laren door het betrokken kortingsysteem zijn gebracht, berust derhalve op geen enkele economisch gerechtvaardigde wederprestatie.

15. Wanneer een onderneming met een machtspositie de toegang tot de markt voor concurrenten afsluit, doet het niet terzake dat dit gedrag slechts op het grondgebied van een enkele Lid-Staat is gesitueerd, zodra het gevolgen kan hebben voor de handelsstromen en de mededinging op de gemeenschappelijke markt.

Overigens verlangt artikel 86 niet het bewijs dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten als gevolg van het gemaakte misbruik, inderdaad merkbaar ongunstig is beïnvloed, doch slechts dat dit misbruik een dergelijk gevolg kan hebben.

16. Voor het bepalen van de ernst van een inbreuk op de communautaire mededingingsregels moet, naar gelang van het geval, rekening worden gehouden met een groot aantal factoren, zoals met name met de omvang en de economische macht van de onderneming, die uitdrukking kunnen vinden in de totale omzet van de onderneming en het gedeelte daarvan, dat wordt behaald met de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd.

Op grond van zijn volledige rechtsmacht ter zake is het Hof geroepen, zelf de omstandigheden van het geval en de aard van de betrokken inbreuk te beoordelen teneinde het boetebedrag vast te stellen.

In zaak 322/81,

NV NEDERLANDSCHE BANDEN-INDUSTRIE-MICHELIN, gevestigd te 's-Hertogenbosch, vertegenwoordigd door I. van Bael en J.-F. Bellis, advocaten te Brussel, alsook door S. Moquet Borde cum sociis, handelende bij D. Borde, advocaat te Parijs, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van de advocaten Elvinger en Hoss, Côte d'Eich, 15,

verzoekster,

en

FRANSE REPUBLIEK, vertegenwoordigd door N. Museux, adjunct-directeur Juridische Zaken op het Ministerie van Buitenlandse Zaken, als gemachtigde, en A. Carnelutti, secretaris Buitenlandse Zaken, als plaatsvervangend gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg op de Franse ambassade, rue Bertholet 2,

interveniënte,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, vertegenwoordigd door G. Marenco en P. J. Kuyper, leden van de juridische dienst, als gemachtig-

den, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij O. Montalto, lid van de juridische dienst, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 7 oktober 1981 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.491 — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J. Mertens de Wilmars, president, T. Koopmans, K. Bahlmann, Y. Galmot, kamerpresidenten, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, O. Due en U. Everling, rechters,

advocaat-generaal: P. VerLoren van Themaat
griffier: P. Heim

het navolgende

## ARREST

## De feiten

De feiten, het procesverloop en de schriftelijk voorgedragen middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

### I — Uiteenzetting van de feiten

*1. De procedure vóór de bestreden beschikking*

De NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin („NBIM"), verzoekster, is een dochtermaatschappij van de Compagnie financière Michelin te Basel, Zwitserland, die op haar beurt een dochtermaatschappij is van de Compagnie générale des établissements Michelin te Clermont-Ferrand, Frankrijk. Zij is belast met de produktie en de afzet van Michelinbanden in Nederland, waar zij te 's-Hertogenbosch een fabriek ter vervaardiging van nieuwe banden voor bestel- en vrachtwagens heeft.

Op 29 juli 1977 werd bij de Commissie een klacht tegen NBIM ingediend door de Bandengroothandel Frieschebrug BV te Alkmaar. Klaagster verzocht de Com-

missie maatregelen te nemen tegen NBIM krachtens artikel 86 EEG-Verdrag en artikel 3 van verordening nr. 17 wegens misbruik van een machtspositie. De klacht berustte enerzijds op het feit dat NBIM de controle had verworven over de vennootschap Actor NV, een bandenhandelaar te Bussum, en anderzijds op bepaalde gedragingen van NBIM jegens bandenhandelaren, waarbij het met name om hun toegekende kortingen en bonussen ging.

Bij brief van 10 oktober 1978 liet de Commissie NBIM weten dat deze klacht, voor zover de controle over de firma Actor BV betreffende, was verworpen, doch dat het onderzoek naar NBIM's kortingen bonuspraktijken werd voortgezet.

Op 5 maart 1980 zond de Commissie NBIM een mededeling van de punten van bezwaar; hierin stelde zij voorshands dat NBIM op de Nederlandse vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtauto's, autobussen en soortgelijke voertuigen een machtspositie inneemt. Tevens stelde zij NBIM in kennis van haar voornemen een beschikking te nemen, waarin werd vastgesteld dat NBIM opzettelijk, dan wel door onachtzaamheid inbreuk maakte op artikel 86 met de navolgende praktijken:

a) met name in de jaren 1975 en volgende heeft NBIM een selectief en discriminerend kortingsysteem toegepast, ten einde de handelaren aan zich te binden met behulp van criteria die van geval tot geval werden vastgesteld;

b) zij heeft geweigerd de mondelinge „afspraken" met de betrokken handelaren, over de toekenning van bonussen, schriftelijk te bevestigen;

c) in 1977 heeft zij koppelverkoop toegepast, door aan het eind van het jaar op de aankopen van zware en lichte banden een extra bonus te verlenen, die afhing van het bereiken van een speciaal „doel" bij de aankoop van lichte banden.

Voorts gaf de Commissie kennis van haar voornemen om NBIM de toekenning van niet rechtstreeks met een werkelijke kostendaling verband houdende kortingen te verbieden en haar wegens genoemde praktijken een geldboete op te leggen, waarbij de duur en de ernst van de als serieus beschouwde inbreuk in aanmerking zou worden genomen.

Op 20 juni 1980 deelde de Commissie NBIM nadere punten van bezwaar mede; deze hadden betrekking op discriminerende praktijken, daarin bestaande dat zij haar afnemers ongelijke betalingstermijnen inruimde, aan bepaalde handelaren voorraden in consignatie gaf en bepaalde handelaren leningen tegen een lagere rente verschafte.

Naar aanleiding van deze brieven heeft NBIM bij de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Op 1 september 1980 is de Commissie overgegaan tot een hearing, tijdens welke NBIM werd gehoord en een aantal verbruikers en handelaren — als deskundigen en als getuigen — verklaringen hebben afgelegd.

*2. De bestreden beschikking*

Op 7 oktober 1981 heeft de Commissie beschikking nr. 81/969 vastgesteld, inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.491) — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin — (PB L 353 van 1981, blz. 33), die op 22 oktober 1981 aan NBIM werd betekend.

Artikel 1 van de beschikking luidt als volgt:

„De NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin heeft in de periode 1975-1980 inbreuk gemaakt op artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap door op de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens, autobussen enz.:

a) met behulp van selectieve kortingen op individuele basis, die afhangen van niet duidelijk schriftelijk bevestigde afzet-„doelen" en kortingspercentages, de bandenhandelaren in Nederland aan zich te binden en te hunnen opzichte ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen,

en

b) in 1977 een extra-jaarbonus te verlenen voor de aankopen van banden voor vrachtwagens, autobussen enz. en van banden voor personenwagens die afhing van het bereiken van een „doel" voor de aankopen van banden voor personenwagens."

In artikel 2 der beschikking heeft de Commissie aan NBIM een geldboete van Ecu 680 000 ofwel HFL 1 833 184,80 opgelegd, welk bedrag binnen drie maanden na de datum van kennisgeving der beschikking in guldens moest worden overgemaakt.

*3. De motivering van de beschikking*

De Commissie heeft de beschikking in hoofdzaak gemotiveerd als volgt:

a) de relevante markt

*(1) De produktenmarkt*

Afgebakend naar produkten, is de relevante markt de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens, autobussen en dergelijke voertuigen. Het onderzoek betreft de relevante markt op het niveau van de handel.

Bij buitenbanden dient te worden onderscheiden tussen lichte banden voor personenwagens, banden voor bestelwagens en lichte vrachtwagens, zware banden voor vrachtwagens en bussen, banden voor landbouwtractoren, wegenbouw- en grondverzetmachines, vliegtuigen enz.; al deze categorieën omvatten een groot aantal typen, die in kwaliteit, profiel en afmeting van elkaar verschillen. Fabrikanten en handelaren plegen bij de bepaling van de bruto prijzen en de kortingvoorwaarden, duidelijk tussen deze categorieën te onderscheiden. Aangezien de verhouding tussen NBIM en de eindverbruiker niet in het geding is, kunnen binnen de categorie vrachtwagen- en autobusbanden, geen door het type bepaalde submarkten worden onderscheiden.

De bandenmarkt omvat twee duidelijk onderscheiden sectoren, namelijk de markt van banden voor eerste uitrusting en de vervangingsmarkt; de verkoop van banden voor eerste uitrusting geschiedt rechtstreeks door de producent aan de automobielfabrikant, terwijl op de vervangingsmarkt de banden voor vrachtwagens en autobussen voor 85 à 87 % worden afgezet door tussenkomst van een groot aantal gespecialiseerde handelsondernemingen.

In de behoefte aan banden voor vrachtwagens en autobussen wordt, behalve door nieuwe banden, voorzien door loopvlakvernieuwde banden, dat wil zeggen gave karkassen van gebruikte banden die van een nieuw loopvlak zijn voorzien. Door loopvlakvernieuwing (hierna te noemen: „covering") kan de levensduur van zulke banden praktisch worden verdubbeld; zij geschiedt niet alleen door de bandenfabrikanten zelf, maar ook door talrijke gespecialiseerde ondernemingen, die gave karkassen kopen om deze voor eigen rekening te coveren en vervolgens te verkopen, dan wel de co-

vering in opdracht van de vervoerondernemer uitvoeren.

De gecoverde banden behoren niet tot de relevante markt. De hier bedoelde twee soorten banden worden niet als volledig onderling vervangbaar beschouwd; volgens veel verbruikers brengt het gebruiken van een gecoverde band uit het oogpunt van veiligheid risico's mede. Aan het gebruik van zulke banden zijn dus veelal grenzen gesteld. De waardering van de transportondernemer komt tot uitdrukking in de prijs die, ook bij een vergelijkbaar nuttig kilometrage, 40 % en meer onder die van een nieuwe band ligt. De mogelijkheid om gecoverde banden tegen een aantrekkelijke prijs aan te bieden, wordt uiteraard ook beperkt door het aantal afgereden banden van goede restkwaliteit. Voorts blijven de transportondernemers goede karkassen die zij nieuw hadden ingekocht en menen deskundig te hebben bereden, als hun eigendom beschouwen, zodat zij ook hun eigen banden gecoverd wensen terug te ontvangen; het coverbedrijf treedt in deze als dienstverlener op. Meer dan de helft van de afgereden banden wordt in Nederland in directe opdracht van de transportondernemer gecoverd.

*(2) De geografische markt*

Geografisch gezien, is de relevante markt de Nederlandse markt, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

Bandenfabrikanten bedienen zich bij hun optreden op de onderscheiden nationale markten voornamelijk van de tussenkomst van dochtermaatschappijen die voor de voorziening van de markten zijn opgericht. De bandenhandel tussen de Lid-Staten en met enkele derde landen, bestaat in hoofdzaak uit leveranties tussen de verschillende produktie- en verkoopeenheden van de fabrikanten zelf. De „parallelle" import- en exportstromen omvatten slechts betrekkelijk beperkte hoeveelheden en vertonen een te toevallig karakter om in de huidige marktsituatie als belangrijk te kunnen worden beschouwd. De Nederlandse handelaren blijven dus voor hun bevoorrading met Michelinbanden op NBIM aangewezen. Bij het vaststellen van de aan handelaren te verlenen kortingen, houdt NBIM trouwens alleen rekening met de aantallen door haar bemiddeling betrokken Michelinbanden. Voor NBIM is de Nederlandse markt dus de relevante markt.

b) NBIM's machtspositie

Van de bandenfabrikanten neemt de Michelin-groep in de Gemeenschap de eerste plaats in; op de wereldmarkt wordt zij slechts door Goodyear overtroffen. Zij heeft de radiaalband gelanceerd en zij is voor dit produkt waarvoor zij over een bijzondere know-how beschikt, de belangrijkste producent ter wereld gebleven. Dankzij haar grote financiële middelen heeft zij een duidelijke voorsprong wat betreft de gespecialiseerde investeringen. Het door Michelin in Nederland aangeboden assortiment is groter dan door andere fabrikanten wordt aangeboden. Ook al zijn verschillende concurrenten erin geslaagd de achterstand te verminderen, vooralsnog bestaat er bij de gebruikers een zekere voorkeur voor Michelinprodukten. Het feit dat men pas na een ervaring van enkele jaren met banden van een bepaald merk duidelijkheid verkrijgt over betrouwbaarheid en kostprijs, geeft aan een goed gevestigd merk gedurende lange tijd een solide positie.

Op de Nederlandse vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens

en autobussen, neemt NBIM verreweg de belangrijkste plaats in: in de periode 1975-1980 bedroeg haar aandeel op de markt van nieuwe banden 57 à 65 %, waarbij geen rekening is gehouden met de moeilijk vast te stellen, doch op vele duizenden geschatte „parallel" ingevoerde banden, hoofdzakelijk van het merk Michelin. De marktaandelen van de vijf belangrijkste concurrerende merken liggen tussen 4 en 8 %. In totaal 25 à 28 % van de — op de Nederlandse markt met Michelinbanden concurrerende — zware banden is uit andere Lid-Staten van de Gemeenschap afkomstig. Terwijl de brutoprijzen van Michelinbanden met de prijzen van de belangrijkste concurrenten vergelijkbaar zijn, blijken de nettoprijzen bij aankoop voor de handelaar, na korting, 10 à 15 % hoger te liggen dan die van de andere merken.

Voor gecoverde banden is NBIM's aandeel gegroeid van 6 % in 1975 tot 18 % in 1979. Eind 1977 heeft NBIM de in de vernieuwingsindustrie belangrijke onderneming Tyresoles aan zich verbonden (in 1980 werd het bedrijf wederom afgestoten), hetgeen Michelin in staat stelde een aanvullend aandeel van 20 % van de in Nederland gemonteerde gecoverde banden te verkrijgen, zodat toen praktisch één derde deel van de Nederlandse markt voor gecoverde zware banden door haar werd gecontroleerd.

Op de Nederlandse vervangingsmarkt van nieuwe banden voor personenwagens komt Michelin met een marktaandeel van ongeveer één derde op de eerste plaats; de aandelen van de belangrijkste concurrenten liggen tussen 5 en 13 %.

NBIM beschikt over een omvangrijke commercieel-technische dienst. Haar vertegenwoordigers bezoeken regelmatig — op eigen initiatief — de handelaren, alsook — zonder de handelaar ervan op de hoogte te stellen — de gebruikers van vrachtwagenbanden, een en ander ten einde de afzet van Michelinbanden te bevorderen. Bij hun bezoeken geven de vertegenwoordigers technische aanwijzingen en ter plaatse controleren zij de banden en de staat van de voertuigen. Zij nemen orders in ontvangst, die zij aan een handelaar doorgeven en zij hebben als opdracht een inventaris op te maken van de aanwezige concurrerende merken. Zulke bezoeken zijn bedoeld om NBIM een rechtstreeks op de producent georiënteerde marktkennis te bezorgen. Verder beschikt NBIM over een gespecialiseerde technische dienst, waarvan iedere gebruiker de hulp kan inroepen voor het oplossen van ingewikkelde technische problemen.

Een en ander stelt NBIM in staat zich jegens zijn concurrenten en kopers zo onafhankelijk te gedragen, dat zij een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt kan verhinderen en de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden. NBIM neemt op de relevante markt dus een machtspositie in.

c) Het omstreden gedrag

*(1) Het kortingsysteem*

De prijs- en kortingpolitiek die NBIM jegens de handelaren voerde in de periode 1975-1980, wordt met name gekenmerkt door:

— een basisprijs die in prijslijsten is gepubliceerd;

— een onmiddellijk gegeven en algemeen geldende korting op factuur;

— andere kortingen die ten dele individueel per handelaar worden vastgesteld;

— een aankoopstreefcijfer, het „doel" als basis voor de hoogte van deze kortingen;

— de afwezigheid van schriftelijke bevestigingen van „doelen" en kortingen.

Deze kortingpolitiek van NBIM zou de handelaren in hun keuzevrijheid beperken en ook tot een ongelijke behandeling der handelaren leiden. Het zou de markt voor andere producenten minder toegankelijk maken.

De vaste component van het kortingsysteem, de factuurkorting, werd direct op de factuur in mindering gebracht. De factuurkorting werd schriftelijk, in de vorm van een circulaire, aangekondigd en is algemeen bekend. Zij bedroeg tot en met 1977 15 %, werd in 1978 verhoogd tot 22,5 % en in 1979 tot 30 %.

Behalve de vaste factuurkorting, kende het systeem een variabele component, in hoofdzaak bestaande in de jaarbonus, waarop de handelaren tot en met 1977 maandelijks een voorschot (voorschotbonus) ontvingen, die in het algemeen 4 tot 6 % lager lag dan de jaarbonus. In 1978 kwam een automatische maandbonus van 3 tot 10 % in de plaats van de voorschotbonus. Deze maandbonus werd afgeschaft in 1979, toen NBIM naast de jaarbonus een viermaandbonus van 0 tot 3 % invoerde.

Het niveau van de variabele component van de jaarbonus werd per handelaar individueel vastgesteld naar gelang van de mate waarmee hij zich voor de afzet van Michelinbanden inzette; als criteria daarvoor golden de geschatte verkoopmogelijkheden van de betrokken handelaar en NBIM's aandeel in die verkoop. Deze handelwijze blijkt het duidelijkst uit klantenkaarten van 1975-1976, waarin het aandeel Michelinbanden in de totale bandenverkopen van de bandenspecialist, destijds „température Michelin" genoemd, werd berekend. Bij de berekening van het percentage „Michelin" in de totale aankoop van nieuwe banden werd later het woord „température" vermeden. Het uitbetalen van de jaarbonus en van de in 1979 ingevoerde viermaandbonus is afhankelijk van het behalen van een in het begin van elk jaar afgesproken „doel"; dit blijkt uit de overzichten van toegestane kortingen en uit de klantenkaarten die aan de Commissie zijn overgelegd, alsook uit correspondentie met enige bandenspecialisten. Genoemd doel werd tijdens een bezoek van NBIM's vertegenwoordiger aan de handelaar besproken.

Meermalen werd de uitkering van de voorschotbonus en de maandbonus gebaseerd op de in het doel vastgestelde verwachte jaaromzet voor een aantal typen vrachtwagenbanden, in dier voege dat NBIM zich het recht voorbehield de bonuscondities tussentijds te wijzigen en restitutie van reeds ontvangen voorschotten te verlangen of ook, als de handelaar het doel overtrof, de bonus te verhogen. De vertegenwoordigers van NBIM hadden tot taak de handelaar in de laatste maanden van het jaar te wijzen op de verdiensten die met een laatste bestelling in dat jaar verbonden waren en op de verliezen welke hij kon lijden, indien het aan het begin van het jaar gestelde doel niet werd verwezenlijkt. Soms werd de handelaar er ook op gewezen dat hij het bedrag van de jaarbonus over de eerste zes maanden onmiddellijk kon ontvangen als hij de helft van het jaar-„doel" eind juni had gerealiseerd. De extra orders die hiervoor in vele gevallen nodig waren, konden dan worden gefinancierd via het bedrag van de ontvangen creditnota.

Tot 1978 werd meestal een oplopende reeks van drie doelen vastgelegd met daarmee corresponderende, eveneens oplopende, bonuscijfers. In het algemeen was het hoogste doel hoger dan de in het voorafgaande jaar gerealiseerde hoeveelheid aankopen, terwijl het bonuscijfer niet steeg, zodat de handelaren ertoe werden aangezet ieder jaar een grotere verkoopinspanning voor Michelinbanden te leveren. Sinds 1978 werd door NBIM nog slechts één doel vastgelegd, terwijl in 1979 een verfijning werd ingevoerd in de vorm van een viermaanddoel, waarmede een viermaandbonus correspondeerde. Dit viermaanddoel lag op één derde van het jaardoel, dat eveneens hoger lag dan het peil van de in het voorafgaande jaar gerealiseerde aankopen.

Vergelijking van de klantenkaarten leert dat handelaren die zeer verschillende aankopen deden, dikwijls dezelfde bonussen ontvingen en omgekeerd. Voorts volgde NBIM zelf de voorwaarden voor de verkrijging van bonussen niet stringent. In sommige gevallen werd de bonus eenzijdig verlaagd, nadat het doel niet was bereikt. De toepassing van de bonussenschema's stond geheel ter beoordeling van NBIM.

De handelaren waren niet op de hoogte van de criteria volgens welke de bonussen werden bepaald; de schema's voor het bepalen van de hoogte der jaarbonussen, die sinds 1978 niet meer bestaan, waren slechts voor intern gebruik bestemd. Tot 1980 ontvingen de handelaren ook slechts zeer sporadisch een schriftelijke bevestiging van de tussen Michelins vertegenwoordiger en de handelaar gesloten mondelinge overeenkomst over de bonussen. Deze afwezigheid van schriftelijke bevestiging leidde regelmatig tot interpretatiemoeilijkheden en maakte het, met het zeer ingewikkelde systeem, kleine handelaren moeilijk, ja praktisch onmogelijk, uit te maken hoeveel zij in een bepaald jaar op de verkoop van Michelinbanden verdienden; dikwijls ontdekten de kleine handelaren hun uiteindelijke beloning pas na een enveloppe te hebben geopend die hun aan het eind van het jaar door een vertegenwoordiger van NBIM werd overhandigd. Veel handelaren aarzelden om tegen deze afwezigheid van schriftelijke bevestiging stelling te nemen, omdat NBIM heel gemakkelijk haar voorkeur naar een meer coöperatieve concurrerende handelaar kon doen uitgaan.

De ontwikkeling van het kortingsysteem voor vrachtwagenbanden in de jaren 1975-1980 kan aan de volgende tabel worden afgelezen:

*Kortingsysteem vrachtwagenbanden 1975-1980*
*(in percentages van de lijstprijs)*

| | 1975 | 1976 | 1977 | 1978 | 1979 | 1980 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Factuurkorting | 15 | 15 | 15 | 22,5 | 30 | 30 |
| Maandbonus | — | — | — | 3—10* | — | — |
| Viermaandbonus | — | — | — | — | 0—3 | 0—3 |
| Jaarbonus | 10—22* | 10—22* | 10—22* | 1—5 | 0—2 | 0—2 |
| Korting voor „contante betaling" | 2 (*) | 2 (*) | 2 (*) | 2 (*) | 2 (*) | 2 (*) |
| Totaal (max.) | 35,4 | 35,4 | 35,4 | 35,675 | 36,2 | 36,2 |

(*) Percentage van het factuurbedrag.

Gedurende dezelfde periode bedroeg de door de andere bandenproducenten automatisch verleende factuurkorting 40 tot 60 %, soms op het einde van het jaar aangevuld met een jaarbonus van enkele percenten; die jaarbonus — van de andere producenten — was gewoonlijk bij voorbaat bekend en werd niet gebruikt als een „geïndividualiseerde verkoopdoelstelling".

Dit systeem van op individuele en selectieve basis toegekende kortingen had duidelijk ten doel de handelaren nauw aan NBIM te binden, in dier voege dat een steeds grotere druk op hen werd uitgeoefend opdat zij de omzet over het voorafgaande jaar zouden overtreffen, casu quo die omzet in een minder gunstig handelsjaar zouden handhaven. Die druk werd nog verhoogd door het regelmatige bezoek van NBIM's vertegenwoordigers. De structuur van het kortingsysteem is erop berekend de organisatorische binding tussen NBIM en de onafhankelijke handel te versterken. De voorschotbonus, het resterende deel van de jaarbonus, de automatische maandbonus en de viermaandbonus werden door NBIM regelmatig als pressiemiddel gebruikt, ook al is het systeem, wat de voorschotbonus betreft, in 1979 geleidelijk vereenvoudigd.

Het kortingsysteem is niet slechts onverenigbaar met een onvervalste mededinging als bedoeld in artikel 3, sub f, van het Verdrag, doch heeft ook discriminaties als bedoeld in artikel 86, sub c, tot gevolg, omdat de kortingen geenszins corresponderen met objectief gepresteerde en constateerbare diensten; de toegepaste criteria zijn subjectief en berusten in hoofdzaak op de aan NBIM bewezen trouw. Er worden dus bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden gesteld. In ieder geval beschikt NBIM door deze politiek over een mogelijkheid tot discriminatie.

Van hoeveelheidskortingen is geen sprake, omdat de kortingen welke voor vergelijkbare aangekochte hoeveelheden aan de klanten worden gegeven, nooit gelijk of vergelijkbaar zijn en NBIM's individuele waardering voor de prestaties van de individuele handelaar — en NBIM's prognoses — tot uitdrukking brengen. Het moge waar zijn dat het verschil tussen de kortingen die in de jaren 1975-1978 aan kleine en grote handelaren werden toegekend, niet meer dan 2,55 % heeft bedragen, van een marginaal of te verwaarlozen verschil mag nochtans niet worden gesproken. Waar dit kortingsysteem de handelaren in hoge mate remt om in de loop van het jaar gebruik te maken van bijzondere aanbiedingen van concurrenten, moet het als een variant op getrouwheidskortingen worden beschouwd, ook al ontbreekt de koppeling aan een exclusieve aankoopplicht.

De anticoncurrentiële en discriminatoire gevolgen van het kortingsysteem worden nog versterkt door het feit dat de doelen niet schriftelijk worden medegedeeld en bevestigd. Doelen en kortingen werden tot 1980 slechts mondeling, aan het begin van het jaar, door een vertegenwoordiger medegedeeld en niet schriftelijk bevestigd. De daaruit resulterende onzekerheid versterkte de afhankelijkheid der handelaren. Als het om een marktbeheersende onderneming en om bijzonder ingewikkelde condities gaat, is het wegens de misverstanden en moeilijkheden welke daardoor bij de handelaar kunnen rijzen, als misbruik te beschouwen wanneer een en ander uitsluitend mondeling wordt medegedeeld.

Met deze commerciële politiek beoogt NBIM de handelaren zo nauw mogelijk aan zich te binden. Het kortingsysteem is van dien aard dat het slechts door een ondernemer met een machtspositie kan worden toegepast; Michelins concurrenten gebruiken niet een vergelijkbaar systeem.

Het bewerkstelligen van een binding van afnemers aan een leverancier die een machtspositie inneemt, vormt misbruik in de zin van artikel 86. Het gewraakte gedrag heeft tot gevolg dat de mededinging wordt vervalst doordat het de handelaren ervan afhoudt, zich bij concurrerende fabrikanten te bevoorraden, en hun aldus de toegang tot de markt bemoeilijkt.

*(2) De extrabonus van 1977*

Behalve de hiervoor omschreven normale bonussen, kende NBIM van tijd tot tijd extrabonussen toe. Zo heeft NBIM, toen zij in 1977 niet aan de vraag naar zware banden kan voldoen, van dè situatie geprofiteerd door voor lichte banden en zware banden een extrabonus van 0,5 % toe te kennen, die gekoppeld was aan het behalen van een ten aanzien van lichte banden gesteld doel, waarbij het om het stimuleren van de verkoop van lichte banden ging.

Het koppelen van deze extrabonus voor lichte en zware banden aan een bepaalde prestatie voor lichte banden, vormt eveneens een misbruik omdat lichte en zware banden tot geheel verschillende markten behoren. Bedoelde praktijk strekte ertoe — en had tot gevolg — dat de handelaren werden aangezet het voor lichte banden nagestreefde resultaat te behalen, op straffe van financieel nadeel ook over de verkoop van zware banden.

d) Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

Het kortingsysteem kan de handel tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, omdat het de aankoopvrijheid der handelaren inperkt. De andere bandenfabrikanten, die goeddeels binnen de gemeenschappelijke markt zijn gevestigd, zien hun mogelijkheden om op de Nederlandse markt door te dringen kleiner worden. Voor zover de gewraakte handelwijze erop gericht is NBIM haar marktaandeel te doen behouden en dat van de andere fabrikanten op de Nederlandse markt te beperken, kan zij de handel tussen de Lid-Staten aan banden leggen.

Door het verlenen van een extra-jaarbonus voor zware en lichte banden te koppelen aan het bereiken van een bepaald doel voor lichte banden, heeft NBIM haar concurrenten in hun verkoopmogelijkheden voor lichte banden benadeeld, aangezien aldus een tijdlang de afzet van voor de Nederlandse markt bestemde, in hoofdzaak uit andere landen van de Gemeenschap afkomstige lichte banden werd bemoeilijkt.

e) Toepasselijkheid van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17

Er zijn termen aanwezig aan NBIM een geldboete op te leggen, omdat zij tenminste door onachtzaamheid artikel 86 heeft geschonden. Zij moet hebben geweten dat zij in staat was de toegang van nieuwe zware banden van andere merken tot de Nederlandse markt te bemoeilijken en dat haar kortingsysteem de toegang metterdaad bemoeilijkte. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie sedert 1973 blijkt duidelijk, dat een kortingsysteem waarmee een onderneming met een machtspositie via geldelijke voordelen tracht aankoop bij concurrenten te verhinderen, in strijd is met artikel 86. NBIM kon weten dat haar systeem, dat beschouwd kan worden als een variante van een getrouwheidskorting, dezelfde mededingingsbeperkende uitwerking heeft als een getrouwheidskorting. Ook de discriminerende uitwerking van haar kortingpolitiek moet NBIM bekend zijn geweest. Gezien de positie welke de

Michelin-groep op de Europese markt inneemt, had van NBIM mogen worden verwacht dat zij de ontwikkelingen van het Europese recht met aandacht zou volgen en er haar beleid op zou afstemmen.

Wat de duur der inbreuken betreft: voor de toepassing van het kortingstelsel is het tijdvak van 1975 tot en met 1980 in aanmerking genomen, voor de extra-bonus, die voor de aankoop van banden voor personenwagens werd toegekend, het jaar 1977.

De inbreuken zijn als ernstig te beschouwen: het commercieel beleid van NBIM heeft de mededinging op de Nederlandse markt geruime tijd merkbaar vervalst doordat de handelaren geen vrij aankoopbeleid konden voeren, terwijl er voorts werd gediscrimineerd en NBIM's machtspositie werd versterkt. Ten voordele van NBIM dient rekening te worden gehouden met de wijziging en versoepeling van het beleid in de jaren 1978 en 1979. Ook het toekennen van een extra-bonus in 1977 is als een ernstige inbreuk te beschouwen.

NBIM's totale omzet over 1980, ten belope van HFL 455 000 000, in aanmerking genomen en gezien de ernst van de gewraakte feiten en de vasthoudendheid waarmede het kortingsysteem is toegepast, dient aan NBIM wegens de beide vastgestelde inbreuken een geldboete van Ecu 680 000 te worden opgelegd.

## II — Procesverloop en conclusies

1. Bij op 28 december 1981 ter griffie van het Hof ingediend verzoekschrift heeft NBIM krachtens artikel 173, tweede alinea, van het EEG-Verdrag beroep ingesteld, met conclusie dat het den Hove behage:

— verweersters beschikking van 7 oktober 1981 nietig te verklaren;

— subsidiair: artikel 2 van de beschikking nietig te verklaren, althans de aan verzoekster opgelegde geldboete te verlagen;

— verweerster in de kosten te verwijzen.

2. Bij verzoekschrift van 5 april 1980 heeft de regering van de Franse Republiek verzocht zich aan de zijde van de verzoekster in het geding te mogen voegen. Bij beschikking van 5 mei 1982 is zij als gevoegde partij toegelaten.

Haar opmerkingen beperkend tot de vraag of de handel tussen Lid-Staten nadelig werd beïnvloed en de vraag of de gewraakte handelingen als misbruik zijn aan te merken, heeft de regering van de Franse Republiek geconcludeerd dat het den Hove behage:

— de beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981, wegens onbevoegdheid en schending van het Verdrag nietig te verklaren;

— verweerster te verwijzen in de kosten, die van de gevoegde partij daaronder begrepen.

3. De Commissie heeft geconcludeerd dat het den Hove behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen;

— de regering van de Franse Republiek te verwijzen in de op baar interventie gevallen kosten.

4. De schriftelijke behandeling heeft een normaal verloop gehad.

5. Op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, heeft het Hof partijen uitgenodigd hun standpunten betreffende bepaalde punten van feitelijk en juridisch belang toe te lichten en te preciseren op een daartoe met de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal belegde informele bijeenkomst. Die informele bijeenkomst heeft op 20 januari 1983 plaatsgehad.

Na die bijeenkomst heeft het Hof, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

## III — Door partijen tijdens de schriftelijke behandeling voorgedragen middelen en argumenten

### *1. De relevante markt*

a) De produktenmarkt

*NBIM* betoogt dat het door de Commissie gehanteerde marktbegrip, dat wil zeggen de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens, autobussen e.d., kunstmatig en willekeurig is. Zij brengt er een amalgama van onderling onvervangbare maten en typen banden onder, maar niet de gecoverde banden, ofschoon deze nieuwe banden van dezelfde maat en van hetzelfde type kunnen vervangen. De voor het betrokken produkt aangehouden marktdefinitie is dus enerzijds te ruim, anderzijds te beperkt.

Wat de substitutiemogelijkheid betreft: door banden voor vrachtwagens van 3,5 ton met banden voor vrachtwagens van 35 ton gelijk te stellen handelt men al even dwaas als wanneer men uit een heel assortiment schoenen willekeurig bepaalde maten zou lichten — en als een afzonderlijke markt aanmerken. Wat de rijkwaliteiten betreft: alle soorten loopvlakken, zoals die van automobielen die op de weg dan wel op bouwterreinen of in steengroeven worden gebruikt, voldoen aan specifieke behoeften waarin door andere typen banden niet kan worden voorzien.

Bij de vaststelling of een onderneming op de markt voor een bepaald produkt een machtspositie inneemt, moet alleen worden gekeken naar de keuzemogelijkheden van de gebruiker van het produkt en niet naar die van de tussenhandel. Wat een handelaar van de substitutiemogelijkheden vindt, doet niet ter zake. Beziet men evenals de Commissie de zaak vanuit het gezichtspunt van de handel, dan is het afsplitsen van de bandenmarkt voor vrachtauto's, autobussen e.d. van de bandenmarkt in het algemeen in het geheel niet gerechtvaardigd. Op dat niveau zijn alle produkten per definitie — binnen een zekere marge — onderling vervangbaar. Op het niveau van de handel vormen zware banden slechts een van de bestanddelen van het assortiment.

De bandenindustrie kent trouwens, ter onderscheiding van banden voor vrachtauto's, autobussen e.d. van andere soorten banden, geen vaste praktijk en geen objectief criterium.

In de redenering welke de Commissie in haar beschikking volgt, komt zij wezenlijk met zichzelf in strijd door zich nu eens op het niveau van de verbruiker, dan weer op dat van de handelaar te plaatsen.

Het is willekeurig en onlogisch, gecoverde banden, die zeer wel aan dezelfde behoeften kunnen voldoen, niet onder het marktbegrip te doen vallen. Uit een groot aantal door verzoekster overgelegde brieven, afkomstig van gebruikers van gecoverde banden, blijkt wel dat de kwaliteit van gecoverde banden alleszins vergelijkbaar is met die van nieuwe banden en dat er aan hun gebruik geen en-

kele beperking is gesteld, ook bijvoorbeeld niet in verband met het feit dat zij aan de vooras moeten worden aangebracht of dat het om voertuigen voor personenvervoer gaat. De kwaliteit van gecoverde banden is gelijk aan die van nieuwe. De vooroordelen welke bij bepaalde gebruikers en handelaren nog tegen gecoverde banden bestaan, zijn onvoldoende om ze als een afzonderlijke markt te beschouwen. Daartoe zou men zich op objectieve kenmerken en niet op een persoonlijke zienswijze moeten baseren. Het gebruik van gecoverde banden neemt trouwens toe en de vooroordelen worden niet door alle gebruikers gedeeld.

Elke gecoverde band neemt de plaats van een nieuwe band in en wordt ook, als een nieuwe band, door tussenkomst van de handelaren verkocht. Tussen „produkt' en „dienst" kan niet worden onderscheiden. Tussen banden die tegen inlevering van een karkas worden gecoverd en banden die „karkas-inbegrepen" worden gecoverd, bestaat geen enkel verschil. In de statistieken der beroepsorganisaties wordt hier niet onderscheiden. De grenzen aan de produktie van gecoverde banden gesteld, leveren geen grond op ze van de relevante markt uit te sluiten, te minder omdat het daarbij niet om enge grenzen gaat, nu iedere nieuwe band twee of drie maal kan worden gecovered.

De *Commissie* stelt allereerst, het ongerijmd te achten dat de betrokken onderneming de relevante markt te ruim acht, aangezien door zulk een middel het bestaan van een machtspositie niet wordt weersproken.

Verzoekster zou in casu verschillende markten, overeenkomende met micro-categorieën van banden, willen onderscheiden. Zij zou aldus uitsluitend de elasticiteit van de vraag in aanmerking nemen en helemaal voorbijzien aan de elasticiteit van het aanbod, waarbij het met name gaat om de bijzondere produktkenmerken en om de technische complementariteit van de verschillende produkten op het niveau der produktie. Ter afbakening van de betrokken markt dient met verschillende criteria te rade te worden gegaan. Behalve de elasticiteit van de vraag en van het aanbod, verdient de zienswijze van de ondernemers de aandacht. De aan het marktbegrip van de Com- missie toegedichte onsamenhangendheid vormt slechts de neerslag van een uit de aard der zaak complexe benadering, zonder welke economisch en juridisch verantwoorde conclusies onmogelijk zouden zijn geweest.

De mate waarin de produkten elkander kunnen vervangen, maakt het mogelijk voor banden de marktgrenzen te bepalen binnen welke er, naar gelang van de structuur van de vraag „submarkten" dienen te worden onderscheiden. Hun marktstructuur wordt in casu gekenmerkt door het feit dat de kopers van zware banden, anders dan die van banden voor personenauto's, in de regel professionele kopers zijn. Vrachtwagen- en autobusbanden worden gekocht door ondernemingen die ze geregeld in grote omvang afnemen, dat wil zeggen door professionele kopers die van wanten weten. Dat men bij vrachtwagen- en autobusbanden met zulke kopers te doen heeft, heeft voor de rol van de handelaar bepaalde gevolgen. Van een handelaar in zware banden worden technische adviezen gevraagd en een gespecialiseerde klantendienst verwacht, waarbij het niet alleen om de band als zodanig, maar ook om het wiel gaat.

Daarentegen kan er, in het kader van een in technisch opzicht homogeen produkt, niet naar maat, grootte of omvang tussen verschillende markten worden onderscheiden. Dat zulke in gelijke installaties vervaardigde produkten van verschillende maat, omvang en grootte tot dezelfde markt behoren, vindt zijn verklaring in de elasticiteit van het aanbod.

Wat de uitsluiting van gecoverde banden van de relevante markt betreft, wijst de Commissie erop dat 80 à 95 % van zulke banden worden gecoverd in opdracht — en eigendom blijvend — van de vervoerondernemingen. Het gaat in zoverre dus om een dienstenmarkt. Voorts beschouwen de gebruikers gecoverde banden als minder veilig en worden er in de praktijk alleen aan de achteras gecoverde banden aangebracht. Onafhankelijk van de „objectieve" feiten, zijn gecoverde banden niet als een echt alternatief voor de handelaren te beschouwen. Bedoelde opvatting van de gebruikers komt ook tot uitdrukking in het feit dat gecoverde banden goedkoper zijn. Ook al wordt de gebruikerskilometrage in aanmerking gekomen, dan nog heeft de prijs van gecoverde banden de neiging, lager te zijn dan die van nieuwe banden. Het heeft in een prijseconomie geen zin „objectieve" kenmerken in aanmerking te nemen, omdat de werkelijke gang van zaken er door de markt, i.e. door vraag en aanbod, wordt bepaald.

Omdat gecoverde banden uit nieuwe banden worden vervaardigd, geeft het marktaandeel inclusief gecoverde banden, geen realistisch beeld van de marktpositie. Zouden de banden drie maal worden gecoverd, dan zou zelfs het marktaandeel van een monopolist, die voor 100 % nieuwe banden vervaardigt, volgens verzoekster slechts 25 % bedragen. „Secundaire" mededinging moet buiten beschouwing blijven, als het er om gaat de positie te schatten van een fabriek van „primaire" produkten waaruit het „secundaire" produkt wordt verkregen. Ook al zouden alle gecoverde banden vrij worden verhandeld en als een mededingingsfactor zijn te beschouwen, dan nog zou NBIM dankzij haar machtspositie op de markt voor nieuwe banden een sleutelpositie innemen.

*NBIM* doet zeggen voor repliek dat het criterium van de wederkerige vervangbaarheid of „substitueerbaarheid" het sleutelbegrip oplevert ter bepaling van de relevante markt en dat het aan de elasticiteit van het aanbod ontleende argument faalt. Bedoeld argument, tot staving waarvan de Commissie trouwens geen enkel bewijs heeft bijgebracht, is in de beschikking niet te vinden. Ongeacht de bandenmaat, blijft de produktietechniek wezenlijk dezelfde, zodat het gehanteerde begrip niet de mogelijkheid biedt om banden voor vrachtwagens en autobussen tot een afzonderlijke markt te maken, die van de bandenmarkt in het algemeen zou kunnen worden onderscheiden.

NBIM heeft er, wat betreft de rol welke de handelaar heeft te spelen, op gewezen dat ook de gebruikers van bestelwagenbanden goeddeels professionele gebruikers zijn, terwijl gebruikers van personenwagenbanden, waarbij met name te denken valt aan handelsreizigers en taxichauffeurs, zeer wel hun keuze weten te bepalen en net zo veeleisend zijn als „zware" afnemers.

De *Commissie* antwoordt hierop dat de structuur van de vraag evenzeer de — door verzoekster niet weersproken — uitsluiting van als eerste uitrusting te beschouwen banden rechtvaardigt als het onderscheid tussen zware banden en lichte banden op de vervangingsmarkt. Handelsreizigers en taxichauffeurs vermogen de algemene tendenzen op de markt voor lichte banden niet om te buigen, terwijl bestelwagenbanden weliswaar in de regel door ondernemingen worden gebruikt, maar die onderneming-

gen geen vervoerondernemingen en dus geen professionele kopers van banden behoeven te zijn.

b) De geografische markt

*NBIM* komt ertegen op dat de betrokken geografische markt tot Nederland werd beperkt.

De Commissie gaat uit van een aantal gegevens die het kader van NBIM volkomen te buiten gaan en Michelin in zijn geheel betreffen, zoals de technische voorsprong, de aanzienlijke financiële middelen en het actief research- en innovatiebeleid. Met deze het hele concern betreffende gegevens kan alleen worden gewerkt wanneer de Commissie een veel ruimer marktbegrip hanteert, ja zelfs van een wereldmarkt uitgaat.

De fabrikanten waarmee Michelin in Nederland concurreert, zijn op wereldschaal werkende ondernemingen. Door alleen de Nederlandse markt te onderzoeken en dan nog overwegingen te doen gelden welke die markt niet specifiek betreffen, wordt van de Nederlandse mededingingsverhoudingen een onjuiste voorstelling gegeven.

De *Commissie* betoogt dat deze kritiek minder de marktafbakening dan de bepaling der marktbeheersing betreft. Is de geografische markt eenmaal afgebakend, dan is het volkomen normaal dat men, ter bepaling van de positie van een op die markt werkzame onderneming, de voordelen in aanmerking neemt welke zij ontleent aan het feit dat zij tot een groter concern behoort.

De economische realiteit is dat de bandenfabrikanten in de regel hebben verkozen zich bij verkopen op de verschillende nationale markten van de Gemeenschap te bedienen van op de nationale markt werkzame dochterondernemingen. Wat de bevoorrading van de handelaren betreft, wordt de mededinging in Nederland dan ook gevoerd door de lokale dochtermaatschappijen van de fabrikanten, terwijl de handelaren zich in de praktijk niet tot buitenslands gevestigde voorzieningsbronnen kunnen wenden. De zone waarbinnen de objectieve mededingingsvoorwaarden voor alle ondernemers dezelfde zijn, is dus het Nederlandse grondgebied.

*2. De machtspositie*

*NBIM* betoogt dat de Commissie de machtsverhoudingen heeft scheefgetrokken door van een kunstmatige, willekeurige marktafbakening, dat wil zeggen van een algemene markt voor zware banden uit te gaan. Voorts dienen ook gecoverde banden tot deze markt te worden gerekend. NBIM's aandeel in de bandenmarkt voor vrachtwagens, autobussen e.d. ligt gemiddeld bij 37 %, zodat er van een machtspositie niet kan worden gesproken.

De verdere gegevens welke de Commissie ten deze aanvoert, zijn irrelevant. NBIM is niet de enige onderneming die met commerciële vertegenwoordigers werkt; het bestand van haar belangrijkste concurrenten is relatief groter dan dat van NBIM, waar het aantal commerciële vertegenwoordigers sedert 1970 stabiel is gebleven. Het meer of minder uitgebreide assortiment dat een fabrikant te bieden heeft, is niet als mededingingsvoordeel te beschouwen, aangezien de verschillende typen banden elkander niet kunnen vervangen en NBIM haar handelaren niet verplicht haar hele produktenassortiment af te nemen.

Een aantal door de Commissie buiten beschouwing gelaten aanwijzingen zijn met een machtspositie niet te rijmen. Zo is de netto marge voor de handelaren bij de verkoop van Michelin-banden, te vergelijken met de marge bij de verkoop van concurrerende banden, terwijl de kilometerkostprijs van Michelinbanden voor de gebruiker het voordeligst is. NBIM's financiële resultaten zijn zo zeer verslechterd, dat NBIM sedert 1979 met verlies werkt. Tegelijkertijd hebben nieuwe Japanse concurrenten zich extra inspanningen getroost om de Nederlandse en Europese markt binnen te dringen en hun importcijfers mogen er wezen. NBIM en Michelin als concern beschikken niet over een produktiecapaciteit welke NBIM in staat stelt zelfstandig aan de hele vraag naar zware banden te voldoen en NBIM's concurrenten zijn te allen tijde in staat de door NBIM aan haar afnemers geleverde hoeveelheden door supplementaire produktie te vervangen. NBIM's concurrenten zijn multinationale concerns met meer financiële draagkracht en een grotere produktiespreiding dan Michelin.

Het is in de redenering van de Commissie zeer onlogisch dat zij tot het bestaan van een machtspositie jegens de handelaren concludeert op grond van een onderzoek naar de markt op het niveau van de gebruikers en niet op grond van een onderzoek van de krachtsverhouding tussen concurrenten op het niveau van de wederverkopers. Op het niveau van de totale omzet der handelaren is het gemiddeld aandeel van de verkopen van nieuwe zware Michelinbanden slechts 12 à 18 %, zodat er van een machtspositie geen sprake is.

Voorts dient in aanmerking te worden genomen dat de gebruikers van zware banden gewiekste professionele kopers zijn, hetgeen ertoe leidt dat er aan de marktaandelen veel minder gewicht toekomt: zulke kopers zijn in staat de fabrikanten tegenwicht te bieden. Zulke gebruikers aanvaarden te gereder het optreden van commerciële vertegenwoordigers, dat in het kader van een goed ondernemingsbeleid dient te worden gezien.

Waar er in de aangevochten beschikking, als middel om de gestelde machtspositie te bewijzen, van misbruik wordt gesproken, zij opgemerkt dat het door de Commissie gewraakte beleid ten aanzien van zware banden volkomen hetzelfde is als NBIM's beleid ten aanzien van banden voor personen- en bestelwagens, maar daar heeft de Commissie geen machtspositie vastgesteld. Wie het bestaan van een machtspositie uit een beweerdelijk misbruik opleverend gedrag wil afleiden, terwijl dat gedrag geen misbruik oplevert zolang de machtspositie niet wordt bewezen, zet de zaak op zijn kop en volgt een cirkelredenering.

De *Commissie* wijst erop dat NBIM haar aandeel van 57 à 65 % op de markt voor nieuwe zware banden niet weerspreekt. Ook al mocht men er gecoverde banden onder willen brengen, dan nog zou men zich in zoverre hebben te beperken tot gecoverde banden die werkelijk op de markt komen, zodat op bestelling gecoverde banden erbuiten blijven. Het marktaandeel van NBIM is dan nauwelijks lager dan in de beschikking werd gesteld. NBIM betwist ook niet dat zij met haar marktaandeel haar concurrenten ver in de schaduw stelt.

Hoe belangrijk NBIM's commerciële vertegenwoordigers wel zijn, blijkt vooral uit hun optreden op commercieel en

technisch niveau, zoals het in de beschikking werd beschreven. Dat zij zich tot de gebruikers kunnen wenden zonder rekening te houden met de handelaren, die hebben te aanvaarden dat de leverancier zich op hun domein begeeft, bewijst dat NBIM een machtspositie inneemt. NBIM's uitgebreid produktenassortiment doet iedere handelaar aangewezen zijn op NBIM, die over dwangmiddelen beschikt en het aankoopbeleid der handelaren kan beïnvloeden.

De aanwijzingen welke NBIM wil ontlenen aan de prijzen, de financiële resultaten, het binnendringen van nieuwe concurrenten, de produktiecapaciteit, draagkracht en omvang van de voornaamste mededingers, doen aan het bestaan van een anderszins bewezen machtspositie niet af. Noch het feit dat NBIM geen buitensporige prijzen berekent, noch een tijdelijk teruggelopen of afwezig rendement betekent dat er van een machtspositie niet mag worden gesproken. De marktpenetratie door nieuwe concurrenten ging hoofdzakelijk op kosten van concurrenten van NBIM, die haar eigen marktaandeel wist te handhaven.

Als de Commissie bij de afbakening van de markt de keten van de wederkopers op wier niveau het misbruik opleverend gedrag plaatsvindt, in aanmerking had genomen, dan nog zou het bestaan van een machtspositie niet afzonderlijk voor leveranciers, concurrenten, kopers, handelaren en gebruikers moeten worden aangetoond. De machtspositie doet zich jegens al deze ondernemers gelden. Het aandeel waarvoor de handelaren zich bij NBIM bevoorraden, moet trouwens vrijwel even hoog zijn als het aandeel waar de NBIM-produkten goed voor zijn als het om de verkopen aan gebruikers gaat. Dat de handelaren ook met andere produkten aan de markt komen, doet weinig ter zake, omdat zij zich voor de betrokken produkten steeds naar de onderneming met de machtspositie hebben te richten.

Het tegenwicht dat gelegen zou kunnen zijn in het feit dat de gebruikers van zware banden gewiekste professionele kopers zijn, wil niet zeggen dat er niet langer van een machtspositie zou kunnen of mogen worden gesproken; er kan hoogstens een zekere corrigerende werking van uitgaan.

*3. Het omstreden gedrag*

a) Het kortingsysteem

Volgens *NBIM* heeft de Commissie de wezenlijke trekken van haar kortingsysteem miskend. De korting bestaat uit een vaste, voor iedere handelaar geldende component, en een variabele component, die ieder jaar naar rato van de aankopen van Michelinprodukten wordt bepaald volgens een jaarlijks herziene progressieve schaal, die NBIM bij het begin van het in 1977 gehouden onderzoek aan de Commissie had medegedeeld. Die variabele component schommelde van jaar tot jaar met hooguit 5 %. Een fractie ervan, nooit meer dan enkele promilles, was gekoppeld aan de verwezenlijking van in gemeen overleg overeengekomen verkoopdoelen, die vervolgens in NBIM's produktie- en verkoopprogramma werden opgenomen.

NBIM wijst in dit verband met name op de geringe omvang van de schommelingen die de kortingen vertonen. Het onderlinge verschil van de kortingen, toegestaan aan 54 door de controleurs van

de Commissie voor dit onderzoek geselecteerde afnemers, bedroeg 2 à 2,5 %, terwijl bij diezelfde handelaren de omvang van de aankopen van zware Michelinbanden van 13 000 tot 200 stuks per jaar kon variëren. Afgezien van enkele uitzonderingsgevallen, hebben alle handelaren die meer dan 3 000 banden per jaar aankochten, in de jaren 1975-1979 hetzelfde maximum kortingpercentage ontvangen.

De NBIM-korting was uitsluitend kwantitatief. NBIM gebruikte een schaal die tot 1978 de totale aankoop van alle soorten banden en nadien verschillende bandensoorten betrof. Van een mechanische toepassing is echter geen sprake geweest, omdat de handelaren in geval van gedaalde omzetten een lagere korting niet zonder meer accepteerden.

Het verkoopdoel heeft bij de korting nooit de doorslag gegeven. Het ging in zoverre om een in objectieve zin door de handelaar aan de fabrikant bewezen dienst; de gegevens welke de fabrikant in het kader van de vaststelling van zijn doelen ontvangt, stellen hem in staat zijn produktie beter te programmeren en kostenbesparend te werk te gaan.

Geen enkele afnemer zag ooit, om welke reden dan ook, een streep door zijn jaarkorting gehaald. Iedere verkoper weet uit ervaring dat hij in zodanig geval hoogstens enkele promilles verliest.

De Commissie heeft de korting ten onrechte gelijkgesteld met een getrouwheidskorting, zoals in het arrest van het Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche t. Commissie, Jurispr. 1979, blz. 461) aan de orde was. Van exclusieve verbintenissen is geen sprake. Ook afnemers die in verschillende merken handelen, ontvangen dezelfde korting. Van de „doelkorting" gaat op het inkoopbeleid van de handelaren geen enkele ontradene werking uit. De verschillen tussen de kortingen welke de verschillende handelaren ontvangen, zijn van kwantitatieve aard, i.e. zij berusten op de totale omzet van de afnemer. Een aanmoedigingskorting voor de handelaar is, aan artikel 86 getoetst, een rechtmatig middel. Het houdt een beloning in van een prestatie die in de verwezenlijking van gezamenlijk overeengekomen verkoopdoelen is gelegen, terwijl de aankopen van banden van andere merken buiten beschouwing worden gelaten. Door een fabrikant te verbieden zijn handelaren tot grotere aankopen te stimuleren, zou men hem in werkelijkheid veroordelen, een stap terug te doen.

De korting is ook niet discriminerend: de verschillen tussen de kortingpercentages resulteren uit de toepassing van een schaal die is afgestemd op hetgeen de handelaar het jaar tevoren in totaal bij NBIM heeft ingekocht. In geen geval is dat percentage afgestemd op de verhouding tussen hetgeen de handelaar aan Michelinprodukten en aan concurrerende merken heeft ingekocht.

Het verwijt dat de hoogte van de bonus gekoppeld is aan het aantal banden dat de handelaar aankoopt („température Michelin") is ongerechtvaardigd en wordt door geen enkel bewijs gestaafd. De „température Michelin" heeft nooit een rol gespeeld bij de vaststelling van de korting.

In elk geval kunnen dermate geringe afwijkingen niet uit enig anticoncurrentieel oogmerk voortkomen, zodat de communautaire instanties er geen acht op behoeven te slaan in het kader van de toepassing van artikel 86.

De grief van de Commissie, dat mededelingen omtrent de doelstellingen en kor-

tingen zouden ontbreken, is ongegrond omdat deze factoren aan het begin van het jaar tussen de handelaren en de handelsvertegenwoordiger van NBIM werden overeengekomen. De door de Commissie genoemde gevallen die het tegendeel moeten aantonen, hebben betrekking op handelaren waarvan de verkopen plotseling waren gedaald en die hadden beweerd de kortingcondities niet goed te hebben begrepen, hoewel die voordien nooit problemen hadden opgeleverd. De kortingen moésten wel aan de handelaar worden medegedeeld, omdat ze anders geen zin zouden hebben gehad. Elke handelaar die daarom vroeg heeft steeds een officiële schriftelijke bevestiging ontvangen.

Kortom, NBIM is van mening dat de uitlegging die de Commissie in de onderhavige zaak aan artikel 86 EEG-Verdrag wil geven, indruist tegen het arrest van het Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461). In die zaak heeft het Hof overwogen dat de getrouwheidskortingen afweken van de voorschriften betreffende een normale concurrentie tussen produkten of diensten, omdat zij strekten tot beloning van een verplichting van de koper om zich niet bij de concurrenten te bevoorraden. In casu gaat het echter niet om de beloning van een exclusieve verbintenis, maar van de aankoop van stijgende hoeveelheden goederen bij de betrokken leverancier.

De Commissie verwijt NBIM, dat de litigieuze kortingen een aansporing vormen om meer te kopen. Zou men de onderneming met een machtspositie verbieden, zich te bekommeren om de afzet van haar produkt en de handelaren aan te moedigen dit de verkopen, dan is de onderneming gedoemd haar positie te verliezen en wordt het bestaan van een machtspositie gesanctioneerd. Een dergelijke sanctie zou in casu te meer onrechtvaardig zijn, omdat de betrokken onderneming haar machtspositie te danken heeft aan de kwaliteit van haar produkten. Daar NBIM voortdurend bloot staat aan een felle en actieve concurrentie in de wereld, kunnen de belemmeringen gesteld aan haar vermogen om te reageren en zich aan de concurrentie aan te passen, haar bestaan op het spel zetten.

De *Commissie* merkt in de eerste plaats op dat de nadruk die NBIM in haar verzoekschrift legt op de schaal der jaarbonussen niet strookt met de door NBIM in de administratieve procedure afgelegde verklaringen, volgens welke de schaal en de desbetreffende instructies slechts een leidraad voor intern gebruik waren die op soepele wijze werd gehanteerd om rekening te houden met de individuele positie van de handelaren. Dat de kortingenschaal soepel werd gehanteerd en niet zo belangrijk, ja zelfs volstrekt ondoeltreffend was, wordt bevestigd door de anomalieën die aan de dag treden wanneer men de door NBIM verstrekte cijfers over de verkoop van verschillende categorieën banden en de desbetreffende kortingen zorgvuldig onderzoekt.

Uit de klantenkaarten blijkt duidelijk dat de korting gekoppeld was aan een te verwezenlijken doel bij de afname van zware banden en dat dit doel bestond in een precies aantal over het lopende jaar te kopen banden. Hoewel de variaties in de korting voor de verschillende handelaren en de bestraffing van een handelaar die niet het hoogste doel, maar een lager doel bereikte, beperkt waren, is de

invloed ervan toch niet te verwaarlozen. Bovendien was de handelaar, zo hij het laagste of, vanaf 1978, het enige doel niet bereikte, er niet zeker van dat hij niet de gehele jaarbonus zou verliezen, omdat Michelin zich het recht had voorbehouden om deze draconische sanctie op te leggen. In minstens één geval heeft Michelin een handelaar gedreigd, hem het reeds betaalde voorschot op de jaarbonus te ontnemen, als hij zijn doel voor het betrokken jaar niet zou bereiken.

De stelling dat de korting van NBIM louter kwantitatief was, wordt weersproken door de klantenkaarten. Zo heeft een handelaar met een veel lagere totaalafzet dan een ander, toch een hogere maximum korting gekregen dan die andere handelaar voor het realiseren van een veel lager maximum doel dan voor hem was vastgesteld. Dit individuele karakter van het kortingsysteem wordt bevestigd door de beweringen van NBIM dat het zo moeilijk was de kortingen bij een dalende omzet te verlagen.

Al bleef de sanctie bij niet voldoen aan het doel in de meeste gevallen waarschijnlijk beperkt, de handelaar was helemaal aan Michelin overgeleverd ingeval hij het laagste doel niet bereikte. Het doel en de korting zijn dus belangrijke pressiemiddelen.

De door de fabrikant in het kader van de vaststelling der „doelen" ontvangen informatie kan niet worden beschouwd als een objectief verleende dienst. Indien het slechts om informatie ging, zou een eenvoudige enquête bij de handelaren inzake hun aankoopprognoses voor het komende jaar volstaan. NBIM tracht via zijn systeem echter kunstmatig de handelaar ertoe aan te zetten, zich aan zijn eigen schattingen te houden en zij neemt actief deel aan het maken van de schattingen van de handelaar voor de vaststelling van de doelen.

Waar NBIM tracht te bewijzen dat haar systeem neerkomt op een stelsel van kwantumkortingen, verzwijgt zij dat haar kortingen niet zijn gegrond op een voor alle partners geldende schaal, dat zij gekoppeld zijn aan geïndividualiseerde doelen en dat zij worden toegepast zonder dat de handelaren daarop enig inzicht hebben. Zelfs indien uit de klantenkaarten niet blijkt dat de voorgestelde jaarbonus rechtstreeks verband houdt met het percentage aan Michelinbanden in de totale aangekochte hoeveelheid van een handelaar, welk percentage de vertegenwoordigers van NBIM moeten uitdrukken aan de hand van wat voordien als „température Michelin" werd aangeduid, kan NBIM moeilijk betwisten dat dit element een van de belangrijkste overwegingen was voor geïndividualiseerde vaststelling van zowel korting als doel.

Het discriminerend karakter van de korting ligt besloten in de geïndividualiseerde en weinig doorzichtige wijze waarop NBIM de verkoopdoelen en kortingen vaststelde. Hoewel NBIM de jaarlijkse nabetalingschaal aanvoert als objectief element voor de vaststelling van kortingen, heeft zij nooit aangeboden te bewijzen dat de feiten in de praktijk overeenkwamen met die schaal, ondanks alle door de Commissie aangeduide anomalieën. Bedrijven in een vergelijkbare situatie zijn verschillend behandeld. Anderzijds zijn bedrijven die in een volstrekt verschillende positie verkeren op gelijke wijze behandeld. De geconstateerde verschillen tussen de kortingen zijn aanzienlijk en bedragen 2 à 5 % van

de jaarbonus. In absolute cijfers gaat het om duizenden of zelfs tienduizenden guldens, dus om bedragen die voor de betrokken firma's wel wat betekenen.

Vóór een op de hoorzitting van 1980 in de onderhavige zaak afgelegde verklaring bestond het beleid van NBIM erin, geen officiële bevestigingen te geven van de overeengekomen kortingen; zo een bevestiging kon slechts bij wijze van uitzondering na lang aandringen worden verkregen.

Doordat er geen schriftelijke bevestiging van de doelen en kortingen werd gegeven, bleef de handelaar — niet juridisch, maar wel over de feiten — in het ongewisse, omdat hij grote problemen had bij de berekening van zijn korting. Dit vergrootte dan weer de vrijheid van handelen van NBIM.

NBIM heeft geen enkel bewijs geleverd dat haar „doelkorting" een soort kwantumkorting is. Maar zelfs indien dat zo was, kan zulk een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd systeem misbruik opleveren, omdat de verwezenlijking van een jaardoel door de handelaar geen kostenvermindering mogelijk maakt die NBIM mag belonen. Kostenverlagingen kunnen niet worden bereikt door een eindejaarskorting.

Samenvattend beklemtoont de Commissie dat het Hof in de zaak Hoffmann-La Roche getrouwheidskortingen had veroordeeld omdat die niet berusten op een economische prestatie die een dergelijk voordeel rechtvaardigt. Kortingen zijn slechts toegestaan wanneer zij een kostenbesparing aan de koper doorgeven. Kortingen die geen verband houden met kostenbesparingen en ten doel hebben de interesse van de koper in het produkt van een andere leverancier te beperken, mogen door een onderneming met een machtspositie niet worden gehanteerd. Afgezien van de prijzen bij uitverkoop kan zij haar prijzen alleen verlagen voor alle kopers tezamen: de marktbeheersende onderneming mag niet discrimineren.

Dit verbod kan zelfs slaan op bepaalde soorten kwantumkortingen, die geen verband houden met kostenbesparingen. De Commissie verwijst te dezen naar een beslissing van het Bundeskartellamt van 22 oktober 1979 (Wirtschaft und Wettbewerb, 2/1980, blz. 145) bevestigd door het Kammergericht op 26 november 1980 (Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1981, blz. 15). In casu hebben de kortingen echter bovendien een geïndividualiseerd en geheim karakter.

Het ligt niet in de bedoeling, een onderneming met een machtspositie tot achteruitgang te veroordelen. Maar een onderneming die haar machtspositie heeft verworven dankzij haar technologische voorsprong en de kwaliteit van haar produkten mag, wanneer deze factoren hun uitwerking verliezen, die positie niet handhaven indien zij daarbij geen betere economische prestaties levert, maar voordelen uitspeelt die zij dankzij haar marktbeheersing heeft verworven, zodat haar machtspositie zichzelf in stand houdt.

De *Franse regering* stelt dat de Commissie de toepassing van een kortingsysteem als het onderhavige *op zichzelf* als een inbreuk bestempelt, zonder aan te tonen dat een dergelijke praktijk negatieve gevolgen kon hebben voor de concurrentie.

De vervangingsmarkt van zware banden is een open markt waarop concurrentie heerst. NBIM laat haar handelaren volledige handelsvrijheid. Er schuilt niets laakbaars in het feit dat een ondeneming vaste banden met haar handelaren smeedt. De handelaren kiezen voor Michelinbanden om een aantal redenen, verband houdende met de kwaliteiten, het prestige en de prijs van het produkt.

Michelin heeft niet getracht haar machtspositie te versterken, maar heeft zich uitsluitend ontwikkeld door middel van een interne groei en door een handelsbeleid dat overeenstemt met het recht, de professionele gebruikers aanspreekt en volledig in haar strategie past.

b) De extrabonus van 1977

Volgens *NBIM* berust de grief van de Commissie tegen de in 1977 verleende extrabonus op een onjuiste analyse van de feiten. Aangezien de korting geen vorm van gebonden prestatie vormde in de zin van artikel 86, sub d, heeft de beweerde onrechtmatigheid van deze korting uitsluitend betrekking op het feit dat zij door de Commissie wordt aangemerkt als „extrabonus voor de aankoop van zware banden", terwijl zij verband hield met de verwezenlijking van een bepaalde prestatie wat lichte banden betreft. Een dergelijke kwalificatie wordt echter door niets gewettigd.

De beslissing om deze korting te verlenen werd genomen naar aanleiding van een tijdelijke schaarste aan zware banden die voortvloeide uit maatregelen tot modernisering van het produktieprogramma van NBIM. Om de negatieve gevolgen van deze schaarste voor de beloning van de handelaren te compenseren heeft NBIM — eerst in september — de toekenning van een extra eindejaarsbonus van 0,5 % aangekondigd voor alle handelaren die hun doel betreffende de aankoop van lichte banden dat in het begin van 1977 was afgesproken en op hetzelfde niveau lag als in het voorafgaande jaar, hadden bereikt. Het betreft hier een extrabonus voor de aankoop van lichte banden die als een verhoging van de gebruikelijke korting voor de aankoop van lichte banden vóór 1977 moet worden gezien en in niets verschilt van de gebruikelijke korting voor de aankoop van lichte banden die de Commissie nooit had gelaakt.

De Commissie begaat derhalve twee vergissingen bij haar analyse: zij stelt dat het verkoopdoel voor lichte banden een „speciaal" doel was, en betoogt dat de bonus van 0,5 % werd berekend over de aankopen van lichte en zware banden, terwijl zij in feite werd berekend over de globale aankoopcijfers voor alle courante categorieën banden.

In haar redenering verwart de Commissie de bonus en het begrip „gebonden prestatie" in de zin van artikel 86, sub d, EEG-Verdrag. De Commissie had moeten afstappen van haar stelling dat deze bonus misbruik in de zin van artikel 86, sub d, oplevert, omdat de verkoop van produkt A niet ondergeschikt werd gemaakt aan de aankoop door dezelfde klant van produkt B.

Door NBIM te verwijten dat zij van de schaarste aan zware banden profiteerde door de handelaren te verplichten zich bijzonder in te zetten voor de verkoop van lichte banden, onderstelt de Commissie een gerichte gedraging van NBIM. Een maatregel die er alleen toe dient om

de door de gevolgen van de schaarste getroffen handelaren een extra beloning te verstrekken, valt niet als misbruik aan te merken. De extrabonus heeft geen anticoncurrentiële strekking of gevolg.

De *Commissie* betwist op grond van de inhoud van de klantenkaarten allereerst, dat deze extra bonus eerst in september de handelaar in het vooruitzicht is gesteld. Maar zelfs indien zij uiterlijk in september 1977 is voorgesteld aan de handelaren, kon de bonus in elk geval de aankopen beïnvloeden gedurende het laatste kwartaal, dat in de bandensector commercieel de meest belangrijke periode van het jaar is. Deze bonus houdt verband met een speciaal doel, en in elk geval een uitdrukkelijk bepaald doel wat lichte banden betreft. Dit doel was gelijk aan het maximale jaardoel of ging daar zelfs bovenuit, en nog wel in een jaar waarin de vraag naar lichte banden daalde. NBIM heeft deze bonus ingesteld omdat zij een schaarste aan zware banden op de Nederlandse markt door een stijging van haar exporten naar de Verenigde Staten voorzag. Bijgevolg betrof het hier een extrakorting voor zware banden ter compensatie van de gedaalde verkoop.

Het systeem van deze extrabonus hield in, dat degene die er niet in slaagde het overeengekomen verkoopdoel voor lichte banden te verwezenlijken, geen beloning verdiende voor de verliezen als gevolg van de schaarste aan zware banden. De door de extrabonus in het vooruitzicht gestelde winsten dienden rechtstreeks tot stimulering van de activiteit van de handelaren op een geheel andere markt waar de vraag flauw was. Toen de omzet in zware banden daalde als gevolg van een schaarste die aan NBIM zelf te wijten was, eiste NBIM van de handelaren een bijkomende inspanning op de markt voor lichte banden indien zij een compensatie voor de gevolgen van deze schaarste wilden ontvangen. De handelaren waren verplicht een dergelijke gedraging van de marktbeheersende onderneming te accepteren indien zij hun concurrentiepositie op de markt wilden behouden. Ook al zou deze handelstechniek niet worden gedekt door de letter van artikel 86, sub d, het gaat om een gedrag dat de mededinging op de markt voor lichte banden vervalst en tegen de geest van genoemde bepaling indruist. Een dergelijk gedrag valt in elk geval onder het algemeen misbruikverbod van artikel 86. Er is geen sprake van een normaal concurrentiemiddel wanneer men de beperkte mate van concurrentie op de markt van zware gecoverde banden handhaaft en tegelijkertijd zijn positie op de andere markt, die van lichte banden, tracht te versterken.

*4. De gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten*

*NBIM* betoogt dat het gewraakte gedrag uitsluitend in Nederland is gesitueerd en derhalve onder de nationale rechtsorde valt. NBIM is alleen op het grondgebied van Nederland werkzaam en de gewraakte feiten hebben zich uitsluitend op dat grondgebied voorgedaan. Alle handelaren zijn in Nederland gevestigd.

De Commissie heeft niet bewezen dat het gewraakte gedrag de markt van Nederland heeft afgeschermd. Zij heeft zelf het bestaan van parallelle importen

geconstateerd. Zij erkent ook dat op de bandenmarkt concurrentie heerst. Geen enkel getuigenis of feit is aangevoerd ten bewijze dat ook maar één handelaar, althans éénmaal, als gevolg van het kortingsysteem van NBIM, eerder daar een bestelling heeft geplaatst dan bij een andere fabrikant. Voor de bewering van de Commissie dat de concurrenten door de betrokken praktijken worden getroffen, is geen schijn van bewijs geleverd.

Door de onderhavige zaak aan te vangen heeft de Commissie zich gemengd in een geschil tussen NBIM en enkele handelaren in Nederland, dat zuiver lokaal van aard is en een communautaire dimensie volledig ontbeert.

De *Commissie* acht de vaststelling dat het litigieuze gedrag tot het grondgebied van Nederland is beperkt niet voldoende om een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten uit te sluiten. Door het kortingsysteem van NBIM ondervinden haar concurrenten moeilijkheden om binnen te dringen op de Nederlandse markt voor vrachtwagen- en autobusbanden. De concurrentiestructuur die grotendeels wordt bepaald door de relaties tussen producenten, handelaren en verbruikers, wordt gewijzigd door het litigieuze gedrag, omdat er tussen NBIM en de handelaren permanente en geprivilegieerde banden bestaan.

De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten volgt in casu uit een strikt logische deductie, op grond van het kortingsysteem zoals door NBIM gehanteerd. Een handelsbeperking wordt geacht de handel tussen Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden wanneer zij — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid — doet verwachten dat zij de handelsstromen tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan beïnvloeden. De vraag of één der concurrenten van NBIM zich over de ongunstige beïnvloeding van de handel heeft beklaagd, doet niet ter zake. De Commissie behoeft niet noodzakelijkerwijze feitelijke bewijzen te leveren dat de handel tussen Lid-Staten daadwerkelijk ongunstig wordt beïnvloed, zodra zij overtuigd is van de waarschijnlijkheid van een daadwerkelijke of zelfs potentiële ongunstige beïnvloeding. Indien de analyse van het kortingsysteem door de Commissie juist is, lijdt het geen twijfel dat het de toegang tot het net van onafhankelijke wederverkopers voor de concurrenten van NBIM bemoeilijkte, en dat hun importen in Nederland zich daardoor niet konden ontwikkelen of slechts in mindere mate ontwikkelden.

De *Franse regering* meent dat de Commissie bij gebreke van een zelfs maar potentiële ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten, artikel 86 niet kan en mag toepassen op het betrokken gedrag.

Met het oog op artikel 86 moet op grond van alle objectieve factoren, feitelijk en rechtens, worden vastgesteld of dit gedrag met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan doen verwachten dat het al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lid-Staten kan beïnvloeden. In geen geval mag de marktbeheersing van een onderneming doen veronderstellen dat de handel ongustig wordt beïnvloed. De analyse mag niet theoretisch blijven, maar moet worden neergelegd in een nauwkeurige omschrijving van de huidige, voorzienbare of redelijkerwijze te verwachten gevolgen van de beweerde beperkingen, waarbij elke subjectieve beoordeling wordt vermeden. De beweringen van de Commissie zijn echter ab-

stract en subjectief, ze worden nauwelijks door feiten gestaafd en laten verschillende overwegingen buiten beschouwing.

Het gaat om een open markt waarop 25 à 28 % van de zware banden met de Michelinbanden concurreren, uit andere Lid-Staten komen en waarop bovendien parallelle importen van Michelinbanden plaatsvinden. NBIM heeft niet getracht, de nationale Nederlandse markt af te schermen en heeft de parallelle importen niet belemmerd. Men mag NBIM of het Michelinconcern niet verwijten dat zij te juister tijd een intelligent industriebeleid hebben gekozen door een fabriek in Nederland te bouwen, op grond dat de handel ongunstig zou worden beïnvloed doordat de concurrenten van NBIM geen vergelijkbare strategie hebben gevolgd. Geconstateerd moet worden dat de Japanse producenten hun kansen om op de markt binnen te dringen hadden aangegrepen, terwijl andere concurrenten dit niet hadden gedaan. De concurrenten van Michelin zijn niet zo agressief op de markt omdat hun produkten in feite van mindere kwaliteit zijn. De handelaren kiezen voor Michelinbanden om de kwaliteit en de goede naam van het produkt alsmede wegens de gunstige bevoorradingscondities door de kortingen.

De *Commissie* antwoordt dat dit standpunt van de Franse regering de inhoud van de beschikking en het daarin aangevoerde gedetailleerde bewijs negeert. In werkelijkheid zagen de Europese en Amerikaanse concurrenten, die geen gelijke kansen bij de onafhankelijke handelaars hadden door het kortingsysteem van NBIM, hun positie ondergraven door de Japanse concurrenten die een andere handelspolitiek volgden welke door exclusieve wederverkopers werd gekenmerkt. NBIM kon zich daarentegen teweer stellen omdat de onafhankelijke handelaren in feite aan haar waren overgeleverd. NBIM heeft haar Europese concurrenten op de Nederlandse markt dus verzwakt en de toegang voor de Japanse fabrikanten vergemakkelijkt.

*5. Schending van de rechten van de verdediging*

*NBIM* betoogt dat de administratieve procedure van de Commissie onregelmatig is omdat daarbij haar rechten van de verdediging zijn geschonden.

Ondanks twee verzoeken van NBIM heeft de Commissie haar behalve de klacht van Frieschebrug BV geen enkel stuk van haar dossier toegezonden. Dit geldt met name voor de diverse bevindingen van de Commissie bij verschillende handelaren, alsmede bij gebruikers en concurrenten van NBIM. Het resultaat van die enquête had aan de betrokken onderneming moeten worden meegedeeld. Doordat dit achterwege bleef kon NBIM niet afdoende haar standpunt kenbaar maken over de juistheid en de strekking van de inlichtingen waarop de Commissie zich had gebaseerd.

Voorts is de Commissie in haar beschikking stilzwijgend voorbijgegaan aan de resultaten van de hoorzitting en de verklaringen van de getuigen en deskundigen op die zitting.

De *Commissie* beklemtoont dat zij alleen een onderzoek heeft ingesteld bij een bepaald aantal handelaren, maar niet bij handelaren, gebruikers en concurrenten van NBIM, zoals laatstgenoemde beweert. NBIM was van het onderzoek bij handelaren en zelfs van de inhoud van

de vragen door haar commerciële net op de hoogte gesteld. Dit onderzoek bevestigde wat de Commissie op grond van de bij Michelin verkregen inlichtingen reeds wist, met name dat de concurrenten van Michelin andere kortingsystemen hanteerden dan NBIM. NBIM heeft de Commissie in de eerste plaats om mededeling van de resultaten van dit onderzoek gevraagd voor zover zij betrekking hadden op de kortingsystemen van haar concurrenten. De Commissie meende echter dat het krachtens artikel 20 van verordening nr. 17 niet gerechtvaardigd was, de resultaten van dit onderzoek aan NBIM door te geven nu zij deze resultaten noch voor een schatting van de marktaandelen van NBIM en haar concurrenten noch voor een vaststelling van misbruik heeft aangewend. De resultaten van het onderzoek waren dus niet essentieel voor de verdediging van NBIM, en de Commissie mocht voorrang geven aan de geheimhoudingsplicht.

Verzoekster heeft de Commissie nooit om mededeling van andere inlichtingen gevraagd.

De Commissie heeft overigens een groot aantal punten van haar beschikking gewijd aan de weerlegging van het betoog van de betrokken onderneming. Zij heeft in de administratieve procedure rekening gehouden met alle door NBIM bijgebrachte bewijzen en getuigenverklaringen.

*NBIM* meent dat indien de Commissie geen onderzoeken heeft ingesteld bij belanghebbende personen, haar bevindingen geen enkele garantie bieden dat zij objectief zijn. NBIM betwist voorts dat de resultaten van het onderzoek slechts de van klager en van NBIM verkregen inlichtingen bevestigden en dat dit onderzoek niet als grondslag van haar beschikking heeft gediend. De Commissie mag niet zelf uitmaken wat noodzakelijk is voor de verdediging van de betrokken onderneming.

De *Commissie* antwoordt dat zij hetzij toestemming kan verkrijgen om de door artikel 20 beschermde gegevens openbaar te maken en er in de punten van bezwaar en de beschikking gebruik van te maken, hetzij kan afzien van het gebruik van die gegevens. In casu heeft zij voor de tweede mogelijkheid gekozen. Zelfs indien NBIM kan bewijzen dat de praktijken van de concurrenten identiek zijn, zou haar dat niet van nut zijn, omdat artikel 86 berust op het beginsel dat hetgeen voor een onderneming zonder machtspositie rechtmatig is, nog niet rechtmatig behoeft te zijn voor een onderneming met een machtspositie.

*6. De boete*

*NBIM* is van mening dat haar geen onachtzaamheid of opzet kan worden verweten, aangezien het misbruik waarvan de Commissie haar beschuldigt een nieuwe uitlegging van artikel 86 inhoudt, die NBIM niet had kunnen voorzien. Die uitlegging wijkt met name af van 's Hofs beslissing ter zake van getrouwheidskortingen in het arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461), omdat alle kenmerken van die getrouwheidskortingen in casu ontbreken. Zij stelt dus niet dat zij de wet niet kent, maar dat zij onmogelijk een ommekeer in de beschikkingspraktijk kan voorzien. Zelfs de Commissie heeft trouwens bijna drie jaar gewacht alvorens de punten van bezwaar te formuleren tegen het kortingsysteem, waarover zij in 1977 door NBIM was geïnformeerd.

Aangezien NBIM in 1977 een gedetailleerde beschrijving van haar kortingsysteem had gegeven, en de Commissie destijds geen bezwaar had gemaakt, is het bovendien onbillijk de duur van de inbreuk op 5 jaar, namelijk van 1975 tot 1980, te stellen, nu de Commissie zelf deze periode had kunnen verkorten en betaling van de extrabonus van 0,5 % die eerst eind 1977 had plaatsgevonden, had kunnen verhinderen.

De criteria voor de vaststelling van het bedrag van de boete, zoals vermeld in de laatste alinea van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 maken geen gewag van de omzet en beperken zich tot de zwaarte en de duur van de inbreuk. De Commissie had daarmee dus geen rekening mogen houden. De meest elementaire billijkheid eist bovendien, dat alleen de omzet op de door de beschikking getroffen markt, en niet de totale omzet van de onderneming in aanmerking wordt genomen.

Voorts heeft de Commissie helemaal geen rekening gehouden met de voorbeeldige medewerking van NBIM zolang de administratieve procedure liep. De geldboete moet derhalve in elk geval aanzienlijk worden verlaagd.

Het opleggen van een geldboete schendt tenslotte de rechten van de verdediging voorzover de Commissie tijdens de administratieve procedure niet heeft vermeld, op welke criteria zij een eventuele boete zou gronden.

De *Commissie* beklemtoont in de eerste plaats dat, nu de betrokken onderneming het omstreden gedrag met de gevolgen daarvan voor de markt had gewild of zich ervan bewust had moeten zijn, zij opzettelijk of uit onachtzaamheid heeft gehandeld, zonder zich erop te kunnen beroepen dat zij de wet niet kende. Niet op grond van de technische bijzonderheden van het omstreden kortingsystem — die verschillen van die welke in het arrest in de zaak Hoffmann-La Roche in geding waren —, maar wegens de bij NBIM bekende anticoncurrentiële doelstellingen en gevolgen zag de Commissie in dit systeem een misbruik.

De duur van de procedure wordt verklaard door het feit dat de Commissie zich eerst had geconcentreerd op de bij haar ingediende klacht dat NBIM het verkoopnet van de vennootschap Actor NV zou zijn gaan controleren, alvorens intensief het kortingsysteem te onderzoeken. Doordat dit systeem zo ingewikkeld was moest de Commissie tot verschillende verificaties overgaan om er een volledig beeld van te krijgen. Bij die verificaties gaf NBIM er zich rekenschap van dat haar systeem wel eens kon worden beschouwd als een „variante op getrouwheidskortingen". Zij mag de Commissie dan ook niet verantwoordelijk stellen voor het feit dat zij haar systeem in 1981 nog niet had gewijzigd.

De omzet wordt uitdrukkelijk genoëmd in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en deze bepaling heeft het oog op de totale omzet van de onderneming en niet de omzet die op een bijzondere markt wordt behaald. Dat de omzet in de bestreden beschikking wordt genoemd, vindt evenwel verklaring in het feit dat in een eerdere ontwerp-beschikking de voorziene geldboete hoger lag dan Ecu 1 000 000. De verlaging van het bedrag had overeenkomstig artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 tot schrapping van deze verwijzing moeten leiden, hetgeen werd vergeten.

De exacte overwegingen die tot vaststelling van het bedrag van de boete hebben

geleid, hangen af van het verloop van de administratieve procedure, en de Commissie kan haar oordeel op dit punt dus niet geven alvorens de onderneming te hebben gehoord.

Wat de medewerking van NBIM tijdens de administratieve procedure betreft: de eerbiediging van de administratieve procedure rechtvaardigt geen verlaging van een boete; daarentegen stelt een onderneming die de procedure hindert zich bloot aan geldboeten als voorzien in artikel 15, lid 1, van verordening nr. 17.

De geldboete is, gelet op de in verordening nr. 17 vastgestelde schaal, in casu op een uiterst laag niveau bepaald.

## IV — Op de informele bijeenkomst gemaakte nadere opmerkingen

Tijdens de informele bijeenkomst van 20 januari 1983 met de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal hebben partijen hun vroegere verklaringen als volgt gepreciseerd:

### *1. De relevante produktenmarkt*

De *Commissie* heeft uiteengezet dat voor de *omschrijving van de markt* volgens haar geen onderscheid behoeft te worden gemaakt naar gelang van de handelsfase. Wat betreft de bandentypen die tot de relevante produktenmarkt behoren, is zij van mening dat men zich voornamelijk moet baseren op het feit dat de structuur van de vraag op de vervangingsmarkt van zware banden anders is dan die van lichte banden en dat de vraagcurve en de prijselasticiteit eveneens verschillen. Daarentegen dient het criterium van de aanbodelasticiteit alleen om vast te stellen dat er geen onderscheid naar markten behoeft te worden gemaakt voor elke maat en soort banden in kwestie.

Volgens *NBIM* is een substitutie van de apparatuur bij de produktie van de verschillende soorten en groepen banden slechts mogelijk binnen zeer enge grenzen, zelfs binnen de categorie banden voor vrachtauto's, en de installaties die voor de produktie van de verschillende typen banden nodig zijn, zijn niet onderling vervangbaar. Immers de verschillende typen zware banden wijken niet alleen van elkaar af door de maten en de buitenkant, maar ook door het fabricageprocédé. Wat de structuur van de vraag betreft, meent NBIM dat het aantal professionele kopers van lichte banden ook hoog is in de sector personenwagenbanden, omdat niet alleen taxibedrijven, maar ook alle bedrijven die om beroepsredenen personenwagens gebruiken, professionele kopers zijn.

Ten aanzien van de *gecoverde banden* heeft *NBIM* als voorbeeld genoemd dat indien het niveau van de referentieprijs voor nieuwe Michelinbanden 1 000 is, zij in feite met 25 % korting tegen de prijs van 750 worden verkocht, hetgeen gelet op een restwaarde van het karkas van 150 neerkomt op een prijs van 600 voor de „eerste omloop" van een nieuwe Michelinband. Deze prijs is nagenoeg gelijk aan de aankoopprijs van een gecoverde band, waarbij de waarde van een gecoverde band op 450 kan worden becijferd, of van een nieuwe band van geringere kwaliteit. Men mag dus niet spreken van een groot verschil tussen de prijzen voor nieuwe banden en voor gecoverde banden. Het rendement van een gecoverde kwaliteitsband, met name de gebruiksduur in kilometers, is praktisch hetzelfde als van een nieuwe band; wat de veiligheid en de betrouwbaarheid betreft is de waarde van een gecoverde band daarentegen lager. Zelfs ingeval de loopvlakver-

nieuwing op bestelling geschiedt, wordt de bestelling volgens NBIM in 80 à 85 % van de gevallen in naam van de handelaar en niet in naam van de gebruiker gedaan.

De *Commissie* heeft de door NBIM overgelegde cijfers die zij niet kon verifiëren, bestreden en zij heeft betoogd dat de geringere reputatie van gecoverde banden in elk geval rechtvaardigt, de markt voor die banden afzonderlijk te bezien. Bovendien geven de gebruikers de voorkeur aan een loopvlakvernieuwing van hun eigen, als zodanig aangegeven, karkassen, ondanks de grote inspanningen van Michelin om de „neutrale" covering te stimuleren. Het aandeel neutrale gecoverde banden bedraagt volgens de Tecmar-rapporten, betreffende de markt van gecoverde banden in Nederland, thans slechts tussen 5 en 20 %.

Deze cijfers zijn evenwel door NBIM bestreden.

*2. Het kortingsysteem*

De werking en de ontwikkeling van het kortingsysteem is door *NBIM* toegelicht aan de hand van de volgende tabel:

| | 1975—1977 % | | 1978 % | | 1979/1980 % |
|---|---|---|---|---|---|
| factuurkorting | | 15 | | 22,5 | 30 |
| korting van 2 % wegens contante betaling voor de vervaldag | | 1,7 | | 1,55 | 1,4 |
| variabele component | (10—22) | | (4—15) | | (0—5) |
| maandelijkse voorschotbonus (i.h.a. 4 % lager dan de variabele component) | (b.v. 18) | 15,3 | (b.v. 10) | 7,75 | — |
| viermaandelijkse voorschotbonus | | — | | — | (0—3) |
| | | 32 | | 31,8 | 31,4 |
| | | | | | (viermaand.) + 3,0 |
| | | | | | 34,4 |
| maximale korting | | 35 | | 35,675 | 36,4 |

De factuurkorting werd zonder enige voorwaarde aan elke handelaar verleend. Over de aldus verminderde prijs ontving elke handelaar bovendien 2 % korting wegens contante betaling voor de vervaldag.

De tussen 1975 en 1978 uitgekeerde voorschotbonus werd automatisch per creditnota in de maand na de aankoop betaald. Het niveau ervan was voor het gehele lopende jaar hetzelfde. Het werd vastgesteld aan de hand van een progressieve nabetalingsschaal (vgl. bijlage 19 bij het verzoekschrift), uitgedrukt in de omzet van de handelaar in banden voor personenwagens, bestelwagens en vrachtauto's over het voorafgaande jaar: het met de verkoop over het voorafgaande jaar overeenkomende totale percentage aan nabetalingen, verminderd met 4 tot 6 punten dan wel soms — naar gelang van het geval — met een hoger aantal punten, werd door de handelaar als maandelijkse voorschotbonus in het volgende jaar ontvangen. NBIM stelt dat, zelfs indien de handelaar aan het eind van het lopende jaar niet de met de maandelijkse voorschotbonus of zijn afzetdoelen overeenkomende omzet behaalde, aan het eind van het jaar in de praktijk geen

terugbetaling van het verschil werd gevraagd.

Het verschil tussen het maandelijks voorschot en het nabetalingspercentage als gevolg van de nabetalingsschaal werd toegekend naar gelang van de verwezenlijking van afzetdoelen die waren vastgesteld door, of veeleer overeengekomen met, de vertegenwoordiger van NBIM aan het begin van het jaar. Hiertoe werden drie doelen — een maximaal en een minimaal doel en een daartussenin — vastgesteld voor enerzijds banden voor personenwagens en anderzijds banden voor vrachtwagens en bestelwagens. Het uiteindelijk aan het eind van het jaar toegekende kortingpercentage hing derhalve af van het aantal verkochte banden in elk van die categorieën.

In 1978 werd het gedeelte van de maandelijkse voorschotbonus door NBIM om administratieve redenen verlaagd, en de factuurkorting evenveel verhoogd. In 1979 is de maandelijkse voorschotbonus volledig afgeschaft en werd de factuurkorting dienovereenkomstig verhoogd.

In 1979 voerde NBIM een viermaandelijkse voorschotbonus over het totale nabetalingspercentage in. Dit voorschot was gebonden aan de verwezenlijking van een doel, namelijk het jaarlijks afzetdoel, aan het begin van het jaar vastgesteld door of overeengekomen met de vertegenwoordiger van NBIM, gedeeld door drie.

De nabetalingsschaal werd in 1978 ingetrokken. Dit kwam door de behoefte rekening te houden met de specialisatie bij de handelaren, die tot gevolg had dat vanaf 1977 de garagehouders geen banden voor vrachtwagens en bestelwagens meer verkochten.

De *Commissie* heeft deze beschrijving van het kortingsysteem niet betwist. Zij heeft evenwel uiteengezet dat een handelaar het maandelijkse voorschot niet als definitief verworven kon beschouwen ingeval hij zijn minimum doel niet bereikte. Voor de vaststelling van dit voorschot, evenals voor de vaststelling van het doel heeft NBIM volledige vrijheid behouden. Het kortingsysteem is trouwens nooit gepubliceerd en bleef bij de handelaren onbekend. Zelfs de door de vertegenwoordiger van NBIM aan het begin van het jaar vastgestelde doelen werden niet schriftelijk bevestigd. Zo maakte dit systeem het Michelin mogelijk eenzijdig over het totaal van de toegekende korting te beslissen.

Over dit punt heeft NBIM opgemerkt dat het kortingsysteem voldoende duidelijk en bekend was in haar klantenkring omdat het reeds jaren werd gehanteerd en haar vertegenwoordigers mondeling toelichtingen gaven waarvan schriftelijke notities werden gemaakt.

*3. De extrabonus van 1977*

*NBIM* heeft verklaard dat men van mening was, dat handelaren wier verkopen van vrachtwagenbanden buiten hun schuld in 1977 laag bleven, niet mochten worden gestraft en dat een extrabonus van 0,5 % op basis van de verkoopcijfers in de drie categorieën, personenwagens, bestelwagens en vrachtwagens, als compensatie kon dienen. Dit bijkomend percentage werd toegekend indien de handelaar zijn aan het begin van het jaar vastgestelde verkoopdoel voor personenwagenbanden had bereikt en daarmee had aangetoond dat hij in een categorie waarin genoeg banden voorhanden waren, zijn doelen bereikte.

De *Commissie* beklemtoont dat de toekenning van dit extra percentage afhing van de verwezenlijking van bijzondere,

hogere doelen voor personenwagenbanden, hetgeen *NBIM* bestrijdt.

V — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 27 april 1983 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door NBIM, vertegenwoordigd door I. van Bael, J.-F. Bellis en D. Borde advocaten, de Franse Republiek, vertegenwoordigd door A. Carnelutti, en de Commissie, vertegenwoordigd door G. Marenco en P. J. Kuyper.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 21 juni 1983 conclusie genomen.

## In rechte

Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van het Hof op 28 december 1981, heeft NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin (hierna: NBIM), gevestigd te 's-Hertogenbosch, krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.491) — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Bandenindustrie-Michelin (PB L 353 van 1981, blz. 33), en subsidiair tot nietigverklaring van artikel 2 van deze beschikking, waarbij NBIM een boete is opgelegd, of althans tot verlaging van die boete.

NBIM is de Nederlandse dochtermaatschappij van de Michelingroep. Zij is belast met de produktie en de afzet van Michelinbanden in Nederland, waar zij een fabriek ter vervaardiging van nieuwe banden voor bestel- en vrachtwagens heeft.

In artikel 1 van de aangevochten beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat NBIM in de periode 1975-1980 inbreuk had gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag door op de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens, autobussen enz.:

a) met behulp van selectieve kortingen op individuele basis, die afhangen van niet duidelijk schriftelijk bevestigde afzet-„doelen" en kortingpercentages, de bandenhandelaren in Nederland aan zich te binden en te hunnen opzichte ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen.

en

b) in 1977 een extrajaarbonus te verlenen voor de aankopen van banden voor vrachtwagens, autobussen enz. en van banden voor personenwagens die afhing van het bereiken van een „doel" voor de aankopen van banden voor personenwagens.

In artikel 2 heeft de Commissie NBIM een boete van Ecu 680 000 ofwel HFL 1 833 184,80 opgelegd.

De voornaamste middelen die verzoekster, ondersteund door de regering van de Franse Republiek, tegen deze beschikking heeft aangevoerd, kunnen worden gerangschikt als volgt:

I. De administratieve procedure van de Commissie was onregelmatig doordat de Commissie:

1. de stukken uit het dossier, met name de resultaten van een bij gebruikers en concurrenten van NBIM ingesteld onderzoek, niet aan NBIM heeft toegezonden;

2. in haar beschikking stilzwijgend is voorbijgegaan aan de resultaten van de hoorzitting en de aldaar door deskundigen en getuigen afgelegde verklaringen; en

3. in de loop van de administratieve procedure niet heeft aangegeven, op grond van welke criteria zij de boete wilde vaststellen.

II. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat NBIM een machtspositie inneemt, doordat zij:

1. het wezenlijk deel van de relevante gemeenschappelijke markt op onjuiste wijze afbakent;

2. NBIM's concurrentiepositie onjuist beoordeelt wat betreft

a) enerzijds het marktaandeel van NBIM op de relevante produktenmarkt, en met name de afbakening van die markt;

b) anderzijds de overige aanwijzingen voor of tegen het bestaan van een machtspositie.

III. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat

1. het kortingsysteem van NBIM, en

2. de toekenning van een extrabonus in 1977

misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag opleverden.

IV. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat het gewraakte gedrag van NBIM de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden.

V. De Commissie had NBIM geen boete mogen opleggen, althans deze op een lager bedrag moeten stellen.

## I — De regelmatigheid van de administratieve procedure

### *1. Het geheimhouden van stukken uit het dossier*

5 Volgens verzoekster heeft de Commissie de rechten van de verdediging geschonden door haar in de loop van de administratieve procedure geen inzage te geven in de stukken uit het dossier. Verzoekster heeft dit verwijt evenwel alleen toegespitst op de resultaten van een onderzoek dat de Commissie bij een aantal handelaren heeft verricht naar de kortingpraktijken van de concurrenten van NBIM.

6 De Commissie brengt tegen dit middel in, dat zij de resultaten van dit onderzoek, waardoor enkel werd bevestigd wat zij op grond van de bij Michelin verkregen inlichtingen reeds wist, niet in haar beschikking heeft verwerkt. Ingevolge artikel 20 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) was zij verplicht de bij dit onderzoek ingewonnen inlichtingen niet openbaar te maken, omdat zij betrekking hadden op de kortingsystemen van de concurrenten van NBIM.

7 In dit verband zij eraan herinnerd, dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht is, dat door de Commissie in haar administratieve procedures die tot de oplegging van sancties krachtens de mededingingsregels van het Verdrag kunnen leiden, moet worden inachtgenomen. De eerbiediging van die rechten verlangt onder meer, dat de betrokken onderneming in staat is gesteld haar standpunt met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd, behoorlijk kenbaar te maken.

8 Aangezien de Commissie meende dat de inlichtingen die zij tijdens dit onderzoek had ingewonnen, onder haar geheimhoudingsplicht vielen, was zij inderdaad ingevolge artikel 20 van verordening nr. 17 gehouden, deze niet aan NBIM bekend te maken. Zij mocht die inlichtingen dan dus niet aan haar beschikking ten grondslag leggen, in zover de niet-openbaarmaking ervan NBIM in de mogelijkheid beknotte haar standpunt kenbaar te maken inzake de juistheid of de draagwijdte van deze inlichtingen of de door de Commissie eraan verbonden conclusies.

9 In de overwegingen van de aangevochten beschikking wordt echter nergens uitdrukkelijk naar bedoeld onderzoek verwezen. Evenmin blijkt dat de Commissie zich impliciet op dit onderdeel van haar dossier heeft gebaseerd. Voor zover zij in haar beschikking heeft gerept van de kortingpraktijken van de concurrenten van NBIM, gaat het om algemene constateringen die NBIM nimmer heeft bestreden en die overigens niet van belang zijn voor de beoordeling van het gedrag van NBIM. Het betrokken onderzoek is evenmin in aanmerking genomen in de procedure voor het Hof.

10 Het feit dat de Commissie niet naar bedoeld onderzoek heeft verwezen om de aangevochten beschikking te motiveren, volstaat echter niet om dit middel van NBIM te verwerpen. Hiervoor moet ook nog worden vastgesteld dat de beschikking in feite op andere rechtvaardigingsgronden berust, doch dit punt behoort tot de zaak ten gronde.

*2. Het feit dat is voorbijgegaan aan de resultaten van de hoorzitting en de getuigen- en deskundigenverklaringen*

11 Ten betoge dat de procedure onregelmatig was, heeft verzoekster voorts aangevoerd dat de Commissie in haar beschikking stilzwijgend is voorbijgegaan aan de resultaten van de in de loop van de administratieve procedure gehouden hoorzitting en de aldaar afgelegde getuigen- en deskundigenverklaringen.

12 De Commissie brengt hiertegen in dat een groot aantal overwegingen in haar beschikking gewijd zijn aan de weerlegging van het betoog van NBIM, en stelt dat zij met alle tijdens de administratieve procedure vergaarde bewijsstukken en getuigenverklaringen rekening heeft gehouden.

13 Met dit middel wordt in wezen gesteld dat de beschikking onvoldoende is gemotiveerd.

14 Ofschoon de Commissie krachtens artikel 190 EEG-Verdrag gehouden is de feitelijke elementen te vermelden waaruit de wettigheid van de beslissing blijkt, alsmede de overwegingen die haar tot het nemen ervan hebben geleid, verlangt deze bepaling niet dat de Commissie ingaat op alle punten van feitelijke of juridische aard die in de loop van de administratieve procedure aan de orde zijn gesteld.

15 In de motivering van de omstreden beschikking heeft de Commissie de feitelijke en juridische overwegingen uiteengezet waarvan zij is uitgegaan. Voorts heeft zij op verschillende plaatsen uitdrukkelijk verwezen naar op de hoorzitting afgelegde getuigenverklaringen en heeft zij geantwoord op argumenten die NBIM tijdens de procedure naar voren heeft gebracht.

16 Het middel dat de beschikking onvoldoende is gemotiveerd, moet derhalve worden verworpen.

*3. Het feit dat de Commissie in de loop van de administratieve procedure niet heeft aangegeven volgens welke criteria zij de boete wilde opleggen*

17 Verzoekster meent dat de Commissie de rechten van de verdediging heeft geschonden door in de loop van de administratieve procedure niet aan te geven volgens welke criteria zij een eventuele boete zou gaan opleggen.

18 De Commissie antwoordt hierop dat de exacte overwegingen die tot de vaststelling van het boetebedrag leiden, afhangen van het verloop van de administratieve procedure en dat zij haar oordeel daarover niet kan bepalen alvorens de onderneming te hebben gehoord.

19 Te dezen zij slechts herinnerd aan 's Hofs uitspraak in het arrest van 7 juni 1983 (gevoegde zaken 100-103/80, SA Musique Diffusion Française e.a./ Commissie, Jurispr. 1983, blz. 1825), dat het geven van aanwijzingen om-

trent de hoogte van de beoogde boetes zolang de onderneming niet in staat is gesteld opmerkingen te maken omtrent de tegen haar in aanmerking genomen bezwaren, erop zou neerkomen dat de Commissie vooruitloopt op haar beslissing, hetgeen onjuist zou zijn.

20 In haar mededeling van de punten van bezwaar van 5 maart 1980 heeft de Commissie uitdrukkelijk verklaard dat zij voornemens was NBIM een boete op te leggen en dat zij voor de hoogte daarvan de duur en de zwaarte van de inbreuk, die zij als ernstig beschouwde, in aanmerking zou nemen. Daarmee heeft de Commissie NBIM in staat gesteld, zich niet alleen tegen de vaststelling van de inbreuk, maar ook tegen de oplegging van een boete te verdedigen.

21 Derhalve kan dit middel evenmin slagen, en dient te worden vastgesteld dat niet is gebleken van onregelmatigheden in de administratieve procedure van de Commissie.

## II — De machtspositie van NBIM

22 Met een eerste groep tegen de inhoud van de litigieuze beschikking gerichte middelen, bestrijdt verzoekster dat zij een machtspositie inneemt op de Nederlandse vervangingsmarkt van nieuwe vrachtwagenbanden. Zakelijk houdt haar betoog in, dat de Commissie haar marktpositie onjuist heeft beoordeeld door enerzijds haar onderzoek tot de Nederlandse markt te beperken en de relevante produktenmarkt op onjuiste wijze af te bakenen, en anderzijds gebruik te maken van gegevens die voor de vaststelling van een machtspositie niet relevant zijn, en criteria die het bestaan van een machtspositie uitsluiten, te negeren.

### *1. Het wezenlijk deel van de relevante gemeenschappelijke markt*

23 Verzoekster bestrijdt te dezen de vaststelling van de Commissie, dat het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt waarop NBIM een machtspositie inneemt, het grondgebied van Nederland is. Volgens NBIM is deze geografische afbakening van de markt te eng. Zij valt niet te rijmen met het feit dat de Commissie zelf werkt met factoren die betrekking hebben op de Michelingroep in haar geheel, zoals haar technologische voorsprong of haar

sterke financiële positie, en die volgens NBIM voor een veel ruimere markt, ja zelfs een wereldmarkt gelden. Ook de voornaamste concurrenten van NBIM zijn op wereldschaal werkende ondernemingen.

24 Volgens de Commissie is deze kritiek niet zozeer gericht op de marktafbakening als wel op de criteria ter bepaling van de machtspositie. Aangezien de bandenfabrikanten voor de verkoop op de verschillende nationale markten in de regel nationale dochtermaatschappijen inschakelen, moet NBIM op het Nederlandse grondgebied concurreren.

25 Hierover moet worden opgemerkt dat de Commissie haar beschikking niet tot de Michelingroep in haar geheel heeft gericht, maar alleen tot haar Nederlandse dochtermaatschappij die zich op de Nederlandse markt concentreert. Niet is betwist dat de voornaamste concurrenten van NBIM hun werkzaamheden in Nederland eveneens verrichten via tot hun concern behorende Nederlandse dochtermaatschappijen.

26 Het verwijt van de Commissie heeft betrekking op het gedrag van NBIM ten opzichte van de bandenhandelaren, en meer in het bijzonder op haar kortingpolitiek. Hierbij zij bedacht dat de handelspolitiek van de verschillende dochtermaatschappijen van concerns die elkaar op de Europese of zelfs de wereldmarkt beconcurreren, in de regel is afgestemd op de specifieke omstandigheden van de betrokken markt. In de praktijk bevoorraden de in Nederland gevestigde bandenhandelaren zich alleen bij leveranciers die in Nederland opereren. De Commissie heeft derhalve terecht geoordeeld dat NBIM voornamelijk op de Nederlandse markt moet concurreren en dat op deze markt de objectieve mededingingsvoorwaarden voor alle ondernemers gelijk zijn.

27 Deze vaststelling staat los van de vraag, of onder deze omstandigheden bij de beoordeling van het bestaan van een machtspositie op de relevante produktenmarkt factoren mogen worden betrokken die verband houden met de positie van de Michelingroep en haar concurrenten als geheel, en die voor een veel ruimere markt gelden.

28 Mitsdien vormt het Nederlandse grondgebied in casu het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt en dient de positie van NBIM op de Nederlandse markt te worden beoordeeld.

*2. De beoordeling van de concurrentiepositie van NBIM*

29 Alvorens de middelen en argumenten met betrekking tot de beoordeling van NBIM's concurrentiepositie te onderzoeken, dient eraan te worden herinnerd dat, zoals het Hof reeds herhaaldelijk, laatstelijk in zijn arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) heeft vastgesteld, artikel 86 EEG-Verdrag een uitwerking is van de algemene doelstelling van de activiteit van de Gemeenschap, in artikel 3 f) EEG-Verdrag omschreven als de invoering van een regime wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst.

30 Bijgevolg verbiedt artikel 86, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een onderneming misbruik maakt van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan; daarbij is gedacht aan een economische machtspositie van een onderneming, die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

31 Vanuit dit oogpunt dienen de verschillende door partijen aangevoerde criteria en aanwijzingen voor het bestaan van een machtspositie te worden onderzocht. Deze criteria en aanwijzingen betreffen enerzijds het marktaandeel van NBIM op de relevante produktenmarkt, en anderzijds de overige factoren die bij de beoordeling van de positie waarin NBIM zich jegens haar concurrenten, afnemers en consumenten bevindt, dienen te worden betrokken.

a) Het aandeel van NBIM op de relevante produktenmarkt

32 Met haar eerste middel betwist verzoekster het marktaandeel waaruit de Commissie het bestaan van een machtspositie heeft afgeleid, en zij voert aan dat de Commissie is uitgegaan van een kunstmatige en willekeurige afbakening van de relevante produktenmarkt.

33 In de aangevochten beschikking heeft de Commissie gesteld dat NBIM in de periode 1975-1980, 57-65 % van de Nederlandse vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens, autobussen en soortgelijke voertuigen in handen had, terwijl de marktaandelen van de belangrijkste concurrenten slechts 4-8 % bedroegen.

34 NBIM betwist deze cijfers niet, doch voert aan dat de Commissie de mededingingsverhoudingen heeft miskend door in het bijzonder banden voor bestelwagens en personenauto's alsook vernieuwde banden buiten beschouwing te laten. Indien vernieuwde vrachtwagenbanden zouden worden meegeteld, bedraagt het marktaandeel van NBIM slechts circa 37 %, hetgeen niet volstaat om van een machtspositie te kunnen spreken.

*aa) De markt voor vernieuwde vrachtwagenbanden*

35 Volgens verzoekster is de afbakening van de relevante produktenmarkt waarvan de Commissie is uitgegaan, enerzijds te ruim, omdat vrachtwagenbanden van verschillende typen en maten in de ogen van de consument niet onderling vervangbaar zijn, anderzijds te beperkt omdat bestelwagen- en personenwagenbanden er niet onder vallen, ofschoon hun plaats op de markt vergelijkbaar is. Bovendien heeft de Commissie in haar beschikking een tegenstrijdige redenering gevolgd omdat zij zichzelf nu eens op het niveau van de verbruiker, dan weer op dat van de handelaar plaatst. Uitgaande van de totale omzet van de handelaren, bedraagt het gemiddelde aandeel van de verkopen van zware Michelinbanden niet meer dan 12-18 %, zodat een machtspositie is uitgesloten.

36 De Commissie verdedigt de in haar beschikking aangehouden afbakening van de relevante produktenmarkt met het betoog, dat bij een technisch homogeen produkt geen aparte markten kunnen worden onderscheiden naar gelang van de specifieke maat, grootte of type van de produkten. Hiervoor moet de elasticiteit van het aanbod tussen verschillende typen en maten banden in aanmerking worden genomen. Anderzijds kan met behulp van de criteria van de substitueerbaarheid van produkten en de elasticiteit van de vraag worden onderscheiden tussen de markt van vrachtwagenbanden en die van personenautobanden door de bijzondere structuur van de vraagzijde, die bij vrachtwagenbanden wordt gekenmerkt door het feit dat er vooral doorgewinterde professionele kopers optreden.

37 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft beklemtoond, laatstelijk in zijn arrest van 11 december 1980 (zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775) moeten bij

het onderzoek of een onderneming eventueel een machtspositie op een bepaalde markt bezit, de concurrentiemogelijkheden worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle produkten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen. Er moet echter op worden gewezen dat de bepaling van de relevante markt ertoe dient om te beoordelen of de betrokken onderneming in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Daarom mag men zich hierbij niet beperken tot een onderzoek van de objectieve kenmerken van de betrokken produkten, maar moeten eveneens de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking worden genomen.

38 Daardoor komt het trouwens dat noch de Commissie, noch NBIM bij de beoordeling van de marktaandelen rekening heeft gehouden met de nieuwe banden voor eerste uitrusting. In verband met de bijzondere structuur van de vraag die wordt gekenmerkt door rechtstreekse orders van automobielfabrikanten, vindt de mededinging op dit gebied immers plaats volgens andere regels en factoren.

39 Wat de vervangingsmarkt van banden betreft, moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat personenauto- en bestelwagenbanden enerzijds, en vrachtwagenbanden anderzijds op verbruikersniveau niet onderling vervangbaar zijn. De mededinging op de markt van vrachtwagenbanden ondergaat derhalve geen invloed van personenauto- en bestelwagenbanden.

40 Bovendien is voor elk van deze produktengroepen de structuur van de vraag verschillend. Vrachtwagenbanden worden voor het overgrote deel gekocht door professionele kopers, met name vervoerbedrijven, voor wie de aankoop van vervangingsbanden, zoals de Commissie heeft uiteengezet, een aanzienlijke uitgave betekent en die van hun leverancier steeds gespecialiseerde, op hun specifieke behoeften afgestemde adviezen en service verlangen. Voor de normale koper van personenwagen- of bestelwagenbanden is de aankoop van banden daarentegen een zeldzame aangelegenheid en in de regel verwacht hij, zelfs als hij een professionele koper is, niet zulke gespecialiseerde, op specifieke behoeften afgestemde adviezen en diensten. De verkoop van

vrachtwagenbanden verlangt derhalve een bijzonder gespecialiseerd distributienet dat verschilt van de distributievoorwaarden voor personenwagen- en bestelwagenbanden.

41 Tenslotte moet worden beklemtoond dat er geen elasticiteit bestaat tussen het aanbod van vrachtwagenbanden en dat van personenwagenbanden wegens belangrijke verschillen in produktietechnieken, en de daartoe noodzakelijke installaties en materieel. De omstandigheid dat het omschakelen van de produktie-installaties op de fabricage van lichte in plaats van zware banden en omgekeerd, veel tijd en aanzienlijke investeringen vergt, heeft tot gevolg dat tussen beide groepen geen merkbare relaties bestaan waardoor zij zich kunnen aanpassen aan de vraag op de markt. Overigens was dit de reden dat NBIM in 1977, toen het aanbod van vrachtwagenbanden ontoereikend was, een extrabonus toekende in plaats van de overcapaciteit bij de fabricage van personenwagenbanden te gebruiken om aan de vraag te voldoen.

42 De Commissie heeft de structuur van de markt en van de vraag terecht eerst onderzocht op het niveau van de handelaren op wie NBIM de omstreden praktijk toepaste. NBIM heeft immers zelf, zij het in ander verband, verklaard dat zij zich genoopt zag haar kortingsysteem te wijzigen om rekening te houden met het streven naar specialisatie bij haar wederverkopers, van wie sommigen, zoals de garagehouders, geen vrachtwagen- en bestelwagenbanden meer verkochten. Dit bevestigt de in de vraagstructuur bestaande verschillen tussen aparte groepen handelaren. NBIM heeft evenmin bestreden dat ook al haar concurrenten, met name wat de kortingvoorwaarden betreft, onderscheid maken tussen vrachtwagen-, bestelwagen- en personenautobanden, ook al kan het door de verschillende fabrikanten gemaakte onderscheid voor bepaalde typen banden op detailpunten afwijken.

43 Uit het feit dat het gewraakte gedrag is toegespitst op de handelaren, mag evenwel niet worden afgeleid dat de positie van NBIM moet worden afgemeten aan het aandeel van Michelinvrachtwagenbanden in de globale omzet van de handelaren. Nu moet worden onderzocht of NBIM voor bepaalde produkten een machtspositie inneemt, is het van weinig belang dat de hande-

laren ook andere produkten verkopen, aangezien er tussen de betrokken produkten en de overige produkten geen concurrentieverhouding bestaat.

44 Dat er geen elasticiteit bestaat in het aanbod van verschillende typen en maten vrachtwagenbanden als gevolg van verschillen in de produktievoorwaarden, en dat deze typen en maten banden, bezien vanuit de specifieke behoeften van de gebruiker, niet onderling vervangbaar zijn en geen elastische vraag kennen, betekent echter nog niet dat er bij de beoordeling van het bestaan van een machtspositie een aantal kleinere markten, naar gelang van deze typen en maten, mag worden onderscheiden, zoals NBIM heeft voorgesteld. Deze verschillen tussen de uiteenlopende typen en maten banden zijn immers niet van wezenlijk belang op het niveau van de handelaren, die moeten voldoen aan de vraag van hun afnemers naar het gehele assortiment vrachtwagenbanden. Bovendien zijn dergelijke verschillen in typen en maten van een produkt, bij ontbreken van enige specialisatie van de betrokken ondernemingen, niet beslissend voor de beoordeling van de marktpositie van een onderneming, want gezien hun technische gelijksoortigheid en complementariteit, zijn de mededingingsvoorwaarden op de markt voor alle typen en maten van het produkt dezelfde.

45 Om het bestaan van een machtspositie van NBIM aan te tonen, heeft de Commissie derhalve terecht het marktaandeel van NBIM wat betreft vervangingsbanden voor vrachtwagens, autobussen en soortgelijke voertuigen beoordeeld en personenauto- en bestelwagenbanden buiten beschouwing gelaten.

*bb) Het in aanmerking nemen van de concurrentie van vernieuwde banden*

46 Ten betoge dat haar marktaandeel geringer is dan de Commissie stelt, voert verzoekster bovendien aan dat de Commissie op willekeurige wijze vernieuwde banden van de relevante markt heeft uitgesloten. Volgens NBIM vormen deze banden, zowel wat de kwaliteit als de prijs betreft, een echt alternatief voor de gebruikers. Tot staving van dit argument legt zij verscheidene berekeningen over om het concurrentievermogen van vernieuwde banden ten opzichte van nieuwe banden aan te tonen.

47 Volgens de Commissie behoren vernieuwde banden niet tot de relevante markt omdat zij geen nieuwe banden kunnen vervangen. Dit komt in de eerste plaats omdat zij door de gebruikers als minder veilig worden beschouwd. Voorts wordt de loopvlakvernieuwing grotendeels in opdracht van vervoerondernemingen zelf uitgevoerd, zodat hier sprake is van een dienstenmarkt. Aangezien vernieuwde banden ten opzichte van nieuwe banden een secundair produkt zijn — nieuwe banden vormen immers in zekere zin de grondstof voor de loopvlakvernieuwing waardoor zij merendeels niet door vernieuwde banden kunnen worden vervangen — dient de mededinging op de primaire markt, die de sleutel tot gehele markt vormt, in aanmerking te worden genomen.

48 Te dien aanzien moet in de eerste plaats eraan worden herinnerd dat het bestaan van een concurrentieverhouding tussen twee produkten niet veronderstelt dat zij volledig substitueerbaar zijn voor een bepaald gebruik; de vaststelling van een machtspositie voor een produkt vereist echter niet dat de concurrentie van andere, gedeeltelijk substitueerbare produkten geheel afwezig is. Deze mededinging doet immers geen afbreuk aan het vermogen van de onderneming om de voorwaarden waaronder bedoelde mededinging zich zal ontwikkelen, aanmerkelijk te beïnvloeden en biedt haar in ieder geval ruimschoots — en zonder dat zulks haar nadeel berokkent — de gelegenheid zich bij haar gedrag aan de concurrentie niets gelegen te laten liggen.

49 Blijkens de feiten, die zijn komen vast te staan op grond van verklaringen van partijen alsmede van getuigenverklaringen tijdens de hoorzitting in de administratieve procedure, kan een zekere mate van substitueerbaarheid tussen nieuwe en vernieuwde banden niet worden ontkend, doch is deze substitueerbaarheid beperkt en geldt zij niet voor alle gebruiksmogelijkheden. Ofschoon NBIM berekeningen heeft overgelegd ten bewijze dat prijs en kwaliteit van vernieuwde banden vergelijkbaar zijn met die van nieuwe banden, en dat een aantal gebruikers beide groepen produkten in feite substitueerbaar achten voor het door hen beoogde gebruik, heeft zij niettemin erkend dat de waarde van een vernieuwde band uit een oogpunt van veiligheid en betrouwbaarheid geringer kan zijn dan van een nieuwe band. Bovendien heeft de Commissie vastgesteld dat een aantal gebruikers, al dan niet terecht, met name gereserveerd staan tegenover het gebruik van vernieuwde banden op de vooras van het voertuig.

50 Voor de beoordeling van de invloed van deze beperkte concurrentie van vernieuwde banden op de marktpositie van NBIM moet in aanmerking worden

genomen dat ten minste een gedeelte van de vernieuwde banden niet ten verkoop wordt aangeboden, maar dat de loopvlakvernieuwing in opdracht van de gebruiker wordt uitgevoerd; bepaalde vervoerondernemingen hechten er namelijk belang aan, hun eigen karkassen van een nieuw loopvlak te laten voorzien om er zeker van te zijn dat zij geen beschadigde karkassen krijgen. Partijen zijn verdeeld over de omvang van de als dienstverrichting uitgevoerde loopvlakvernieuwing: volgens de Commissie gaat het om 80-95 % van de vernieuwde banden, doch volgens NBIM slechts om 15-20 %, waarbij zij aantekent dat de opdracht meestal in naam van de handelaar en niet van de gebruiker plaatsvindt. Niettegenstaande dit meningsverschil tussen partijen, kan worden vastgesteld dat een gedeelte van de vernieuwde banden die in de gebruiksfase belanden, niet concurreert met nieuwe ten verkoop aangeboden banden omdat het gaat om een rechtstreekse dienstverrichting van de loopvlakvernieuwingsbedrijven aan de gebruikers.

51 Bovendien mag bij de beoordeling van de betekenis van het marktaandeel van NBIM ten opzichte van dat van haar concurrenten niet uit het oog worden verloren dat de markt van vernieuwde banden een secundaire markt is die afhankelijk is van de aanbod- en prijssituatie op de markt van nieuwe banden: elke band wordt immers vernieuwd op basis van een band die oorspronkelijk nieuw is geweest en het aantal malen dat dezelfde band kan worden vernieuwd, is beperkt. Een belangrijk deel van de vraag moet dus noodzakelijkerwijs steeds worden gedekt door nieuwe banden. Daarom verleent het feit dat een onderneming op de markt van nieuwe banden een machtspositie inneemt, haar tegenover de concurrentie van loopvlakvernieuwingsbedrijven een bevoorrechte positie die haar in staat stelt zich onafhankelijker op de markt te gedragen dan een loopvlakvernieuwingsbedrijf.

52 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de partiële mededinging die de fabrikanten van nieuwe banden ondervinden van loopvlakvernieuwingsbedrijven, niet volstaat om een fabrikant van nieuwe banden zijn economische macht, waarover hij dankzij zijn machtspositie op de markt van nieuwe banden beschikt, te ontnemen. Voor de beoordeling van de positie van NBIM ten opzichte van het kaliber en het aantal der concurrenten, heeft de Commissie derhalve terecht rekening gehouden met een marktaandeel van 57-65 % op de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens. Vergeleken met de marktaandelen van de voornaamste concurrenten van NBIM, die tussen 4 en 8 % bedragen, vormt dit marktaandeel, zelfs wanneer men rekening houdt met een zekere concurrentie van vernieuwde banden,

een geldige aanwijzing voor het bestaan van een overheersende positie van NBIM ten opzichte van haar concurrenten.

b) De overige criteria en aanwijzingen voor of tegen het bestaan van een machtspositie

53 Verzoekster betwist voorts de relevantie van andere criteria en aanwijzingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om het bestaan van een machtspositie aan te tonen. Zo is zij niet de enige onderneming die met vertegenwoordigers werkt; haar voornaamste concurrenten zouden in verhouding nog meer personeel in dienst hebben dan zij. Het uitgebreide produktenassortiment vormt geen concurrentievoordeel, omdat de verschillende bandentypen elkaar niet kunnen vervangen en NBIM de handelaar niet verplicht haar hele assortiment af te nemen.

54 Bovendien zou de Commissie verscheidene aanwijzingen die niet met een machtspositie te rijmen zijn, buiten beschouwing hebben gelaten. Zo is de nettomarge van de handelaar voor Michelinbanden vergelijkbaar met die voor concurrerende banden, terwijl de kilometerkostprijs van Michelinbanden voor de gebruiker het voordeligst is. Sedert 1979 werkt NBIM met verlies. Haar produktiecapaciteit is niet toereikend, zodat haar concurrenten, die ook nog over een grotere financiële draagkracht en produktiespreiding dan de Michelingroep beschikken, ieder ogenblik in staat zijn om de door haar geleverde hoeveelheden te vervangen. Aangezien gebruikers van vrachtwagenbanden doorgewinterde professionele kopers zijn, kunnen zij de bandenfabrikanten tegenwicht bieden.

55 Hierover moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat ter beoordeling van de economische macht van NBIM, respectievelijk haar concurrenten op de Nederlandse markt, rekening moet worden gehouden met de voordelen die voor deze ondernemingen kunnen voortvloeien uit het feit dat zij deel uitmaken van concerns die op Europese schaal of zelfs op wereldschaal opereren. Tot deze voordelen behoren de door de Commissie in haar beschikking genoemde voorsprong van de Michelingroep op haar concurrenten wat investeringen en onderzoek betreft en het zeer uitgebreide produktenassortiment, welke in casu niet zijn betwist. Voor bepaalde bandentypen is de Michelingroep de enig mogelijke leverancier op de markt.

56 Als gevolg van deze situatie geniet NBIM op de Nederlandse markt een duidelijke voorkeur bij een groot aantal gebruikers van vrachtwagenbanden. Aangezien de aankoop van banden voor een vervoeronderneming een grote investering betekent en er geruime tijd nodig is om zich in de praktijk te vergewissen van de rentabiliteit van een bandentype of -merk heeft NBIM een schier onkwetsbare positie tegenover haar concurrenten. Hieruit volgt dat een in Nederland gevestigde handelaar er gewoonlijk niet omheen kan, Michelinbanden te verkopen.

57 Hiertegen kan niet worden ingebracht, zoals NBIM — daarin gesteund door de Franse regering — heeft gedaan, dat NBIM aldus wordt gestraft voor de kwaliteit van haar produkten en haar prestaties. De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt immers of zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming in, doch betekent alleen dat, los van de oorzaken van die positie, op de onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt.

58 Voorts moet worden gewezen op het belang van NBIM's net van vertegenwoordigers, dat haar te allen tijde rechtstreeks toegang geeft tot de gebruikers van banden. NBIM heeft niet betwist dat dit net, in absolute zin, aanzienlijk omvangrijker is dan dat van haar concurrenten, noch heeft zij zich gekeerd tegen de in de bestreden beschikking gegeven omschrijving van de taken van dit net waarvan de doeltreffendheid en de kwaliteit van de prestaties onomstreden zijn. De rechtstreekse toegang tot de gebruikers alsook het niveau van de diensten die hen door dit net kunnen worden aangeboden, maken het NBIM mogelijk haar positie op de markt te behouden en te versterken en zich beter te weren tegen de concurrentie.

59 Ten aanzien van de overige criteria en aanwijzingen die NBIM ter betwisting van het bestaan van een machtspositie aanvoert, moet worden opgemerkt dat een situatie waarin tijdelijk geen winst wordt gemaakt en zelfs verlies wordt geleden, niet onverenigbaar is met een machtspositie. Evenmin mag uit het feit dat de door NBIM gehanteerde prijzen onredelijk noch bijzonder hoog zijn, worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een machtspositie. Noch de omvang, de financiële draagkracht en de mate van produktiespreiding van NBIM's concurrenten op mundiaal vlak, noch het tegenwicht dat

wordt gevormd doordat de kopers van vrachtwagenbanden doorgewinterde professionele gebruikers zijn, kunnen tenslotte de bevoorrechte positie van NBIM op de Nederlandse markt ongedaan maken.

60 Derhalve moet worden geconstateerd dat de overige criteria en aanwijzingen die in casu in aanmerking komen voor de vaststelling van een machtspositie, bevestigen dat NBIM een dergelijke positie inneemt.

61 De middelen waarmee NBIM betwist dat zij een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt inneemt, zijn derhalve ongegrond.

## III — Misbruik van de machtspositie

62 Met een tweede groep middelen bestrijdt verzoekster de litigieuze beschikking, voor zover haar daarin wordt verweten, dat zij in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de Nederlandse vervangingsmarkt van nieuwe vrachtwagenbanden. Zij betwist de vaststelling van de Commissie in de beschikking, dat zij de vrijheid van keuze van de handelaren op tweeledige wijze heeft beperkt — namelijk door haar kortingsysteem in het algemeen en door de toekenning van een extrabonus in 1977 die was gekoppeld aan het behalen van een verkoopdoel voor personenautobanden — waardoor de handelaren ongelijk werden behandeld en de toegang van andere producenten tot de markt werd beperkt.

### *1. Het algemene kortingsysteem*

63 NBIM betoogt dat de Commissie in haar beschikking de kenmerken van het kortingsysteem heeft miskend. Het gaat daarbij om een gewone kwantumkorting, waarmee alleen de — rechtmatige — doeleinden worden nagestreefd, de handelaren aan te zetten meer te verkopen en hen te belonen voor het bereiken van een in onderlinge overeenstemming vastgesteld verkoopcijfer voor Michelinbanden. Door een dergelijk systeem te verbieden zou men de onderneming met een machtspositie in feite tot achteruitgang veroordelen en de machtspositie zelf sanctioneren.

64 Volgens de Commissie moet het door NBIM toegepaste kortingsysteem als een misbruik worden beschouwd, omdat het berust op de vaststelling van niet duidelijk schriftelijk vastgelegde individuele en selectieve verkoopdoelen waardoor de bandenhandelaren aan NBIM worden gebonden, en omdat daarin ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties worden gehanteerd. Het gaat om een variant op een getrouwheidskorting als in voornoemd arrest van het Hof van 13 februari 1979 aan de orde is gekomen, waaraan de voorwaarde is verbonden dat de afnemer ten minste een belangrijk deel van zijn behoeften dekt bij de onderneming met een machtspositie en waarmee aldus wordt beoogd de afnemer zijn keuzevrijheid wat betreft de bevoorradingsbronnen te ontnemen.

65 De Franse regering steunt het standpunt van NBIM en betoogt dat toepassing van een op verkoopdoelen gebaseerd kortingsysteem op zichzelf niet als misbruik kan worden aangemerkt. Alleen wanneer zich andere omstandigheden voordoen, hetgeen in casu evenwel niet het geval is, zou het systeem in strijd kunnen komen met artikel 86.

a) De werking van het kortingsysteem

66 Ter terechtzitting is gebleken, dat het omstreden kortingsysteem naast de vaste factuurkorting en de korting wegens contante betaling vóór de vervaldag, die voor alle afnemers gelijk waren en in casu niet in geding zijn, een variabele jaarbonus behelsde waarvan een gedeelte eerst maandelijks en vervolgens om de vier maanden bij wijze van voorschot werd betaald. Het percentage van deze variabele jaarbonus werd naar rato van de totale door de handelaar in het voorafgaande jaar behaalde omzet in Michelinbanden voor vrachtwagens, autobussen en personenauto's, bepaald volgens een progressieve kortingschaal welke in 1978 echter werd ingetrokken. Het voorschot op de jaarbonus lag in het algemeen 4 % lager, doch soms nog lager, dan het uit deze schaal voortvloeiende percentage.

67 De variabele jaarbonus werd, althans voor het volle bedrag, pas toegekend nadat de handelaar in het betrokken jaar het aan het begin van het jaar vastgestelde of overeengekomen verkoopdoel, uitgedrukt in het aantal verkochte vrachtwagenbanden, had behaald. Tot 1978 werden drie doelen — een maximum, een minimum en een daartussenin — vastgesteld waarvan de uiteindelijke korting afhing. Vanaf 1979 werd voor de toekenning van de variabele jaarbonus nog slechts één verkoopdoel vastgesteld.

68 De Commissie heeft niet de door NBIM in de loop van het geding gegeven toelichtingen betwist, volgens welke de verschillen in kortingpercentages die werden toegekend bij het behalen van het maximumdoel en bij het niet-behalen van het minimumdoel, gering waren, namelijk 0,2 tot 0,4 %. Derhalve dienen deze verschillen als vaststaand te worden beschouwd, ofschoon zij in de aangevochten beschikking veel groter leken te zijn.

69 Het kortingsysteem in zijn geheel noch de kortingschaal zijn ooit door NBIM bekendgemaakt. Niet is weersproken dat de criteria aan de hand waarvan de verkoopdoelen werden vastgesteld of overeengekomen, tevoren niet bekend waren. Over deze doelen werd telkens in het begin van het jaar overleg gevoerd tussen de handelaar en de vertegenwoordiger van NBIM. In de praktijk heeft NBIM het besprokene nimmer schriftelijk bevestigd; wel werden bij deze besprekingen eventueel met de hand geschreven notities gemaakt of uitgewisseld. Anders dan in punt 28, vierde alinea, van de beschikking van de Commissie staat vermeld, is echter niet aangetoond dat de handelaren hebben geaarzeld om tegen deze afwezigheid van schriftelijke bevestiging stelling te nemen. Dit punt dient derhalve buiten beschouwing te worden gelaten.

b) De toepasselijkheid van artikel 86 op een systeem van doelkortingen

70 Wat betreft de toepasselijkheid van artikel 86 op een kortingsysteem, geënt op het behalen van verkoopdoelen, als hiervoor omschreven, dient in de eerste plaats eraan te worden herinneerd dat het verbod van artikel 86 om misbruik te maken van een machtspositie op de markt, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, ziet op gedragingen die de structuur kunnen beïnvloeden van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die met andere middelen dan bij een normale, op ondernemersprestaties berustende competitie van goederen of diensten gebruikelijk zijn, het behoud of de ontwikkeling van het nog op die markt aanwezige concurrentieniveau kunnen verhinderen.

71 Meer in het bijzonder ter zake van het verlenen van kortingen door een dominerende onderneming aan haar afnemers, heeft het Hof in zijn arresten van 16 december 1975 (gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en

114/73, Suiker-Unie e.a., Jurispr. 1975, blz. 1663) en van 13 februari 1979, blz. 461) geoordeeld dat in tegenstelling tot een uitsluitend aan de omvang van de bij de betrokken fabrikant gedane aankopen gebonden kwantumkorting, een getrouwheidskorting is bedoeld om door toekenning van een geldelijk voordeel te beletten dat de afnemers zich bij concurrerende fabrikanten bevoorraden, en misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag oplevert.

72 Ten aanzien van het in casu omstreden systeem waarvoor het hanteren van doelstellingen kenmerkend is, moet worden opgemerkt dat het niet bestaat in een eenvoudige, uitsluitend aan de aankoopomvang gebonden kwantumkorting, aangezien de progressieve schaal van de omzetten in het voorafgaande jaar slechts ertoe dient om het kader aan te geven waarbinnen het systeem wordt toegepast. NBIM heeft trouwens zelf opgemerkt dat de meeste handelaren die meer dan 3 000 banden per jaar afnemen, in ieder geval steeds de hoogste kortingen kregen. Anderzijds behelsde het onderhavige systeem voor de handelaren geen exclusiviteitsverbintenis of verplichting om een bepaald deel van hun behoeften bij NBIM te dekken, waardoor het zich onderscheidt van het type getrouwheidskortingen waarover het Hof zich in voornoemd arrest van 13 februari 1979 heeft uitgesproken.

73 Om te kunnen beoordelen of NBIM met dit kortingsysteem misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt, moeten derhalve alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, inzonderheid de criteria en modaliteiten voor het verlenen van de korting, en moet worden onderzocht of de korting, door middel van een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel, ten doel heeft om de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen — of minder — keus te laten, concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren, ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen jegens handelspartners of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging.

74 In het licht van deze overwegingen moeten de middelen worden onderzocht die verzoekster heeft opgeworpen tegen de twee in de beschikking ten aanzien van het algemene kortingsysteem geformuleerde verwijten, te weten dat NBIM de bandenhandelaren in Nederland aan zich zou hebben gebonden en jegens hen ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties zou hebben toegepast.

c) De vraag of de handelaren ten aanzien van NBIM in een afhankelijke positie zijn gebracht

75 Verzoeksters eerste middel in deze samenhang is gericht tegen de vaststelling van de Commissie in de litigieuze beschikking, dat uit alle omstandigheden blijkt dat NBIM de handelaren door haar kortingsysteem nauw aan zich bond.

76 Tot staving van dit verwijt heeft de Commissie in de motivering van haar beschikking uiteengezet, dat het kortingsysteem ten doel had de handelaren onder grote druk te zetten om zichzelf ieder jaar ten gunste van de verkoop van Michelinbanden te overtreffen en het aandeel van Michelinbanden in het totaal van hun aankopen te vergroten, zoals zou blijken uit de stelselmatig door de vertegenwoordigers van NBIM bij iedere handelaar opgemaakte berekening van de positie van NBIM ten opzichte van haar concurrenten („température Michelin"). Dit zou typisch een misbruik van haar machtspositie vormen.

77 Vastgesteld moet evenwel worden dat de Commissie in de loop van de procedure voor het Hof heeft erkend, dat NBIM de registratie op de klantenkaarten van de zogenoemde „température Michelin" had gestaakt en dat een rechtstreeks verband tussen deze „température Michelin" enerzijds en de doelstellingen en kortingen anderzijds niet aantoonbaar was. De Commissie heeft zich beperkt tot de opmerking dat het bestaan van een indirect verband tussen de „température Michelin" en het kortingsysteem zeer waarschijnlijk was. Een dergelijke, op geen enkel bewijsmiddel steunende en door NBIM bestreden bewering, kan evenwel niet volstaan om vast te stellen dat het onderhavige kortingsysteem in dit opzicht in strijd was met artikel 86.

78 De Commissie heeft voorts aangevoerd dat van een op jaardoelen gebaseerd systeem een grote druk op de handelaren uitgaat om zich bij dezelfde leverancier te bevoorraden, daar de handelaren niet zeker zijn van de kortingpercentages en riskeren een deel van de korting bij het niet behalen van het verkoopdoel te verliezen; in casu werd deze onzekerheid versterkt door de ondoorzichtigheid van het systeem en doordat de vertegenwoordigers van NBIM de handelaren regelmatig hebben gewezen op de mogelijke voordelen van een laatste bestelling vóór het einde van het jaar of op de gevolgen van het niet bereiken van de doelstellingen.

79 NBIM heeft het bestaan van een afhankelijke positie van de handelaren jegens haar betwist en met name gewezen op de geringe verschillen van de kortingen naar gelang van de doelstellingen, waaruit voor haar weer het voordeel voortvloeide dat zij haar produktie beter kon programmeren. Zij heeft aangevoerd dat alle handelaren bekend waren met de werking van het reeds jaren toegepaste systeem en dat zij op dit punt dus niet in onzekerheid verkeerden. Het betrokken kortingsysteem had ten doel, de aankoop van stijgende hoeveelheden produkten te belonen. Wanneer men een dominerende onderneming verbiedt een dergelijk systeem te hanteren, veroordeelt men haar in feite tot achteruitgang.

80 Te dien aanzien moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de in de loop van de procedure voor het Hof gebleken verschillen in de kortingen van 0,2 tot 0,4 %, afhankelijk van de verwezenlijking van het verkoopdoel, inderdaad gering zijn. De gevolgen van de onderhavige korting mogen evenwel niet uitsluitend aan de hand van het percentage van de met de doelstellingen verband houdende verschillen worden beoordeeld.

81 Het onderhavige kortingsysteem was gebaseerd op een referentieperiode van telkens één jaar. In elk systeem waarbij kortingen worden verleend naar gelang van de in een betrekkelijk lange referentieperiode verkochte hoeveelheden, ligt besloten dat aan het einde van de referentieperiode de druk op de koper toeneemt om de omzet te behalen die nodig is om de korting te verkrijgen of om deze niet voor de gehele periode te verliezen. In casu hadden de verschillen in het kortingpercentage als gevolg van een laatste in de loop van een jaar geplaatste order, van een nog zo geringe omvang, hun weerslag op de winstmarge van de handelaar wat betreft de verkopen van Michelinbanden voor vrachtwagens over het gehele jaar. Onder deze omstandigheden konden geringe verschillen reeds een merkbare druk op de handelaren uitoefenen.

82 Dit effect werd nog versterkt door de grote kloof tussen het marktaandeel van NBIM en dat van haar voornaamste concurrenten. Wilde een concurrent van NBIM een handelaar een concurrerend voordeel verschaffen naar aanleiding van een order, met name aan het einde van het jaar, moest hij immers rekening houden met de absolute waarde van de jaarlijkse doelkorting van NBIM, en zijn korting in verhouding tot de geringere omvang van de aankopen van de handelaar bij hem, op een zeer hoog percentage bepalen.

Ondanks het ogenschijnlijk geringe percentage van de onderhavige korting van NBIM, was het voor de concurrenten dus moeilijk een tegenwicht te bieden voor de voordelen of verliezen die voor de handelaren voortvloeiden uit het wel, respectievelijk niet bereiken van NBIM's doelstellingen.

83 De ondoorzichtigheid van NBIM's kortingsysteem in zijn geheel, dat in de betrokken periode overigens herhaaldelijk is gewijzigd, alsook de omstandigheid dat de kortingschaal noch de verkoopdoelen met de desbetreffende kortingen schriftelijk aan de handelaren werden medegedeeld, hadden bovendien tot gevolg dat de handelaren 'n het onzekere werden gelaten en in het algemeen niet met zekerheid konden voorzien welke gevolgen het al dan niet bereiken van hun doelstellingen zou hebben.

84 Al deze factoren droegen ertoe bij dat de handelaren met name aan het einde van het jaar bloot stonden aan een aanzienlijke druk om NBIM's verkoopdoelen te realiseren, als zij niet het risico wilden lopen, verliezen te lijden die door de concurrenten moeilijk waren te compenseren met de kortingen die zijzelf konden aanbieden. Haar vertegenwoordigersnet stelde NBIM in staat de handelaren ieder moment op deze situatie te wijzen om hen te stimuleren bestellingen bij NBIM te plaatsen.

85 Een dergelijke situatie kan de handelaren verhinderen, op elk ogenblik vrij en afhankelijk van de marktsituatie, de gunstigste van de door de verschillende concurrenten gedane offertes te kiezen en zonder merkbaar economisch nadeel van leverancier te wisselen. Daardoor wordt derhalve de keuzemogelijkheid van de handelaren wat hun bevoorradingsbronnen betreft, beperkt en de toegang tot de markt voor de concurrenten bemoeilijkt. Noch het streven naar afzetvergroting, noch de wens tot een betere programmering van de produktie te komen, kan een zodanige beperking van de keuzevrijheid en van de onafhankelijkheid van de klant rechtvaardigen. De afhankelijke positie waarin de handelaren door het betrokken kortingsysteem zijn gebracht, berust derhalve op geen enkele economisch gerechtvaardigde tegenprestatie.

86 Mitsdien moet worden geconcludeerd dat NBIM, door de handelaren in Nederland met het bovenomschreven kortingsysteem aan zich te binden, in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens.

Het door verzoekster tegen deze vaststelling in de aangevochten beschikking voorgestelde middel moet dus worden verworpen.

d) Discriminatie van bepaalde handelaren

87 Met een tweede middel betreffende het kortingsysteem in het algemeen bestrijdt verzoekster de vaststelling van de Commissie dat NBIM's kortingsysteem leidde tot de toepassing op de handelaren van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties in de zin van artikel 86, sub c, doordat verschillende kortingen werden verleend aan handelaren die zich in een vergelijkbare positie bevonden. Deze kortingen zijn volgens NBIM niet discriminerend, omdat de verschillen in de kortingpercentages van verschillende handelaren het gevolg zijn van de toepassing van een kortingschaal die is afgestemd op de globale aankopen die de handelaar in het voorafgaande jaar bij NBIM heeft gedaan.

88 Tot staving van haar vaststelling steunt de Commissie in de procedure voor het Hof op een vergelijking van de kortingen van verschillende handelaren met de door hen jaarlijks aangekochte hoeveelheden vrachtwagenbanden, alsmede op een tabel betreffende het aantal in de verschillende categorieën verkochte banden waarvoor in 1976 verschillende kortingpercentages werden toegekend; aan de hand van deze gegevens heeft zij op een aantal tegenstrijdigheden en anomalieën gewezen waaruit het bestaan van discriminaties zou blijken.

89 Uit hetgeen hiervoor is overwogen omtrent de werking van het kortingsysteem volgt evenwel, dat de hoogte van de variabele jaarbonus niet afhing van het aantal vrachtwagenbanden dat de handelaar had gekocht, maar primair van diens omzet in alle categorieën Michelinbanden tezamen. Voorts heeft de Commissie in de procedure voor het Hof moeten toegeven een fout te hebben gemaakt wat betreft bepaalde gegevens in de klantenkaarten die door NBIM ten behoeve van haar kortingsysteem worden gehanteerd. Het is niet uitgesloten dat deze omstandigheden de tegenstrijdigheden en anomalieën verklaren welke de Commissie in de door haar onderzochte stukken meende te bespeuren.

90 Het is juist dat een systeem gebaseerd op individuele verkoopdoelen die ieder jaar opnieuw per handelaar worden overeengekomen of vastgesteld, noodzakelijkerwijs tot bepaalde verschillen leidt tussen de kortingpercentages die afzonderlijke handelaren voor evenveel gekochte banden ontvangen; NBIM heeft voorts erkend dat van een mechanische toepassing van haar kortingschaal geen sprake kon zijn omdat sommige handelaren in geval van een omzetdaling niet zonder meer een lagere korting accepteerden. Nochtans is niet gebleken dat dergelijke verschillen in behandeling tussen afzonderlijke handelaren het gevolg zijn van de toepassing van ongelijke criteria en dat zij niet gerechtvaardigd zijn door legitieme commerciële overwegingen. Derhalve mag men daaruit niet afleiden dat bepaalde handelaren door NBIM werden gediscrimineerd.

91 Mitsdien is de Commissie niet erin geslaagd aan te tonen, dat het betrokken kortingsysteem leidde tot de toepassing van discriminerende kortingen op afzonderlijke handelaren, en moet de bestreden beschikking worden vernietigd voor zover in artikel 1, sub a, daarvan wordt verklaard dat NBIM inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 door op haar handelaren ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen.

*2. De extrabonus van 1977*

92 Verzoekster bestrijdt vervolgens de vaststelling van de Commissie in de aangevochten beschikking, dat NBIM haar machtspositie heeft misbruikt door in 1977 een extrabonus van 0,5 % over de aankoop van banden voor vrachtwagens, autobussen, enz. toe te kennen, die afhing van een doel bij de aankoop van personenautobanden.

93 Deze extrabonus had volgens de Commissie ten doel de handelaren te dwingen tot een bijzondere inspanning op de markt van personenautobanden om aldus een voordeel bij de verkoop van vrachtwagenbanden te verkrijgen. Dit is een verkooptechniek als bedoeld in artikel 86, sub d.

94 NBIM betoogt dat de Commissie de feiten verkeerd heeft geïnterpreteerd. De extrabonus van 1977 kan niet worden beschouwd als een korting voor vrachtwagenbanden omdat hij was gekoppeld aan het behalen van een doel voor personenautobanden. NBIM bestrijdt verder dat de toekenning van deze extrabonus gekoppeld was aan het behalen van een speciaal doel, dat verschilde van het doel dat gewoonlijk voor de verkoop van personenautobanden was vastgesteld.

95 Hierover moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat NBIM, blijkens de door partijen in de procedure voor het Hof gegeven toelichtingen, voor personenautobanden eenzelfde kortingsysteem hanteerde als bij de verkoop van vrachtwagenbanden. Binnen het kader van dit systeem heeft NBIM in de loop van 1977 het voorgestelde percentage van de variabele jaarbonus voor de verkopen van personenautobanden voor alle handelaren verhoogd met 0,5 %.

96 Het staat vast dat NBIM in 1977 wegens een tijdelijk tekort niet kon voldoen aan de vraag naar vrachtwagenbanden op de Nederlandse markt. De handelaren waren daardoor niet in staat, hun afzetdoelen voor vrachtwagenbanden te bereiken. Onder deze omstandigheden heeft NBIM de betrokken extrabonus toegekend.

97 Uit het voorgaande volgt dat de extrabonus, los van de vraag of hij al dan niet was gekoppeld aan een hoger, speciaal doel en of hij aan het begin van het jaar dan wel pas in september 1977 is bekendgemaakt, binnen de werkingssfeer van de variabele jaarbonus voor de verkoop van personenautobanden viel. Ofschoon NBIM met deze bonus beoogde de verliezen te compenseren die voor de handelaren voortvloeiden uit het feit dat NBIM niet in staat was hun de benodigde hoeveelheid vrachtwagenbanden te leveren om hun afzetdoelen voor deze categorie te behalen, neemt dit niet weg dat deze bounus werd toegekend voor de verkoop van personenautobanden naar gelang een bepaald doel werd gehaald, en losstond van de verkochte hoeveelheid vrachtwagenbanden.

98 Hieruit volgt dat deze bonus niet als korting op de verkoop van vrachtwagenbanden kan worden aangemerkt, zoals de Commissie heeft gedaan. Met de toekenning van deze bonus heeft NBIM niet een voordeel bij de verkoop op de ene markt ondergeschikt gemaakt aan het bereiken van een afzetdoel op een andere markt. De stelling van de Commissie dat het onderhavige gedrag gelijkenis vertoont met een gebonden prestatie in de zin van artikel 86, sub d, is derhalve ongegrond.

99 Mitsdien heeft de Commissie niet aangetoond dat NBIM door de toekenning van de extrabonus in 1977, misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de markt van vrachtwagenbanden en moet artikel 1, sub b, van de bestreden beschikking worden nietigverklaard.

## IV — Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten

100 Verzoekster betwist dat het door haar toegepaste kortingsysteem de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag.

101 De Commissie heeft in haar beschikking aangevoerd dat de produktiebedrijven van de overige fabrikanten — wier mogelijkheden om op de Nederlandse markt door te dringen zijn afgenomen als gevolg van de beperking van de keuzevrijheid van de handelaren — grotendeels in andere Lid-Staten zijn gevestigd en dat 25 à 28 % van de vrachtwagenbanden die op de Nederlandse markt met Michelinbanden concurreren, afkomstig zijn uit andere Lid-Staten van de Gemeenschap.

102 NBIM, ondersteund door de Franse regering, heeft betoogd dat de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kan worden beïnvloed door een tot het grondgebied van één Lid-Staat beperkte gedraging. Het betoog van de Commissie komt erop neer dat een ongunstige handelsbeïnvloeding wordt verondersteld, en berust op een zuiver abstracte en theoretische analyse. De Commissie heeft niet aan de hand van feiten bewezen dat het gedrag van NBIM de mededinging heeft beïnvloed en de Nederlandse markt heeft afgeschermd.

103 Te dien aanzien moet worden vastgesteld dat wanneer een onderneming met een machtspositie de toegang tot de markt voor concurrenten afsluit, het niet terzake doet dat dit gedrag slechts op het grondgebied van een enkele Lid-Staat is gesitueerd, zodra het gevolgen kan hebben voor de handelsstromen en de mededinging op de gemeenschappelijke markt.

104 In het onderhavige geval is niet betwist dat er aanzienlijke handelsstromen bestaan als gevolg van het feit dat belangrijke concurrenten in andere Lid-

Staten zijn gevestigd. De gevolgen van het kortingsysteem voor de mogelijkheden van concurrenten om door te dringen op de Nederlandse markt, zijn reeds besproken in het kader van het onderzoek naar het misbruik dat in dit gedrag van NBIM schuilgaat. Overigens dient eraan te worden herinnerd, dat artikel 86 niet het bewijs verlangt dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten als gevolg van het gemaakte misbruik, inderdaad merkbaar ongunstig is beïnvloed, doch slechts dat dit misbruik een dergelijk gevolg kan hebben.

105 Uit het voorafgaande volgt, dat de middelen waarmee wordt betwist dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten door NBIM's kortingsysteem ongunstig werd beïnvloed, ongegrond zijn.

## V — De vaststelling van de boete

106 Verzoekster voert tegen de vastgestelde boete aan, dat haar niet kan worden verweten, opzettelijk of uit onachtzaamheid te hebben gehandeld, aangezien zij onmogelijk een ommekeer in de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof ter zake van kortingen kon voorzien. Subsidiair vordert zij verlaging van de boete.

107 Hier moet worden beklemtoond dat NBIM kennis droeg van de feiten, welke de vaststelling van een machtspositie op de markt alsook de kwalificatie van het betrokken kortingsysteem als een misbruik van die positie rechtvaardigen. Dit systeem is willens en wetens ingevoerd. Het feit dat noch de Commissie, noch het Hof zich tot nog toe heeft uitgesproken over een kortingsysteem met dezelfde kenmerken als het betrokken systeem, ontheft NBIM niet van haar aansprakelijkheid. Gezien de eerdere beslissingen van de Commissie en de rechtspraak van het Hof, kon NBIM in elk geval verwachten dat dit systeem onder de werkingssfeer van artikel 86 EEG-Verdrag zou vallen.

108 De Commissie heeft derhalve terecht gemeend dat zij NBIM een boete kon opleggen krachtens artikel 15, lid 2, verordening nr. 17.

109 Ingevolge deze bepaling kan de Commissie geldboetes opleggen van ten minste 1 000 en ten hoogste een miljoen rekeneenheden, en kan dit laatste bedrag worden verhoogd tot 10 % van de omzet in het voorafgaande boekjaar van de betrokken onderneming. Bij de vaststelling van het boetebedrag

binnen deze grenzen moeten volgens deze bepaling de ernst en de duur van de inbreuk in aanmerking worden genomen.

110 Wat de duur van de inbreuk betreft, is tussen partijen in confesso dat het betrokken systeem ten minste gedurende een tijdvak van 1975 tot 1980 is toegepast. Ten aanzien van het argument van NBIM dat de Commissie zelf door een sneller optreden de duur van de inbreuk had kunnen bekorten, moet rekening worden gehouden met de moeilijkheden die het onderzoek van een niet schriftelijk vastgelegd kortingsysteem, dat op een weinig doorzichtige wijze werd toegepast, opleverde. Daarom is de Commissie voor de vaststelling van de duur van de inbreuk terecht uitgegaan van het gehele tijdvak.

111 Voor het bepalen van de ernst van de inbreuk moet, naar gelang van het geval, rekening worden gehouden met een groot aantal factoren, zoals met name de omvang en de economische macht van de onderneming, die uitdrukking kunnen vinden in de totale omzet van de onderneming en het gedeelte daarvan, dat wordt behaald met de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd. De argumenten van NBIM volgens welke het niet toelaatbaar is met de omzet rekening te houden, zijn derhalve in ieder geval ongegrond. Overigens is het Hof op grond van zijn volledige rechtsmacht ter zake geroepen, zelf de omstandigheden van het geval en de aard van de betrokken inbreuk te beoordelen teneinde het boetebedrag vast te stellen.

112 In dit verband moet worden vastgesteld dat de door de Commissie tegen de extrabonus van 1977 geformuleerde bezwaren niet steekhoudend zijn gebleken. Anderzijds is het voornaamste bezwaar van de Commissie tegen het kortingsysteem in het algemeen gegrond bevonden. Een feit is wel, dat het discriminerende karakter van dit systeem niet is aangetoond en dat de verschillen in de korting naar gelang van de doelen aanzienlijk geringer waren dan in de litigieuze beschikking is voorgesteld. Voorts moest de Commissie toegeven dat zij de door NBIM gehanteerde klantenkaarten onjuist heeft uitgelegd, en kon zij niet haar stelling staande houden, dat de door NBIM vastgestelde afzetdoelen erop gericht waren, de handelaren te dwingen het aandeel van Michelinbanden in hun totale omzet voortdurend te vergroten.

Maar ook al kunnen deze omstandigheden leiden tot een lagere boete dan de Commissie heeft vastgesteld, zulks doet in wezen niet af aan de ernst van het door NBIM gemaakte misbruik van machtspositie.

113 Derhalve moet bij de bepaling van het boetebedrag rekening ermee worden gehouden dat, naar is vastgesteld, het betrokken kortingsysteem, met uitzondering van de extrabonus van 1977, ook al waren de kortingsverschillen betrekkelijk gering en is er geen discriminerende toepassing aangetoond, een negatieve uitwerking heeft gehad op de vrije mededinging op de gemeenschappelijke markt, welke een fundamenteel verdragsbeginsel is. Onder deze omstandigheden is het gerechtvaardigd de boete te bepalen op Ecu 300 000 ofwel HFL 808 758.

114 Zoals hiervoor is overwogen, moeten artikel 1, sub a, van de aangevochten beschikking, voor zover daarin wordt vastgesteld dat NBIM ten opzichte van de handelaren ongelijke voorwaarden bij gelijke prestaties heeft toegepast, alsmede artikel 1, sub b, daarvan, betreffende de extrabonus van 1977, worden nietigverklaard. De in artikel 2 van de beschikking opgelegde boete moet worden vastgesteld op Ecu 300 000, ofwel HFL 808 758. Voor het overige dient het beroep te worden verworpen.

## VI — Kosten

115 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Krachtens paragraaf 3 van dit artikel kan het Hof de proceskosten geheel of gedeeltelijk compenseren, indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

116 Aangezien elk der partijen, alsook interveniënte, op bepaalde punten in het ongelijk zijn gesteld, dienen de kosten te worden gecompenseerd.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verklaart nietig artikel 1, sub a, van de beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981 (IV/29.491 — Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin — PB L 353 van 1981, blz. 33), voor zover daarin wordt verklaard dat NBIM ten aanzien van de bandenhandelaren in Nederland ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties heeft toegepast, alsmede artikel 1, sub b, van die beschikking.**

2. **Bepaalt het bedrag van de in artikel 2 van de beschikking aan verzoekster opgelegde boete op Ecu 300 000 ofwel HFL 808 758, te voldoen in Nederlandse guldens.**

3. **Verwerpt het beroep voor het overige.**

4. **Verstaat dat elk der partijen, interveniënte daaronder begrepen, de eigen kosten zal dragen.**

Mertens de Wilmars Koopmans Bahlmann Galmot

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Due Everling

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 november 1983.

De griffier
voor deze
H. A. Rühl
hoofdadministrateur

De president
J. Mertens de Wilmars

# INHOUD

*De feiten*

I — Uiteenzetting van de feiten . . . . . 3467

1. De procedure voor de bestreden beschikking . . . . . 3467

2. De bestreden beschikking . . . . . 3468

3. De motivering van de beschikking . . . . . 3469

a) De relevante markt . . . . . 3469

(1) De produktenmarkt . . . . . 3469

(2) De geografische markt . . . . . 3470

b) NBIM's machtspositie . . . . . 3470

c) Het omstreden gedrag . . . . . 3471

(1) Het kortingsysteem . . . . . 3471

(2) De extrabonus van 1977 . . . . . 3475

d) Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten . . . . . 3475

e) Toepasselijkheid van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 . . . . . 3475

II — Procesverloop en conclusies . . . . . 3476

III — Door partijen tijdens de schriftelijke behandeling voorgedragen middelen en argumenten . . . . . 3477

1. De relevante markt . . . . . 3477

a) De produktenmarkt . . . . . 3477

Standpunt van NBIM . . . . . 3477

Standpunt van de Commissie . . . . . 3478

Repliek van NBIM . . . . . 3479

Dupliek van de Commissie . . . . . 3479

b) De geografische markt . . . . . 3480

Standpunt van NBIM . . . . . 3480

Standpunt van de Commissie . . . . . 3480

2. De machtspositie . . . . . 3480

Standpunt van NBIM . . . . . 3480

Standpunt van de Commissie . . . . . 3481

3. Het omstreden gedrag . . . . . 3482

a) Het kortingsysteem . . . . . 3482

Standpunt van NBIM . . . . . 3482

Standpunt van de Commissie . . . . . 3484

Standpunt van de Franse regering . . . . . 3486

b) De extrabonus van 1977 . . . . . 3487

Standpunt van NBIM . . . . . 3487

Standpunt van de Commissie . . . . . 3488

4. De gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten . . . . . 3488
Standpunt van NBIM . . . . . 3488
Standpunt van de Commissie . . . . . 3489
Standpunt van de Franse regering . . . . . 3489
Antwoord van de Commissie . . . . . 3490
5. Schending van de rechten van de verdediging . . . . . 3490
Standpunt van NBIM . . . . . 3490
Standpunt van de Commissie . . . . . 3490
Repliek van NBIM . . . . . 3491
Dupliek van de Commissie . . . . . 3491
6. De boete . . . . . 3491
Standpunt van NBIM . . . . . 3491
Standpunt van de Commissie . . . . . 3492

IV — Op de informele bijeenkomst gemaakte nadere opmerkingen . . . . . 3493
1. De relevante produktenmarkt . . . . . 3493
2. Het kortingsysteem . . . . . 3494
3. De extrabonus van 1977 . . . . . 3495

V — Mondelinge behandeling . . . . . 3496

*In rechte*

I — De regelmatigheid van de administratieve procedure . . . . . 3498
1. Het geheimhouden van stukken uit het dossier . . . . . 3498
2. Het feit dat is voorbijgegaan aan de resultaten van de hoorzitting en de getuigen- en deskundigenverklaringen . . . . . 3499
3. Het feit dat de Commissie in de loop van de administratieve procedure niet heeft aangegeven volgens welke criteria zij de boete wilde opleggen . . . . . 3500

II — De machtspositie van NBIM . . . . . 3501
1. Het wezenlijke deel van de relevante gemeenschappelijke markt . . . . . 3501
2. De beoordeling van de concurrentiepositie van NBIM . . . . . 3503
a) Het aandeel van NBIM op de relevante produktenmarkt . . . . . 3503
aa) De markt voor vernieuwde vrachtwagenbanden . . . . . 3504
bb) Het in aanmerking nemen van de concurrentie van vernieuwde banden . 3507
b) De overige criteria en aanwijzingen voor of tegen het bestaan van een machtspositie . . . . . 3510

III — Misbruik van de machtspositie . . . . . 3512

1. Het algemene kortingsysteem . . . . . 3512

a) De werking van het kortingsysteem . . . . . 3513

b) De toepasselijkheid van artikel 86 op een systeem van doelkortingen . . . . 3514

c) De vraag of de handelaren ten aanzien van NBIM in een afhankelijke positie zijn gebracht . . . . . 3516

d) Discriminatie van bepaalde handelaren . . . . . 3519

2. De extrabonus van 1977 . . . . . 3520

IV — Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten . . . . . 3522

V — De vaststelling van de boete . . . . . 3523

VI — Kosten . . . . . 3525

# CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL P. VERLOREN VAN THEMAAT VAN 21 JUNI 1983

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

## 1. Inleiding

*1.1.* Alle voor de beoordeling van de zaak 322/81 belangrijke gegevens zijn op overzichtelijke wijze weergegeven in het rapport ter terechtzitting. In de inleiding van mijn conclusie in deze zaak kan ik dus volstaan met enkele hoofdpunten in herinnering te roepen, terwijl ik voor de vele gecompliceerde details naar dit rapport verwijs.

Het beroep, dat de NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin (NBIM), ondersteund door de Franse Republiek, heeft ingesteld betreft een verzoek om nietigverklaring van een beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981. In artikel 1 van een beschikking werd vastgesteld, dat de NBIM in de periode 1975-1980 inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 van het EEG-Verdrag, door op de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens, autobussen, enz.:

a) met behulp van selectieve kortingen op individuele basis, die afhangen van niet duidelijk schriftelijk bevestigde afzet-„doelen" en kortingpercentages, de bandenhandelaren in Nederland aan zich te binden en te hunnen opzichte ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen en

b) in 1977 een extrajaarbonus te verlenen voor de aankopen van banden voor vrachtwagens, autobussen enz. en van banden voor personenwagens die afhing van het bereiken van een „doel" voor de aankopen van banden voor personenwagens.

In artikel 2 van de beschikking wordt aan de NBIM een geldboete opgelegd van Ecu 680 000 of HFL 1 833 184,80.