurderingen af, om der foreligger en dominerende stilling på det relevante varemarked, kan lægges vægt på forskellige forhold, som har med Michelin-koncernens og samtlige dens konkurrenters situation at gøre, og i forbindelse med hvilke der bliver tale om et langt større marked.

28 På grundlag heraf kan det fastslås, at den væsentlige del af det fælles marked, der i det foreliggende tilfælde kommer i betragtning, er det nederlandske område, og at det er på det nederlandske marked, at vurderingen af NBIM's stilling må foretages.

2. Vurderingen af NBIM's stilling i konkurrencen

29 Det må forud for en mere detaljeret gennemgang af anbringender og argumenter vedrørende vurderingen af NBIM's stilling i konkurrencen bemærkes, at artikel 86, som Domstolen gentagne gange, sidst i dom af 13. februar 1979, har fastslået (Hoffmann-La Roche, sag 85/76, Sml., s. 461), er et konkret udtryk for det almindelige mål for Fællesskabets virksomhed, som omhandles i traktatens artikel 3, litra f), nemlig at der skal gennemføres en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes.

30 Artikel 86 indeholder derfor et forbud mod, at en virksomhed i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstaterne herved kan påvirkes, på fællesmarkedet eller en væsentlig del af dette misbruger en dominerende stilling, dvs. en økonomisk magtposition, som sætter en virksomhed i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne.

31 Det er på denne baggrund, at de forskellige kriterier og bevisfakta, parterne har påberåbt sig vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger dominerende stilling, skal undersøges. Disse kriterier og bevisfakta vedrører dels NBIM's markedsandel på det relevante varemarked, dels de øvrige forhold, der må tages i betragtning ved afgørelsen af NBIM's stilling i forholdet til konkurrenterne, kunderne og forbrugerne.

a) NBIM's markedsandel på det relevante varemarked

32 Det sagsøgende selskab har med et første anbringende gjort gældende, at det ikke har en markedsandel, som den, Kommissionen har lagt til grund ved afgørelsen om, at det besidder en dominerende stilling, og det anfører, at Kommissionen er gået ud fra en kunstig og vilkårlig afgrænsning af det relevante varemarked.

33 Kommissionen har i den omtvistede beslutning lagt til grund, at NBIM i Nederlandene i perioden 1975 til 1980 på markedet for nye udskiftningsdæk til lastvogne, busser og lignende køretøjer havde en markedsandel på mellem 57 og 65 %, mens de største konkurrenters andele var mellem 4 og 8 %.

34 NBIM har ikke bestridt disse tal, men har gjort gældende, at Kommissionen har fejlvurderet konkurrenceforholdene, navnlig ved dels at holde dæk til varevogne og personbiler samt vulkaniserede dæk uden for opgørelsen af markedsandelen. Såfremt vulkaniserede lastvognsdæk blev medregnet, ville NBIM's markedsandel nemlig være ca. 37 %, og hermed kunne der ikke blive tale om en dominerende stilling.

aa) Markedet for udskiftningsdæk til lastvogne

35 Det sagsøgende selskab har gjort gældende, at den afgrænsning af det relevante varemarked, Kommissionen har lagt til grund, både er for vid, fordi forbrugerne ikke kan anse forskellige typer og størrelser af lastvognsdæk for substituerbare, og for snæver, fordi varevogns- og personvognsdæk er holdt uden for opgørelsen, selv om de efter deres beskaffenhed tilhører det samme marked. Desuden er Kommissionens argumentation i beslutningen selvmodsigende, idet den ved sin vurdering går ud fra snart den endelige forbrugers situation og snart fra forhandlerens situation. Men hvis man lægger forhandlerens samlede omsætning til grund, udgør salget af Michelin-lastvognsdæk gennemsnitligt kun 12 til 18 %, hvilket i det hele udelukker en dominerende stilling.

36 Kommissionen har fastholdt den afgrænsning af det relevante varemarked, den har foretaget i beslutningen, og har herved henvist til, at der ikke for et teknisk ensartet produkt kan sondres mellem forskellige markeder på grundlag af varernes specielle dimensioner, størrelse eller type. Afgørende bliver herved elasticiteten i udbudet for forskellige dæktyper og -dimensioner. Endvidere er det ud fra kriterierne varernes substituerbarhed og efterspørgselselasticiteten muligt at sondre mellem et marked for lastvognsdæk og et marked for personvognsdæk som følge af den særlige efterspørgselsstruktur, der for lastvognes vedkommende navnlig er kendetegnet af, at køberne er sagkyndige erhvervsdrivende.

37 Som Domstolen gentagne gange og sidst i dom af 11. december 1980 (L'Oréal, sag 31/80, Sml., s. 3775) har fastslået, skal man ved bedømmelsen

af spørgsmålet, om en virksomhed indtager en dominerende stilling, se på konkurrencemulighederne inden for rammerne af markedet for alle de produkter, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang kan erstattes af andre produkter. Det må imidlertid bemærkes, at afgrænsningen af det relevante marked tjener til at afgøre, om vedkommende virksomhed har mulighed for at hindre en effektiv konkurrence og for at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenter, kunder og forbrugere. Ved undersøgelsen i så henseende kan man derfor ikke begrænse sig alene til de omhandlede varers objektive karakteristika; også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked må tillægges betydning.

38 Ud fra tilsvarende betragtninger har Kommissionen og NBIM da også været enige om at bortse fra dæk til førstegangsmontering ved vurderingen af markedsandelene. På dette område foregår konkurrencen nemlig efter regler og under forhold af en hel anden art, fordi efterspørgslen her har form af ordrer direkte fra bilproducenterne.

39 Vedrørende udskiftningsdæk skal det først fastslås, at der på forbrugerplan ikke bliver tale om at anse personvogns- og varevognsdæk på den ene side og lastvognsdæk på den anden side for substituerbare. Personvogns- og varevognsdæk spiller altså ingen rolle for konkurrencen på markedet for lastvognsdæk.

40 Endvidere er efterspørgselsstrukturen forskellig for hver enkelt af disse varegrupper. Køberne af lastvognsdæk er nemlig for et flertals vedkommende professionelle købere, navnlig transportvirksomheder, for hvem indkøb af udskiftningsdæk, som anført af Kommissionen, udgør en betydelig udgiftspost, og som kræver en rådgivning og en vedvarende specialiseret service, der er tilpasset deres særlige behov, hos den dækforhandler, de benytter. Den almindelige bruger af personvogns- eller varevognsdæk køber derimod kun dæk lejlighedsvis, og i almindelighed har denne ikke, selv om han eventuelt er erhvervsdrivende, forventninger om rådgivning og særlig service, der er

tilpasset specielle behov som beskrevet ovenfor. Salget af lastvognsdæk kræver følgelig et særligt specialiseret forhandlernet, hvis virksomhed foregår under forhold, der adskiller sig fra de forhold, der gælder for forhandling af personvogns- og varevognsdæk.

41 Det skal endelig fremhæves, at udbudet af lastvognsdæk ikke påvirker udbudet af personvognsdæk og omvendt, idet de respektive produktionsmetoder, anlæg og maskiner er meget forskellige. Det forhold, at en omlægning af produktionsanlæggene til fremstilling af lette dæk i stedet for tunge dæk og omvendt tager lang tid og kræver store investeringer, medfører, at der for de to typer ikke er en så stor lighed, at man kan tilpasse sig efterspørgslen på markedet. Dette forhold har i øvrigt bevirket, at NBIM i 1977 ydede en ekstra bonus, fordi udbudet af lastvognsdæk ikke var tilstrækkeligt, og hvor der altså ikke blev tale om at benytte overskydende produktionskapacitet for personvognsdæk for at kunne dække efterspørgslen.

42 Kommissionen har korrekt i sin undersøgelse lagt vægt på markeds- og efterspørgselsstrukturen, først og fremmest på forhandlerniveau, hvor NBIM anvendte den omtvistede praksis. NBIM har faktisk selv, om end i en anden sammenhæng, udtalt, at selskabet måtte ændre rabatordningen af hensyn til udviklingen i retning af større specialisering i forhandlerleddet, idet nogle forhandlere, herunder visse værksteder, ikke mere gav sig af med salg af lastvogns- og varevognsdæk. Dette bekræfter, at der inden for efterspørgselsstrukturen var tale om forskelle mellem forskellige forhandlergrupper. NBIM har desuden ikke bestridt, at alle NBIM's konkurrenter navnlig med hensyn til rabatbetingelser også sondrer mellem lastvogns-, varevogns- og personvognsdæk, selv om de forskellige producenters sondringer for forskellige dæktyper udviser indbyrdes afvigende detaljer.

43 Der kan imidlertid ikke af det forhold, at den kritiserede adfærd er udvist over for forhandlerne, drages nogen slutning om, at NBIM's stilling skal fastlægges efter andelen af Michelin-lastvognsdæks placering i forhandlernes totalomsætning. Ved en undersøgelse af, om NBIM besidder en dominerende stilling for visse varetyper, har det ingen betydning, at forhandlernes

virksomhed også angår andre produkter, når de omhandlede varetyper og disse andre produkter ikke konkurrerer indbyrdes.

44 Derimod er det ved vurderingen af, om der foreligger dominerende stilling, ikke muligt — ud fra den manglende elasticitet i udbudet af forskellige typer og størrelser lastvognsdæk, der skyldes produktionsforholdenes forskellighed eller ud fra disse forskellige typers og størrelsers manglende substituerbarhed for forbrugeren og den heraf følgende uelastiske efterspørgsel — at sondre mellem en række mindre delmarkeder for disse typer og størrelser, som NBIM har foreslået. Forskellene mellem forskellige dæktyper og -størrelser er nemlig ikke væsentlige i forhandlerleddet, hvor det gælder om at dække kundekredsens efterspørgsel efter alle mulige typer lastvognsdæk. At en vare således forekommer i forskellige typer og størrelser har endvidere ikke betydning for vurderingen af en virksomheds stilling på markedet, når der ikke for de berørte virksomheder har fundet nogen specialisering sted, for da de forskellige varetyper og varestørrelser udviser stor indbyrdes lighed og teknisk er komplementære, er konkurrenceforholdene på markedet ens for dem alle.

45 Kommissionen er derfor ved sin stillingtagen til, om NBIM har en dominerende stilling, rigtigt gået ud fra selskabets andel af markedet for udskiftningsdæk til lastbiler, busser og lignende køretøjer med udelukkelse af personvogns- og varevognsdæk.

bb) Vulkaniserede dæks betydning i konkurrencen

46 Det sagsøgende selskab har, til godtgørelse af at dets markedsandel er mindre end hævdet af Kommissionen, desuden gjort gældende, at Kommissionen vilkårligt har undladt at henføre vulkaniserede dæk til det relevante marked, selv om disse dæk ifølge NBIM både kvalitets- og prismæssigt udgør et virkeligt alternativ for forbrugerne. NBIM har til støtte for dette argument fremlagt flere beregninger for hermed at bevise, at vulkaniserede dæk konkurrerer med nye dæk.

47 Kommissionen har anført, at vulkaniserede dæk ikke bør henføres til det relevante marked, idet vulkaniserede dæk og nye dæk ikke er substituerbare. Vulkaniserede dæk byder nemlig efter forbrugernes opfattelse for det første på en ringere sikkerhed. Dernæst sker vulkanisering i væsentlig omfang efter ordre fra transportvirksomhederne selv, og der bliver derfor tale om et marked for tjenesteydelser. Endelig udgør vulkaniserede dæk et sekundært produkt i forhold til nye dæk, idet nye dæk i en vis forstand udgør råstoffet for vulkaniseringen, således at de i vidt omfang ikke kan erstattes af vulkaniserede dæk, og det er derfor på primær-markedet, konkurrencen skal bedømmes, for det er her, man finder forudsætningen for hele markedet.

48 Det skal i denne forbindelse først bemærkes, at selv om fuldstændig substituerbarhed i en bestemt relation ikke er en nødvendig forudsætning for at antage, at to varer konkurrerer med hinanden, kræves der for at fastslå dominerende stilling for en vare ikke total mangel på konkurrence fra andre delvis substituerbare varer, når den konkurrence, der herved bliver tale om, ikke påvirker vedkommende virksomheds mulighed for i væsentligt omfang at påvirke vilkårene for denne konkurrences forløb, i alt fald for i vidt omfang at handle uden at behøve at regne med den og uden i øvrigt at udsætte sig for nogen risiko i den anledning.

49 De faktiske forhold, der findes godtgjort efter parternes erklæringer samt efter vidneudsagnene under den høring, der fandt sted under den administrative procedure, gør det ubestrideligt, at nye dæk og vulkaniserede dæk i et vist omfang er substituerbare, men at der er tale om en begrænset substituerbarhed, der ikke foreligger ved samtlige anvendelsesformål. Og selv om NBIM har fremlagt beregninger for at godtgøre, at vulkaniserede dæk pris- og kvalitetsmæssigt kan sammenlignes med nye dæk, og at et vist antal brugere faktisk anser de to varetyper for substituerbare i anvendelsen, har selskabet også anerkendt, at et vulkaniseret dæk sikkerhedsmæssigt kan have ringere værdi end et nyt dæk, og Kommissionen har desuden godtgjort, at nogle brugere er skeptisk indstillet — hvad enten denne skepsis så er berettiget eller ej — over for anvendelse af vulkaniserede dæk, navnlig på køretøjets foraksel.

50 For at kunne bestemme, hvilken påvirkning denne begrænsede konkurrence fra vulkaniserede dæk har for NBIM's stilling, må der lægges vægt på, at

vulkaniserede dæk i alt fald for en dels vedkommende ikke udbydes til salg, idet vulkaniseringen sker efter ordre fra brugere, da visse transportvirksomheder lægger vægt på at få vulkaniseret deres egne karkasse for at være sikre på at undgå at få beskadigede karkasser. Omfanget af denne form for vulkaniseringsvirksomhed, hvor der er tale om erlæggelse af en tjenesteydelse, er parterne ikke enige om; Kommissionen har ansat denne del af vulkaniserede dæk til 80-95 %, mens NBIM har anført så lavt et tal som 15-20 %, idet det gøres gældende, at ordrer som oftest afgives af forhandleren og ikke af brugeren. Selv når bortses fra denne uenighed mellem parterne, kan det fastslås, at en del af de vulkaniserede dæk, der tilgår brugeren, ikke konkurrerer med nye dæk, der udbydes til salg, fordi man hør at gøre med en tjenesteydelse, der af vulkaniseringsvirksomhederne erlægges direkte til brugerne.

51 Ved skønnet over NBIM's markedsandels størrelse i sammenligning med konkurrenternes kan der desuden ikke bortses fra, at markedet for nyistandsatte dæk er et sekundært marked, der er afhængigt af udbuds- og prisforholdende på markedet for nye dæk, eftersom alle vulkaniserede dæk laves af et dæk, der engang har været nyt, og eftersom det er begrænset, hvor mange gange et dæk kan vulkaniseres. En væsentlig del af efterspørgslen må altså nødvendigvis altid dækkes af nye dæk. Under disse omstændigheder får en virksomhed, der besidder en dominerende stilling på markedet for nye dæk, en meget stærk position i konkurrencen med vulkaniseringsfirmaer, således at den kan optræde mere uafhængigt på markedet, end en vulkaniseringsvirksomhed vil kunne.

52 Af det anførte følger, at den konkurrence, producenterne af nye dæk til dels udsættes for fra vulkaniseringsvirksomhedernes side, ikke er stor nok til, at en producent af nye dæk mister en på en dominerende stilling på markedet for nye dæk beroende magtposition. Kommissionen har derfor korrekt ved vurderingen af NBIM's stilling i forhold til konkurrenternes styrke og antal lagt vægt på markedsandelen på 57 og 65 % for nye udskiftningsdæk til lastvogne. I sammenligning med NBIM's vigtigste konkurrenters andele på

mellem 4 og 8 % er denne markedsandel et vigtigt indicium for at kunne antage, at NBIM i forhold til konkurrenterne har en dominerende stilling.

b) Andre kriterier og indicier, der taler for eller imod tilstedeværelsen af en dominerende stilling

53 Det sagsøgende selskab har endvidere bestridt, at der kan tillægges de andre kriterier og indicier for en dominerende stilling, som Kommissionen har lagt til grund for konstateringen heraf, nogen betydning. Selskabet er således ikke den eneste virksomhed, der råder over handelsrepræsentanter, og dets største konkurrents personale er i relative tal endnu større. At der udbydes et meget varieret sortiment betyder ikke, at der består en konkurrencefordel, eftersom de forskellige dæktyper ikke er substituerbare og NBIM ikke kræver, at forhandlerne skal aftage samtlige typer.

54 Kommissionen har endvidere ikke lagt vægt på forskellige indicier, der taler imod dominerende stilling, anfører selskabet. Forhandlernes nettoavance på Michelin-dæk tåler eksempelvis sammenligning med konkurrerende dæk, og kostprisen pr. km for Michelin-dæk er den fordelagtigste for brugerne. NBIM har haft tab i årene efter 1979. NBIM's produktionskapacitet er ikke tilstrækkelig stor og selskabets konkurrenter, der er økonomisk stærkere og har en mere differentieret produktion end Michelin-koncernen, kan til enhver tid overtage den efterspørgsel, som NBIM dækker. Endelig har brugerne af lastvognsdæk som professionelle sagkyndige købere mulighed for at danne modvægt mod dækproducenterne.

55 Herved bemærkes først, at der ved vurderingen af NBIM's og dette selskabs konkurrenters økonomiske styrke på markedet i Nederlandene må henses til, hvilke fordele disse virksomheder kan opnå i kraft af deres tilhørsforhold til koncerner, hvis virksomhed omfatter hele Europa eller endog er verdensomspændende. I den foreliggende sag er det ikke blevet bestridt, at Michelin-koncernen — som anført af Kommissionen i beslutningen — besidder blandt andet sådanne fordele, der giver den et forspring i forhold til konkurrenterne med hensyn til investeringer, forskning og et særligt omfattende vareudvalg. Visse dæktyper kan faktisk kun købes hos Michelin-koncernen.

56 I kraft af denne situation er NBIM i Nederlandene sikker på, at et stort antal brugere af lastvognsdæk klart vil foretrække at være kunder hos dette selskab. Da indkøb af dæk i en transportvirksomhed udgør en stor investering, og da der kræves lang tid til i praksis at forvisse sig om en dæktypes eller et dækmærkes rentabilitet, har NBIM således en position, der gør selskabet lidet sårbart i konkurrencen. Som følge af denne situation kan en forhandler, der er hjemmehørende i Nederlandene, normalt ikke undlade at føre Michelin-dæk.

57 Man kan ikke heroverfor som NBIM — der heri støttes af den franske regering — indvende, at NBIM på denne måde straffes for sine varers og ydelsers kvalitet. At det fastslås, at der foreligger en dominerende stilling, er således ikke i sig selv ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, men betyder blot, at denne uafhængigt af årsagerne til denne stilling, den har, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet.

58 Endvidere skal fremhæves betydningen af NBIM's net af handelsrepræsentanter, hvorigennem selskabet til enhver tid kan henvende sig direkte til dækforhandlerne. NBIM har hverken bestridt, at dette net i absolutte tal er langt større end konkurrenternes net, eller gjort indsigelse mod den i den omtvistede beslutning indeholdte beskrivelse af nettets arbejdsopgaver, der ubestridt løses effektivt og kvalitativt upåklageligt. Den direkte adgang til brugerne, og det tjenesteydelsesniveau, som nettet er i stand til at sørge for i forhold til brugerne, gør det muligt for NBIM at befæste og styrke sin stilling på markedet og forsvare sig bedre mod konkurrencen.

59 Om de kriterier og indicier i øvrigt, som NBIM har påberåbt sig for at bestride, at der foreligger dominerende stilling, skal bemærkes, at en midlertidigt svigtende indtjening og endog tab ikke er uforenelige med en dominerende stilling. En dominerende stilling udelukkes heller ikke af, at NBIM's priser ikke kan siges at udgøre et misbrug eller være særligt høje. Og endelig kan hverken størrelsesforholdene, den økonomiske styrke og produktionsspecialiseringsgraden hos de virksomheder, NBIM konkurrerer med på

verdensplan, eller den modvægt, der skyldes, at køberne af lastvognsdæk er sagkyndige erhvervsfolk, betegnes som forhold, der er egnede til at fjerne den særlig gunstige stilling, NBIM har på det nederlandske marked.

60 Det må derfor fastslås, at de øvrige kriterier og indicier, der i det foreliggende tilfælde får betydning for konstateringen af en dominerende stilling, bekræfter, at NBIM har en sådan stilling.

61 De søgsmålsgrunde, hvormed NBIM har bestridt, at selskabet besidder en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, skal derfor forkastes.

III — Misbrug af dominerende stilling

62 Det sagsøgende selskab har i en række andre anbringender anfægtet den omtvistede beslutning, idet det i denne fastslås, at selskabet har misbrugt sin dominerende stilling på det nederlandske marked for nye udskiftningsdæk til lastvogne, jfr. traktatens artikel 86. Selskabet bestrider, at det i to henseender, som fastslået af Kommissionen i den omtvistede beslutning, nemlig gennem selskabets almindelige rabatordning og gennem ydelse af en ekstra bonus i 1977, der afhang af opfyldelsen af et salgsmål for personvognsdæk, har begrænset forhandlernes valgfrihed således, at de indbyrdes blev udsat for forskelsbehandling, mens de øvrige producenters muligheder for at komme ind på markedet blev forringet.

1. Rabatordningen i almindelighed

63 NBIM har gjort gældende, at Kommissionen i beslutningen har fejlvurderet særegenhederne i selskabets rabatordning. Der har været tale om en almindelig kvantumsrabat, der blot har haft til formål på lovlig vis at tilskynde forhandlerne til yderligere indkøb samt at belønne opnåelsen af et vist i fællesskab aftalt salgstal for Michelin-dæk. At forbyde en sådan ordning, anføres det, er ensbetydende med, at den dominerende virksomhed tvinges til tilbagegang, og med en sanktionering af den dominerende stilling som sådan.

64 Kommissionen har gjort gældende, at den af NBIM anvendte rabatordning udgør et misbrug, idet den hviler på fastsættelsen af individuelt fastsatte, selektive salgsmål, der ikke er klart skriftligt udformet, og som binder forhandlerne til NBIM, ligesom ordningen betyder, at der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi. Der er ifølge Kommissionen tale om en form for loyalitetsrabatter, som omhandlet i Domstolens tidligere nævnte dom af 13. februar 1979, dvs. en rabat, der forudsætter, at kunden i alt fald dækker en væsentlig del af sine behov ved indkøb hos den dominerende virksomhed, og som således skal begrænse kundens valgmuligheder ved vareindkøb.

65 Den franske regering har til støtte for NBIM's synspunkt gjort gældende, at en rabatordning på grundlag af salgsmål ikke i sig selv kan antages at udgøre et misbrug. En sådan ordning kan kun være uforenelig med artikel 86, såfremt også en række andre betingelser er opfyldt, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

a) Rabatordningens virkemåde

66 Under retsforhandlingerne ved Domstolen har det kunnet fastslås, at den omtvistede rabatordning foruden den faste fakturarabat og prisafslaget ved forudbetaling, der har været identiske for samtlige forhandlere, og som ikke er omtvistet i den foreliggende sag, omfattede en variabel årsrabat, hvoraf en del først udbetales månedligt og senere tre gange om året i form af forskud på årsrabatten. Den variable årsrabatsats blev fastsat på grundlag af forhandlerens omsætning året før af Michelin-lastvogns-, varevogns- og personvognsdæk under ét, under anvendelse af en progressiv rabatskala, der dog blev opgivet i 1978. Forskuddet på årsrabatten udbetaltes med en lavere procent, normalt 4, men undertiden mere, end den procent, som anvendelsen af nævnte skala gav.

67 Den variable årsrabat eller i alt fald maksimumsrabatten kunne først opnås, når forhandleren i årets løb nåede et salgsmål på et vist antal lastvognsdæk, der blev fastsat eller aftalt ved årets begyndelse. Indtil 1978 var der tale om tre mål, et gennemsnitsmål og et maksimums- og et minimumsmål, der hver især var afgørende for den endelige rabat. Fra 1979 at regne blev der med henblik på ydelse af den variable årsrabat kun fastsat ét salgsmål.

68 Kommissionen har ikke bestridt NBIM's forklaringer under retsforhandlingerne ved Domstolen om, at forskellen mellem rabatsatserne henholdsvis ved gennemførelse af maksimumssalgsmålet og manglende gennemførelse af minimumsmålet var ubetydelig, nemlig på mellem 0,2 og 0,4 %. Der må således nu antages at være enighed om denne forskel, der imidlertid i den omtvistede beslutning er kommet til at fremtræde som meget større.

69 Rabatordningen i dens helhed samt rabatskalaen er ikke på noget tidspunkt blevet offentliggjort af NBIM. Det er ikke bestridt, at de kriterier, hvorefter salgsmålene blev fastsat eller aftalt, ikke var kendt på forhånd. Forhandlernes og NBIM's handelsrepræsentant drøftede disse mål ved årets begyndelse. I praksis fremkom der ikke efter disse drøftelser nogen skriftlig bekræftelse fra NBIM, men når man mødtes, blev der i givet fald taget eller udvekslet håndskrevne noter. Derimod er det ikke som hævdet i punkt 28, afsnit 4, i Kommissionens beslutning blevet godtgjort, at forhandlerne var betænkelige ved at beklage sig over denne manglende skriftlige bekræftelse. Ved gennemgangen må der altså ses bort herfra.

b) Anvendelsen af artikel 86 på en rabatordning på objektivt grundlag

70 Vedrørende anvendelsen af artikel 86 på en rabatordning, der som beskrevet ovenfor bygger på salgsmål, skal først bemærkes, at artikel 86 med det deri indeholdte forbud mod misbrug af en dominerende stilling på markedet i det omfang, samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes derved, er rettet mod de former for adfærd, som er egnet til at påvirke strukturen på et marked, hvor der netop som følge af den omhandlede virksomheds tilstedeværelse foregår en mindre stærk konkurrence, og som skaber hindringer for opretholdelsen eller en skærpelse af den konkurrence, der stadig findes på markedet, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra, hvad der må anses for normalt i forbindelse med erhvervsdrivendes udbud af varer eller tjenesteydelser.

71 Domstolen har specielt med hensyn til en markedsdominerende virksomheds ydelser af kunderabatter i dommene af 16. december 1975 (Suiker Unie m.fl., forenede sager 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Sml., s. 1663) og af

13. februar 1979 (Hoffmann-La Roche, sag 85/76, Sml., s. 461) fastslået, at en loyalitetsrabat, til forskel fra en kvantumsrabat, der udelukkende har sammenhæng med den indkøbte mængde hos vedkommende producent, udgør et misbrug i den i artikel 86 i traktaten forudsatte betydning, når den har til formål ved ydelsen af økonomiske fordele at hindre, at kunderne foretager indkøb hos konkurrerende producenter.

72 Om den i nærværende sag omtvistede ordning, der særlig kendetegnes ved anvendelsen af salgsmål, skal bemærkes, at ordningen ikke blot udgør en kvantumsrabatordning, hvor det alene er den købte mængde, der får betydning, og den progressive skala fra forrige års omsætning blot bruges til at angive, inden for hvilke rammer ordningen skal anvendes. NBIM har i øvrigt selv anført, at de fleste af de forhandlere, der købte over 3 000 dæk om året, under alle omstændigheder tilhørte den gruppe, der fik de højeste rabatter. På den anden side indebar den omtvistede ordning ikke for forhandlerne nogen form for eksklusiv- eller indkøbskvantumsforpligtelse i forholdet til NBIM, og ordningen adskiller sig herved fra loyalitetsrabatter af den type, Domstolen tog stilling til i ovennævnte dom af 13. februar 1979.

73 Ved afgørelsen af, om NBIM har misbrugt sin dominerende stilling ved hjælp af denne rabatordning, må der henses til samtlige omstændigheder, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten som en fordel, hvortil der ikke har svaret nogen begrundet modydelse af økonomiske art, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet, idet der over for handelspartnere anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, og den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen.

74 På baggrund heraf skal der tages stilling til det sagsøgende selskabs indsigelser mod de to punkter i den omtvistede beslutning, hvor rabatordningen i almindelighed kritiseres, idet NBIM nemlig hævdes dels at have bundet dækforhandlerne i Nederlandene til sig og dels at have anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for dem.

c) Spørgsmålet, om forhandlerne er gjort afhængige af NBIM

75 Det sagsøgende selskabs første søgsmålsgrund er her rettet mod Kommissionens konstatering i beslutningen af, at det af samtlige foreliggende omstændigheder fremgår, at NBIM's politik har haft til formål via rabatsystemet at binde dækforhandlerne snævert til sig.

76 Kommissionen har til støtte for denne konstatering i beslutningens begrundelse anført, at rabatsystemet klart har haft til formål at udøve et stort pres på forhandlerne, for at de hvert år skulle overgå forrige års salg af Michelin-dæk og forøge andelen af Michelin-dæk i deres samlede salg, hvilket ifølge Kommissionen fremgår af den systematisk gennemførte beregning, handelsrepræsentanterne foretog vedrørende NBIM's stilling i forhold til konkurrenterne hos hver forhandler (den såkaldte »température Michelin«). Hermed har selskabet på særlig fremtrædende måde misbrugt sin dominerende stilling.

77 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen under retsforhandlingerne har anerkendt, at NBIM var ophørt med at optegne den såkaldte »température Michelin« på kundekortene, samt at det har været umuligt at bevise, at denne »température Michelin« havde direkte sammenhæng med salgsmålene og rabatterne. Kommissionen har alene gjort gældende, at en direkte sammenhæng mellem denne »température Michelin« og rabatordningen har været meget sandsynlig. Dette anbringende, der ikke støttes på beviser af nogen art, og som bestrides af NBIM, giver imidlertid ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at den omtvistede rabatordning i denne henseende har været i strid med artikel 86.

78 Kommissionen har desuden gjort gældende, at der med en ordning, der er baseret på årlige salgsmål, lægges et stærkt pres på forhandleren for at få ham til at foretage indkøb hos samme leverandør, idet forhandlerne ikke har noget sikkert kendskab til rabatsatserne og risikerer at tabe en del af rabatten, såfremt salgsmålet ikke opfyldes, og deres usikkerhed i så henseende er i det foreliggende tilfælde blevet yderligere forstærket i kraft af ordningens uigennemsigtighed og derved, at NBIM's repræsentanter regelmæssigt gjorde forhandlerne opmærksomme på de fordele, der måske kunne opnås ved en sidste ordre inden årets udgang eller på følgerne af, at salgsmålene ikke blev opfyldt.

79 NBIM har bestridt, at forhandlerne er afhængige af selskabet, og har herved navnlig henvist til de meget små udsving i rabatsatserne, udsving, der afhang af salgsmålene, og som var en modydelse for den fordel, selskabet fik ved bedre at kunne planlægge sin produktion. NBIM gør gældende, at samtlige forhandlere var velbekendt med, hvorledes selskabets rabatordning fungerede, fordi ordningen havde fungeret i lang tid, således at den ikke på nogen måde kunne give anledning til usikkerhed for forhandlerne. Den omtvistede rabatordning har haft til formål at belønne indkøb af større varemængder. Forbyder man en dominerende virksomhed at praktisere en sådan ordning, tvinger man den til tilbagegang.

80 Det må i den forbindelse først fastslås, at der med de af salgsmålets opfyldelse afhængige udsving i rabatsatserne på mellem 0,2 og 0,4 %, der er blevet godtgjort under retsforhandlingerne ved Domstolen, faktisk er tale om meget små udsving. Men virkningerne af den omhandlede rabat kan ikke alene bestemmes på grundlag af den af salgsmålene afhængige variation i rabatsatsen.

81 Dem omtvistede rabatordning havde året som referenceperiode. Med til alle rabatordninger, ved hvilke rabatterne ydes efter de mængder, der er blevet afsat i en forholdsvis lang referenceperiode, hører imidlertid, at presset på køberen for at opfylde det indkøbstal, der skal til for at få fordelen eller for ikke at lide det for hele perioden fastsatte tab, stiger ved referenceperiodens slutning. I det foreliggende tilfælde har de af en sidste ordre følgende udsving i rabatsatsen, selv hvor denne ordre var ubetydelig, indvirket på forhandlerens fortjenstmargen på salget af Michelin-lastvognsdæk for hele året. I denne situation har der selv med små udsving kunnet lægges et stort pres på forhandlerne.

82 Denne virkning blev endvidere forstærket af den store forskel mellem NBIM's markedsandel og dette selskabs største konkurrenters markedsandele. Et selskab i konkurrence med NBIM måtte, hvis det ønskede at tilbyde en forhandler en konkurrencemæssig fordel i forbindelse med en ordre, navnlig ved årets slutning, faktisk ved sin overvejelse lægge vægt på den absolutte værdi af NBIM's årlige salgsmålsrabat og anvende en meget høj rabatsats i forhold til forhandlerens mere begrænsede indkøb hos ham. Selv

om NBIM's her omhandlede rabatsats tilsyneladende var lav, har konkurrenterne kun vanskeligt kunnet udligne de fordele eller de tab, forhandlerne udsatte sig for ved gennemførelse eller manglende gennemførelse af NBIM's salgsmål.

83 Endvidere har NBIM's rabatsystems uigennemsigtighed og dets skiftende udformning i den periode, der er tale om, samt det forhold, at hverken rabatskalaen eller salgsmålene og de med dem sammenhængende rabatter blev meddelt forhandlerne skriftligt, bevirket, at forhandlerne var i en usikker situation og i almindelighed ikke med vished kunne forudse, hvilke følger opfyldelsen eller ikke-opfyldelsen af deres salgsmål ville få.

84 Alle de nævnte forhold har bidraget til at bringe forhandlerne i en situation, hvor de navnlig ved årets slutning blev udsat for et betydeligt pres og måtte gennemføre NBIM's salgsmål, hvis de ville undgå risikoen for et tab, som konkurrenterne vanskeligt kunne afbøde med de rabatter, som de kunne tilbyde. NBIM har gennem sit net af handelsrepræsentanter til enhver tid kunnet bringe denne situation i erindring over for forhandlerne, der herved tilskyndedes til af afgive ordre.

85 I en sådan situation vil forhandlerne kunne være afskåret fra til enhver tid frit og afhængigt af markedssituationen at vælge det gunstigste af de tilbud, der fremsættes fra forskellige konkurrenters side og fra at skifte leverandør uden mærkbar økonomisk ulempe. Forhandlernes valgmuligheder med hensyn til indkøb begrænses, og konkurrenternes adgang til markedet bliver vanskeligere. Hverken et ønske om at sælge mere eller om en bedre produktionsplanlægning kan begrunde en sådan begrænsning af kundens valgfrihed og uafhængighed. Forhandlernes afhængighed i kraft af det omtvistede rabatsystem beror altså ikke på nogen økonomisk velbegrundet modydelse.

86 Det må på grundlag heraf fastslås, at NBIM ved at binde forhandlerne i Nederlandene til sig ved den omtvistede ovenfor beskrevne rabatordning har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for nye udskiftningsdæk til

lastvogne, jfr. traktatens artikel 86. Det sagsøgende selskabs indsigelse mod denne konstatering i den omtvistede beslutning må derfor forkastes.

d) Forskelsbehandling af visse forhandlere

87 NBIM har med en anden søgsmålsgrund vedrørende rabatordningen i almindelighed bestridt Kommissionens konstatering af, at NBIM's rabatordning har medført anvendelse af ulige vilkår for forhandlerne for ydelser af samme værdi, jfr. traktatens artikel 86, litra c), idet der er blevet ydet forhandlere i samme situation forskellige rabatter. NBIM har gjort gældende, at disse rabatter ikke har været et udtryk for forskelsbehandling, fordi de forskellige rabatsatser for de forskellige forhandlere har været resultatet af anvendelsen af en rabatskala udfærdiget på grundlag af vedkommende forhandlers samlede indkøb året før hos NBIM.

88 Kommissionen har som begrundelse for sin konstatering under retsforhandlingerne støttet sig på en sammenligning af den af forskellige forhandlere oppebårne rabat og de årlige mængder lastvognsdæk, disse har købt samt på en tabel, der viser antallet af solgte dæk af forskellige typer, for hvilke der er ydet forskellige rabatsatser i 1976, og den har i tilslutning hertil fremhævet en række inkonsekvente og atypiske forhold, der efter dens opfattelse beviser, at der har været tale om forskelsbehandling.

89 Imidlertid fremgår det af det ovenfor om rabatordningens virkemåde anførte, at den variable årsrabats størrelse først og fremmest har været afhængig af forhandlerens omsætning vedrørende Michelin-dæk af samtlige typer og ikke af det af ham indkøbte antal lastvognsdæk. Kommissionen har endvidere under retsforhandlingerne måttet anerkende, at den har begået en fejl vedrørende en række oplysninger i de kundekort, NBIM anvendte i tilknytning til rabatordningen. Det kan ikke udelukkes, at der her er tale om forhold, der giver en forklaring på de inkonsekvente og atypiske omstændigheder, Kommissionen har ment at kunne konstatere i de dokumenter, den har undersøgt.

90 Det er korrekt, at en ordning, der har sit grundlag i individuelle salgsmål, der er blevet fastsat eller aftalt hvert år med hver enkelt forhandler, nødvendigvis indebærer en række forskelle mellem de rabatsatser, der gives forskellige forhandlere, der har indkøbt det samme antal dæk; endvidere står det fast, at NBIM ikke har kunnet anvende sin rabatskala mekanisk, idet visse forhandlere ikke har villet acceptere, at rabatten uden videre faldt med omsætningen. Men det er ikke blevet godtgjort, at en forskelsbehandling af forhandlerne indbyrdes af denne art er en følge af anvendelsen af forskellige kriterier, og at den ikke kan begrundes med retmæssige kommercielle overvejelser. Det kan derfor ikke på grundlag heraf fastslås, at NBIM har behandlet visse forhandlere på en diskriminerende måde.

91 Det må herefter fastslås, at Kommissionen ikke har kunnet bevise, at den omtvistede rabatordning har medført rabatter, der uden begrundelse har været forskellige for forskellige forhandlere, og den omtvistede beslutning skal derfor annulleres, for så vidt som det i beslutningens artikel 1, litra a), er bestemt, at NBIM har overtrådt bestemmelserne i artikel 86 ved over for sine forhandlere at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi.

2. Den ekstra bonus i 1977

92 Det sagsøgende selskab har endvidere bestridt Kommissionens konstatering i den omtvistede beslutning af, at NBIM har misbrugt sin dominerende stilling ved i 1977 at indføre en ekstra bonus på 0,5 % ved indkøb af lastvogns- og busdæk m.m., som har været afhængig af et realiseret indkøbsmål for personvognsdæk.

93 Forhandlerne har ifølge Kommissionen ved denne ekstra bonus skullet tilskyndes til en særlig indsats på markedet for personvognsdæk for at kunne nyde godt af en fordel knyttet til salget af lastvognsdæk. Der har herved været tale om en handelspraksis på linje med den i artikel 86, litra d), omhandlede adfærd.

94 NBIM har gjort gældende, at Kommissionen er gået ud fra en fejlagtig fortolkning af de faktiske forhold. Den ekstra bonus i 1977 kan ikke anses for en bonus for lastvognsdæk, når den har været knyttet til et realiseret mål for personvognsdæk. NBIM bestrider desuden, at ydelse af denne ekstra bonus har været betinget af opfyldelsen af et særligt salgsmål, der adskiller sig fra det sædvanligt opstillede salgsmål for personvognsdæk.

95 I denne forbindelse skal det først bemærkes, at NBIM, som det fremgår af parternes forklaringer under retsforhandlingerne, for personvognsdæk har anvendt en rabatordning, der svarer til den ordning, der gjaldt for salget af lastvognsdæk. NBIM forhøjede i 1977 satsen på den inden for denne ordning anvendte variable årsrabat med 0,5 % for hver forhandler for hans salg af personvognsdæk.

96 Det står fast, at NBIM i 1977 som følge af en midlertidig mangelsituation ikke var i stand til at dække efterspørgslen efter lastvognsdæk på det nederlandske marked. Forhandlerne var altså ude af stand til at opfylde deres salgsmål for lastvognsdæk. Det var under disse omstændigheder, at NBIM ydede den omtvistede ekstra bonus.

97 Af det anførte følger, at ekstrabonussen uafhængigt af, om den havde sammenhæng med et særligt højere fastsat salgsmål og uafhængigt af, om den var blevet meddelt ved årets begyndelse eller først i september 1977, må ses i sammenhæng med den variable årsrabat for salget af personvognsdæk. Selv om NBIM med denne rabat har haft til hensigt at udligne de tab, forhandlerne havde, fordi NBIM var ude af stand til at levere dem de mængder lastvognsdæk, der skulle til for at opfylde deres salgsmål for disse dæk, er denne rabat dog blevet ydet for salget af personvognsdæk på grundlag af et salgsmål for disse, og rabatten har ikke på nogen måde været afhængig af mængden af solgte lastvognsdæk.

98 Som følge heraf kan Kommissionens konstatering af, at der her har været tale om en bonus for salgene af lastvognsdæk ikke anses for korrekt. NBIM har ikke med ydelsen af denne rabat ladet en fordel for salgene på ét marked afhænge af opfyldelsen af et salgsmål på et andet marked. Kommissionens argument om, at den omtvistede adfærd er beslægtet med erlæggelse af en tillægsydelse, jfr. artikel 86, litra d), savner derfor grundlag.

99 Det må herefter fastslås, at Kommissionen ikke har godtgjort, at NBIM med ydelsen af ekstra bonus i 1977 har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for lastvognsdæk, hvorfor artikel 1, litra b), i den omtvistede beslutning skal annulleres.

IV — Påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater

100 Det sagsøgende selskab har bestridt, at dets rabatordning har kunnet påvirke handelen mellem medlemsstater, jfr. herved traktatens artikel 86.

101 Kommissionen har i beslutningen anført, at de øvrige producenter, hvis muligheder for at trænge ind på det nederlandske marked ifølge Kommissionen forringes som følge af begrænsningen i forhandlernes adgang til at købe frit ind, i vidt omfang har deres produktionsanlæg i andre medlemsstater, og at 25-28 % af de lastvognsdæk, der konkurrerer med Michelin-dæk på det nederlandske marked, hidrører fra Fællesskabets øvrige medlemsstater.

102 NBIM har, støtte af den franske regering, gjort gældende, at en adfærd, der kun udfolder sig på én medlemsstats område, ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Det anføres, at Kommissionens argumentation bygger på, at der består en formodning for påvirkning af samhandelen, og er et udtryk for en rent abstrakt og teoretisk analyse. Kommissionen har ikke konkret bevist, at NBIM's adfærd virker ind på konkurrencen og afskærmer markedet i Nederlandene.

103 Det må i denne forbindelse fastslås, at når en virksomhed, der har en dominerende stilling, spærrer konkurrenterne adgangen til markedet, er det uden betydning, om der er tale om en adfærd, der kun udfolder sig på én medlemsstats område, når adfærden dog kan indvirke på handelstrømmene og konkurrencen på det fælles marked.

104 I det foreliggende tilfælde er det ikke blevet bestridt, at der er tale om store handelsstrømme som følge af tilstedeværelsen af store konkurrenter i andre

medlemsstater. Det er allerede i forbindelse med undersøgelsen af den misbrugsagtige karakter af NBIM's rabatordning blevet undersøgt, hvilke virkninger denne ordning har for konkurrenternes muligheder for at trænge ind på markedet i Nederlandene. Herudover må det bemærkes, at der ikke ifølge artikel 86 gælder noget krav om, at det bevises, at den adfærd, der må karakteriseres som et misbrug, faktisk mærkbart har påvirket handelen mellem medlemsstater, men blot et krav om, at det bevises, at den omhandlede adfærd kan virke som nævnt.

105 På grundlag heraf må det fastslås, at de indsigelser, hvormed NBIM har villet bestride, at rabatordningen har kunnet påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, må anses for grundløse.

V — Bødens størrelse

106 Det sagsøgende selskab har over for fastsættelsen af bøden indvendt, at den omtvistede adfærd ikke kan tilregnes selskabet som forsætlig eller uagtsom, idet selskabet umuligt har kunnet forudse, at Kommissionens og Domstolens praksis vedrørende rabatspørgsmål ville blive ændret. Selskabet har subsidiært nedlagt påstand om nedsættelse af bøden.

107 Det skal i den forbindelse fremhæves, at NBIM har været bekendt med de faktiske forhold, der begrunder såvel konstateringen af dominerende stilling på markedet som karakteriseringen af den omtvistede rabatordning som et misbrug af den dominerende stilling. Rabatordningen er blevet indført forsætligt. At hverken Kommissionen eller Domstolen hidtil har haft lejlighed til at tage stilling til en rabatordning, der efter sine karakteristika er identisk med den omtvistede ordning, fritager ikke NBIM for ansvar. Under alle omstændigheder har NBIM på baggrund af Kommissionens tidligere beslutninger og Domstolens praksis måttet regne med, at dets ordning var omfattet af anvendelsesområdet for artikel 86.

108 Kommissionen har derfor med føje ment at kunne pålægge NBIM en bøde i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

109 De bøder, Kommissionen ifølge sidstnævnte bestemmelse kan pålægge virksomhederne, kan andrage mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb kan forhøjes med 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i vedkommende virksomhed. Ifølge bestemmelsen skal der ved

bødens fastlæggelse inden for disse grænser henses til overtrædelsens grovhed og varighed.

110 Med hensyn til overtrædelsens varighed er det ubestridt, at den omtvistede ordning i alt fald har været anvendt i tidsrummet 1975 til 1980. NBIM's argument om, at Kommissionen selv havde kunnet forkorte overtrædelsens varighed ved at handle hurtigere, må vurderes i lyset af de vanskeligheder, som undersøgelsen af en rabatordning, der ikke var nedfældet skriftligt, og hvis detaljer har været lidet gennemsigtige, har været forbundet med. Under disse omstændigheder har Kommissionen retmæssigt kunne medregne hele det nævnte tidsrum ved fastlæggelsen af overtrædelsens varighed.

111 Ved den nærmere fastlæggelse af en overtrædelses grovhed må der i hvert enkelt tilfælde henses til et større antal faktorer, herunder navnlig vedkommende virksomheds størrelse og økonomiske styrke, der eventuelt kommer til udtryk i virksomhedens samlede omsætning og den del af denne omsætning, der har relation til varer, som overtrædelsen angår. De argumenter, NBIM har påberåbt sig mod lovligheden af at lægge vægt på omsætningen, er derfor under alle omstændigheder grundløse. I øvrigt er det Domstolens opgave i henhold til den fulde prøvelsesret, den besidder på området, selv at vurdere de konkrete omstændigheder og overtrædelsens art og på grundlag heraf tage stilling til bødens størrelse.

112 Det må herved fastslås, at Kommissionens kritik af den ekstra bonus, der blev ydet i 1977, ikke efter Domstolens undersøgelse har vist sig holdbar. På den anden side er Kommissionens hovedindvendinger, for så vidt angår rabatordningen i almindelighed, blevet bekræftet. Det er dog herved også korrekt, at ordningens diskriminerende karakter ikke er blevet bevist, og at rabattens varierende omfang efter salgsmålenes størrelse har været betydelig mindre, end den omtvistede beslutning har givet udtryk for. Kommissionen har desuden måttet anerkende, at der har været tale om en fejlagtig fortolkning af de kundekort NBIM anvendte, og den har ikke været i stand til at opretholde sin påstand om, at de af NBIM fastsatte salgsmål har haft til

formål at påtvinge forhandlerne stadig større mængder Michelin-dæk i deres samlede omsætning. Men selv om disse omstændigheder kan tale for at fastsætte en lavere bøde end den, Kommissionen har pålagt, er grovheden af NBIM's misbrug af den dominerende stilling imidlertid ikke blevet ændret.

113 Ved bødens fastsættelse skal der derfor henses til det forhold, at der bortset fra den ekstra bonus i 1977 har foreligget en rabatordning, som, uanset de forholdsvis små forskelle i rabatbeløbene og uanset den ikke beviste forskelsbehandling ved rabatordningens anvendelse, har haft en negativ virkning på den fri konkurrence på det fælles marked, der er et grundlæggende princip i traktaten. Det vil herefter være berettiget at fastsætte bøden til 300 000 ECU, eller 808 758 HFL.

114 Som anført ovenfor skal artikel 1, litra a), i den omtvistede beslutning annulleres, for så vidt som det heri fastslås, at NBIM over for forhandlerne har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi; endvidere skal artikel 1, litra b), vedrørende den ekstra bonus i 1977 annulleres. Den ved beslutningens artikel 2 pålagte bøde fastsættes til 300 000 ECU, eller 808 758 HFL. I øvrigt frifindes sagsøgte.

VI — Sagens omkostninger

115 Efter procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den part, der taber sagen, at afholde sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Ifølge stk. 3 i samme artikel kan Domstolen ophæve sagens omkostninger helt eller delvis, såfremt parterne taber sagen på henholdsvis et eller flere punkter.

116 I den foreliggende sag har parternes påstande, herunder intervenientens påstande kun delvis kunnet tages til følge. Sagens omkostninger ophæves derfor.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. **Artikel 1, litra a), i Kommissionens beslutning af 7. oktober 1981 (IV/29.491 — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin — EFT L 353, s. 33) annulleres i det omfang, det deri konstateres, at NBIM over for dækforhandlerne i Nederlandene har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi; endvidere annulleres artikel 1, litra b), i nævnte beslutning.**

2. **Den bøde, der ved beslutningens artikel 2 er pålagt det sagsøgende selskab, nedsættes til 300 000 ECU eller 808 758 HFL, der erlægges i HFL.**

3. **I øvrigt frifindes sagsøgte.**

4. **Hver part, herunder intervenienten, bærer sine omkostninger.**

Mertens de Wilmars Koopmans Bahlmann Galmot

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Due Everling

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. november 1983.

Justitssekretæren
efter bemyndigelse

H. A. Rühl

Ekspeditionssekretær

J. Mertens de Wilmars

Præsident

INDHOLDSFORTEGNELSE

Sagsfremstilling

I — De faktiske omstændigheder 3467

1. Proceduren forud for vedtagelsen af den omtvistede beslutning 3467

2. Den omtvistede beslutning 3468

3. Den omtvistede beslutnings begrundelse 3469

a) Det relevante marked 3469

1) Varemarkedet 3469

2) Det relevante geografiske marked 3470

b) NBIM's dominerende stilling 3470

c) Den omtvistede adfærd 3471

1) Rabatordningen 3471

2) Den ekstra bonus i 1977 3475

d) Påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater 3475

e) Anvendelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 3475

II — Retsforhandlinger og parternes påstande 3476

III — Parternes anbringender og argumenter under skriftvekslingen 3477

1. Det relevante marked 3477

a) Varemarkedet 3477

NBIM's opfattelse 3477

Kommissionens opfattelse 3478

NBIM's svar 3479

Kommissionens bemærkninger til NBIM's svar 3479

b) Det geografiske marked 3480

NBIM's opfattelse 3480

Kommissionens opfattelse 3480

2. Den dominerende stilling 3480

NBIM's opfattelse 3480

Kommissionens opfattelse 3481

3. Den omtvistede adfærd 3482

a) Rabatsystemet 3482

NBIM's opfattelse 3482

Kommissionens opfattelse 3484

Den franske regerings opfattelse 3486

b) Den ekstra bonus i 1977 3487

NBIM's opfattelse 3487

Kommissionens opfattelse 3488

4. Virkningerne for handelen mellem medlemsstaterne 3488
NBIM's opfattelse 3488
Kommissionens opfattelse 3489
Den franske regerings opfattelse 3489
Kommissionens svar 3490
5. Tilsidesættelse af retten til forsvar 3490
NBIM's opfattelse 3490
NBIM's svar 3491
Kommissionens bemærkninger til NBIM's svar 3491
6. Bøden 3491
NBIM's opfattelse 3491
Kommissionens opfattelse 3492
VI — Oplysninger fremkommet under det uformelle møde 3493
1. Det relevante varemarked 3493
2. Rabatordningen 3494
3. Den ekstra bonus i 1977 3495
V — Mundtlig forhandling 3496

Præmisser

I — Den administrative procedures forskriftsmæssighed 3498
1. Undladelsen af at meddele sagsøgeren sagens akter 3498
2. Undladelsen af at drøfte resultaterne af høringen og af vidners og sagkyndiges erklæringer 3499
3. Undladelsen af under den administrative procedure at angive de kriterier, Kommissionen ville anvende ved bødens fastsættelse 3500
II — NBIM's dominerende stilling 3501
1. Problemet vedrørende den i sagen omhandlede væsentlige del af det fælles marked 3501
2. Vurderingen af NBIM's stilling i konkurrencen 3503
a) NBIM's markedsandele på det relevante varemarked 3503
aa) Markedet for udskiftningsdæk til lastvogne 3504
bb) Vulkaniserede dæks betydning i konkurrencen 3507
b) Andre kriterier og indicier, der taler for eller imod tilstedeværelsen af en dominerende stilling 3510

III — Misbrug af dominerende stilling 3512

1. Rabatordningen i almindelighed 3512

a) Rabatordningens virkemåde 3513

b) Anvendelsen af artikel 86 på en rabatordning på objektivt grundlag 3514

c) Spørgsmålet, om forhandlerne er gjort afhængige af NBIM 3516

d) Forskelsbehandling af visse forhandlere 3519

2. Den ekstra bonus i 1977 3520

IV — Påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater 3522

V — Bødens størrelse 3523

VI — Sagens omkostninger 3525

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. VERLOREN VAN THEMAAT FREMSAT DEN 21. JUNI 1983 [1]

Høje Domstol.

I — Indledning

1.1. Alle oplysninger af betydning til brug for afgørelsen af sag 322/81 er blevet klart fremstillet i retsmøderapporten. Derfor kan jeg i indledningen til dette forslag nøjes med at omtale en række hovedpunkter og med i øvrigt at henvise til retsmøderapporten, når det gælder det meget store antal indviklede detailspørgsmål.

Påstanden i den sag, som NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (NBIM), støttet af Den franske Republik, har anlagt, går ud på annullation af en beslutning vedtaget af Kommissionen den 7. oktober 1981. I denne beslutnings artikel 1 konstateres det, at NBIM i perioden 1975 til 1980 på udskiftningsmarkedet for nye dæk til lastbiler har overtrådt artikel 86 i traktaten om oprettelse af De europæiske økonomiske Fællesskaber

a) ved at binde dækforhandlerne i Nederlandene til sig ved hjælp af selektive rabatter på individuelt grundlag, som byggede på salgs-»mål« og rabatsatser, som ikke var klart skriftligt bekræftet, og ved over for dem at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi, og

b) ved i 1977 at yde en ekstraordinær årsbonus for indkøb af dæk til lastvogne, busser osv. samt personbildæk, som var afhængig af, at der blev et »mål« for indkøb af personbildæk.

I artikel 2 i beslutningen pålægges NBIM en bøde på 680 000 ECU eller 1 833 184,80 HFL.

1 — Oversat fra nederlandsk