door exorbitant hoge eisen te stellen met betrekking tot de haar toekomende vergoeding, levert dat misbruik van machtspositie op.

5. Een onderneming die weigert bepaalde produkten afzonderlijk te leveren, die druk uitoefent op onafhankelijke distributeurs om hen te bewegen haar eigen discriminerende praktijken over te nemen, en die weigert de garantie op de door haar verhandelde werktuigen na te komen in geval toebehoren van ander dan haar eigen fabrikaat wordt gebruikt, maakt zich schuldig aan misbruik van machtspositie.

6. Zolang een onderneming die een machtspositie bezit, in gevallen waarin de bescherming van haar rechten zulks vereist, de procedures kan inleiden waarin de verschillende nationale wetgevingen inzake produktaansprakelijkheid of misleidende reclame voorzien, kan zij aan het beweerdelijk gevaarlijke karakter of de inferieure kwaliteit van produkten van haar concurrenten, bestemd om met een door haar vervaardigd en verhandeld werktuig te worden gebruikt, geen argument ontlenen ter rechtvaardiging van misbruik, daarin bestaande dat zij ter bescherming van haar marktpositie die produkten van de markt elimineert.

7. De omzet, bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, dat de criteria vastlegt voor het bepalen van de hoogte van de administratieve boete die kan worden opgelegd aan ondernemingen die inbreuk maken op de mededingingsregels, is de totale omzet van de onderneming.

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)
12 december 1991 *

In zaak T-30/89,

Hilti AG, gevestigd te Schaan, Liechtenstein, vertegenwoordigd door O. Axster, advocaat te Düsseldorf, en J. Pheasant, solicitor van het kantoor Lovell White Durrant, te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Zithe 8,

verzoekster,

* Procestaal: Engels.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Banks, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door N. Forwood, QC, van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, een bij haar juridische dienst gedetacheerd nationaal ambtenaar, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Bauco (UK) Ltd, gevestigd te Chessington, Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door C. G. Miller, Solicitor, van het kantoor Simmons & Simmons, te Londen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger en Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

en door

Profix Distribution Ltd, gevestigd te West Bromwich, Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door M. Titcomb, Solicitor, van het kantoor Evershed Wells & Hind, te Birmingham, en bij de mondelinge behandeling door P. Lasok, Barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Faltz & Associés, advocaten aldaar, Rue Heine 6,

interveniënten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 88/138/EEG van de Commissie van 22 december 1987 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.787 en 31.488 — Eurofix-Bauco/Hilti) — (PB 1988, L 65, blz. 19),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Saggio, kamerpresident, C. Yeraris, C. P. Briët, D. P. M. Barrington en B. Vesterdorf, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 24 en 25 april 1991,

het navolgende

Arrest

De feiten van het geschil

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 21 maart 1988, heeft Hilti AG (hierna: Hilti) verzocht om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 22 december 1987 waarbij de Commissie heeft vastgesteld, dat verzoekster binnen de EEG een machtspositie inneemt op de markt voor schiethamers en op die voor nagels en patroonstrips voor die schiethamers, en dat zij van die positie misbruik heeft gemaakt in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, Hilti een boete heeft oplegd van 6 miljoen ECU en haar heeft gelast een einde te maken aan het haar voorgehouden misbruik.

2 Hilti is de grootste producent in Europa van PAF-schiethamers, nagels en patroonstrips („PAF" staat voor „powder-actuated fastening" = bevestiging met explosieve lading). Zij heeft haar zetel in Liechtenstein, waar ook het grootste deel van de produktie plaatsvindt, maar zij heeft ook produktievestigingen in het Verenigd Koninkrijk en in andere Europese landen.

3 Profix Distribution Ltd (voorheen Eurofix, hierna: Profix of Eurofix, al naar gelang het stadium van de procedure) en Bauco (UK) Ltd, beide gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, produceren onder meer nagels die zijn bestemd voor gebruik in de door verzoekster vervaardigde schiethamers. Profix en Bauco stellen, dat de commerciële praktijken die verzoekster in de betrokken periode toepaste, bedoeld waren om hen van de markt voor met Hilti-werktuigen compatibele nagels te verdringen.

4 Door middel van een verzoek op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artike-

len 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204; hierna: verordening nr. 17) deed Eurofix op 7 oktober 1982 bij de Commissie haar beklag over de commerciële strategie die Hilti via haar dochterondernemingen in de EEG toepaste en die erop was gericht, haar van de markt voor met Hilti-werktuigen compatibele nagels te verdringen. Hilti zou weigeren patroonstrips te leveren aan onafhankelijke dealers of distributeurs van Hilti-produkten, wanneer de bestelling niet een overeenkomstige hoeveelheid nagels van Hilti omvatte. Om toch haar eigen nagels voor de Hilti-schiethamers te kunnen verkopen, had Eurofix getracht zelf de patroonstrips geleverd te krijgen, maar Hilti had toen bij haar onafhankelijke dealer in Nederland erop aangedrongen de levering van strips aan Eurofix stop te zetten; ook een rechtstreeks verzoek van Eurofix aan Hilti om levering van patroonstrips was op een weigering gestuit. Tevergeefs had Eurofix Hilti ten slotte om een octrooilicentie gevraagd, en uiteindelijk krachtens het in het Verenigd Koninkrijk geldend octrooirecht een dwanglicentie verkregen waarvan de voorwaarden door de „Comptroller of Patents" werden vastgesteld. Hilti had verzoekster naar aanleiding daarvan te verstaan gegeven, dat die licentie nog geen toestemming inhield met betrekking tot het auteursrecht dat haar in het Verenigd Koninkrijk zou toekomen.

5 Bauco wendde zich tot de Commissie met een soortgelijke klacht over inbreuken van Hilti op artikel 86 en met een verzoek om voorlopige maatregelen. In haar formele verzoek van 26 februari 1985 stelde Bauco, dat haar afnemers de Hilti patroonstrips niet konden kopen zonder Hilti-nagels, wat het voor Bauco moeilijk maakte haar eigen nagels te verkopen. Hilti had geweigerd aan Bauco patroonstrips te leveren, en een poging van Bauco om via derden patroonstrips te betrekken van Hilti's onafhankelijke distributeur in Nederland was gedwarsboomd. Ten slotte verminderde Hilti de kortingen op Hilti-produkten voor afnemers van Bauco-produkten, omdat zij Bauco-nagels kochten. Hilti wilde bovendien geen licentie verlenen voor de vervaardiging of invoer van patroonstrips. Toen Bauco toch zulke strips vervaardigde of importeerde, had Hilti in kort geding de stopzetting daarvan gevorderd op grond van inbreuk op haar octrooi en auteursrecht. Daarop had Bauco er noodgedwongen, bij overeenkomst van 4 december 1984, in toegestemd om geen patroonstrips te verkopen, in te voeren of te vervaardigen naar tekening waarop Hilti auteursrecht bezat of die inbreuk maakten op Hilti's octrooien. Bauco had een dwanglicentie aangevraagd, maar vreesde dat een dergelijke licentie haar weinig zou helpen, gelet op de auteursrechtelijke bescherming waarop Hilti aanspraak maakte. In ieder geval moesten de voorwaarden van de dwanglicentie uiteindelijk door de Comptroller of Patents worden vastgesteld.

6 Naar aanleiding van deze klachten verzocht de Commissie Hilti op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 om inlichtingen, en verrichtte zij een onderzoek bij een van haar dochtermaatschappijen. Zij achtte het aannemelijk, dat Hilti een machtspositie bezat op zowel de markt voor schiethamers als die voor het daarvoor bestemde toebehoren, en dat Hilti misbruik van die machtspositie had gemaakt; bijgevolg leidde zij tegen Hilti een inbreukprocedure in. In de loop van deze procedure accepteerde Hilti op 27 augustus 1985 een voorlopige verbintenis, waarin zij verklaarde de door de Commissie gelaakte praktijken te staken totdat de Commissie definitief zou hebben beslist.

7 Op 4 september 1987 tekende Hilti een definitieve verbintenis met de volgende inhoud:

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

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

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

De drie hiervoor genoemde uitzonderingen zijn:

i) het benaderen van een concurrerend aanbod;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De bestreden beschikking

Het dispositief

8 Het dispositief van de beschikking luidt als volgt:

„*Artikel 1*

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

1) koppelverkoop van nagels en patroonstrips;

2) geringere kortingen en toepassing van andere discriminerende praktijken bij aankoop van patroonstrips zonder nagels;

3) aansporing van onafhankelijke verdelers om bepaalde bestellingen voor uitvoer te weigeren;

4) weigering om orders van vaste cliënten of dealers voor patroonstrips volledig uit te voeren in geval van mogelijke wederverkoop;

5) tegengaan of vertraging van wettelijk gewaarborgde dwanglicenties voor Hilti's octrooien;

6) weigering van garantieverlening zonder objectieve redenen;

7) toepassing van selectieve en discriminerende praktijken met het doel zowel concurrenten als hun cliënten commercieel te schaden;

8) eenzijdige en geheime toepasssing van een beleid van gedifferentieerde kortingen voor geassisteerde, respectievelijk niet geassisteerde machineverhuurbedrijven en dealers in het Verenigd Koninkrijk.

Artikel 2

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

Artikel 3

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

Artikel 4

(...)".

De betrokken produkten

9 In haar beschikking heeft de Commissie de volgende — door verzoekster in de administratieve procedure en in het onderhavige geding niet betwiste — omschrijving gegeven van de betrokken produkten.

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

11 Voordat er schiethamers bestonden, werden voor het uitvoeren van bevestigingen in de bouw tamelijk tijdrovende en arbeidsintensieve methoden gebruikt: eerst werden gaten geboord en daarna werden, al naar gelang van het geval, bouten of krammen aangebracht. Toen Dr. Martin Hilti in 1958 een schiethamer perfectioneerde, werd deze snel populair. Schiethamers werken volgens hetzelfde principe als een pistool: een nagel wordt door een exploderende patroon met grote kracht en precisie in de gewenste positie ingedreven. Een verschilpunt is, dat bij een schiethamer de nagel en de patroon geheel los van elkaar zijn. Thans zijn de meeste schiethamers, ook die van Hilti, gebaseerd op het systeem van indirecte werking door middel van een drukstuk, waarbij de exploderende patroon een plunjer in beweging brengt die op zijn beurt de nagel lanceert. De meeste fabrikanten van schiethamers produceren een reeks hamers voor diverse soorten hechtingen. In deze schiethamers kunnen patronen van verschillende zwaarte worden gebruikt. Bovendien zijn sommige schiethamers voorzien van een systeem waarmee de drijfkracht kan worden geregeld. Door het gebruik van PAF-systemen kunnen bevestigingen in de regel zonder omslachtig boorwerk en zonder voorbereidingstijd worden uitgevoerd. Normaal moeten in het basismateriaal proefhechtingen worden uitgevoerd om na te gaan of en met welk toebehoren een goede bevestiging tot stand kan worden gebracht. Omdat een ondeugdelijke bevestiging niet steeds zichtbaar is en er rekening moet worden gehouden met een zeker percentage missers, moet bovendien altijd een minimumaantal bevestigingen worden verwezenlijkt en mag nooit op één enkele bevestiging worden vertrouwd. Het minimaal vereiste aantal bevestigingen is afhankelijk van het te dragen gewicht en het basismateriaal.

12 Voor de verschillende soorten verbindingen en de diverse materialen waarin die verbindingen tot stand moeten worden gebracht of waarop verdere bevestigingen kunnen worden aangebracht, zijn speciale nagels nodig. Deze nagels worden speciaal voor gebruik in schiethamers vervaardigd en gewone nagels zijn daarvoor ongeschikt. De nagel moet zo sterk zijn en een punt met zodanige eigenschappen hebben, dat hij zowel penetratievermogen als de vereiste hechtkracht bezit. Om technische redenen kunnen de nagels niet van roestvrij staal worden vervaardigd zodat zij, om te vermijden dat de hechting door corrosie haar stevigheid verliest, moeten worden verzinkt. De nagels moeten voor de verschillende schiethamers aan bepaalde specificaties beantwoorden. Aangezien sommige schiethamers volgens dezelfde normen zijn gebouwd, zijn de diverse nagels tot op zekere hoogte onderling verwisselbaar in die zin dat zij soms in schiethamers van meer dan één merk passen. Bij de eerste types schiethamers moesten na elk schot een nieuwe nagel en een nieuwe patroon worden ingebracht. In modernere schiethamers, waaronder die van Hilti, kan een magazijn worden gebruikt dat een aantal patronen bevat. De meeste patroonmagazijnen hebben de vorm van een uit plastic (soms uit metaal) vervaardigde strip of schijf met gewoonlijk tien koperen patronen. Deze strip verspringt automatisch bij elk schot. Schiethamers van dit type zijn slechts halfautomatisch in die zin dat zij telkens met een nieuwe nagel moeten worden geladen. Normaal moet voor een bepaald merk schiethamer een patroonstrip worden vervaardigd die daarin past, en de patroonstrips zijn meestal niet onderling verwisselbaar. Losse koperen patronen zijn meer gestandaardiseerd.

13 Schiethamers worden gebruikt door tal van vaklieden in de bouw. Door de opkomst van machineverhuurbedrijven, vooral in het Verenigd Koninkrijk, zijn schiethamers in beperkte mate beschikbaar gekomen voor niet beroepsmatig gebruik.

14 Hilti geniet voor haar assortiment schiethamers, nagels en patroonstrips tot op zekere hoogte octrooibescherming. Eén van Hilti's nieuwste schiethamers, de DX 450, bezit bepaalde nieuwe kenmerken in vergelijking met haar oudere modellen (zoals de DX 100 en de DX 350), die zijn geoctrooieerd. Hilti's schiethamers zijn in de gehele Gemeenschap beschermd door octrooien die al naar gelang van het land en van het kenmerk waarop het octrooi betrekking heeft, tussen 1986 en 1996 aflopen. In de Gemeenschap zijn in alle Lid-Staten, behalve in Denemarken, aan Hilti eveneens octrooien verleend op bepaalde nagels. Deze octrooien liepen alle reeds af in 1988. Deze octrooibescherming heeft een aantal fabrikanten echter niet belet om speciaal voor gebruik in schiethamers van Hilti en van andere

producenten een assortiment nagels met kennelijk dezelfde eigenschappen te produceren. De losse koperen patronen die vóór de opkomst van patroonstrips voor halfautomatische schiethamers in zwang waren, waren niet geoctrooieerd en dergelijke patronen konden vrij van diverse leveranciers worden betrokken. De door Hilti voor gebruik in de DX 350 ontwikkelde tienschotspatroonstrip was in alle Lid-Staten geoctrooieerd. Hij wordt nu gebruikt in andere modellen, met name in de DX 450. In Griekenland liepen deze octrooien af in 1983 en in Duitsland in 1986. In alle andere Lid-Staten liepen zij af in 1988 of 1989.

15 In het Verenigd Koninkrijk zou het oorspronkelijke, op grond van de Patent Act 1949 verleende octrooi normaal zijn afgelopen na zestien jaar, in juli 1984. Bij de Patent Act 1977 is de geldigheidsduur van alle nieuwe en bestaande octrooien tot twintig jaar verlengd, dit met het oog op aanpassing aan de regelingen elders in de Gemeenschap. Het octrooi op de patroonstrip liep derhalve af in juli 1988. Voor alle octrooien waarvan de geldigheidsduur bij deze wet is verlengd, kunnen voor de duur van deze verlenging dwanglicenties worden verkregen. Bij gebreke van overeenstemming tussen licentiegever en licentienemer worden de licentievoorwaarden vastgesteld door de Britse „Comptroller of Patents, Designs and Trademarks". Behalve op octrooibescherming maakt Hilti voor het ontwerp van haar patroonstrips zonder patronen in het Verenigd Koninkrijk aanspraak op bescherming op grond van de Britse wettelijke regeling betreffende het eigendomsrecht (copyright) op tekeningen.

De juridische beoordeling door de Commissie, zoals in de beschikking uiteengezet

A — *De handelwijze van Hilti*

16 Omtrent de handelwijze van Hilti stelt de Commissie het volgende:

— Hilti voerde een beleid dat erin bestond om bepaalde eindverbruikers of distributeurs (zoals machineverhuurbedrijven) alleen patroonstrips te leveren wanneer tegelijk met deze strips de daarbij passende hoeveelheid nagels werd besteld (koppelverkoop van patroonstrips en nagels);

— Hilti trachtte eveneens de verkoop van door concurrenten vervaardigde nagels te dwarsbomen door stelselmatig minder korting te geven bij bestelling van patronen zonder nagels. Deze kortingreductie werd, nog steeds volgens de Commissie, voornamelijk ingegeven door het feit, dat de afnemer nagels bij concurrenten van Hilti betrok;

— Hilti oefende druk uit op onafhankelijke distributeurs — met name in Nederland — om bepaalde exportorders, onder meer vanuit het Verenigd Koninkrijk, niet uit te voeren;

— Hilti had als beleid, geen patronen te leveren aan onafhankelijke nagelfabrikanten, waaronder interveniënten;

— Hilti vertraagde of saboteerde de verlening van octrooilicenties die vanaf 1984 in het Verenigd Koninkrijk in de vorm van dwanglicenties konden worden verkregen en door interveniënten waren aangevraagd, door een zo hoge vergoeding te eisen dat dit neerkwam op een weigering;

— Hilti heeft toegegeven dat zij beleidsmatig weigerde patroonstrips te leveren, zelfs aan oude afnemers, wanneer zij vreesde dat de bestelde patroonstrips aan onafhankelijke nagelfabrikanten zouden worden verkocht;

— naar zij heeft toegegeven, weigerde zij garantie op haar werktuigen te verlenen wanneer er andere nagels mee waren gebruikt dan die van haar zelf;

— ten slotte paste Hilti selectieve en discriminerende praktijken toe jegens haar concurrenten en hun afnemers, gewoonlijk in de vorm van selectieve prijsreducties en andere voordelen.

B — *De economische gevolgen van de handelwijze van Hilti*

17 Volgens de beschikking heeft Hilti met dit commercieel beleid onafhankelijke fabrikanten van nagels en patroonstrips die ook toebehoren voor Hilti-schiethamers wilden aanbieden, de toegang tot de markt weten te beperken. Hilti was in staat om op de respectieve markten van de Lid-Staten zeer uiteenlopende prijzen te berekenen en op haar diverse produkten zeer belangrijke bruto-winstmarges te behalen.

C — *De markt voor de betrokken produkten*

18 De beschikking onderscheidt de volgende relevante produktmarkten:

a) de markt voor schiethamers;

b) de markt voor Hilti-compatibele patroonstrips;

c) de markt voor Hilti-compatibele nagels.

Dit zijn afzonderlijke markten, want ofschoon er een onderling verband tussen de hamers, de patroonstrips en de nagels bestaat, is toch de vraag- en aanbodstructuur telkens verschillend.

Het bestaan alleen al van onafhankelijke fabrikanten van nagels en patroonstrips die geen schiethamers vervaardigen, toont aan dat de situatie vanuit de aanbodzijde bezien voor deze produkten verschillend is. Voorts doen sommige fabrikanten van schiethamers een beroep op onafhankelijke fabrikanten van nagels en patroonstrips voor de levering van althans een deel van hun toebehoren. Sommige onafhankelijke nagelfabrikanten tellen ook producenten van schiethamers onder hun afnemers. Vanuit de vraagkant bezien is de aankoop van een schiethamer een kapitaalinvestering die in de regel gedurende een vrij lange tijd wordt gebruikt en over een tamelijk lange periode wordt afgeschreven. De patroonstrips en nagels

daarentegen behoren voor de gebruikers tot de lopende uitgaven; zij worden gekocht naar gelang de behoeften. Schiethamers en toebehoren worden niet tegelijk aangekocht.

Volgens de beschikking maken de Hilti-werktuigen niet deel uit van één enkele markt bestaande uit bevestigingssystemen in het algemeen, bestemd voor de bouwnijverheid, en wel om de volgende redenen:

— van de aanbodzijde bezien worden de verschillende soorten bevestigingsmateriaal over het algemeen volgens totaal verschillende technieken, onder verschillende afzetvoorwaarden en meestal door verschillende producenten geproduceerd;

— wat de vraagzijde betreft, meent de Commissie, dat wanneer PAF- en andere bevestigingssystemen tot een en dezelfde relevante markt zouden behoren, een lichte maar merkbare stijging (daling) van de prijs van een schiethamer, nagel of patroonstrip een gevoelige verschuiving van de vraag ten voordele of nadele van het alternatieve bevestigingssysteem tot gevolg zou moeten hebben. Bij de betrokken produkten blijkt de relatieve vraag naar de verschillende soorten bevestigingssystemen nu niet zo prijsgevoelig, dat men van een en dezelfde markt kan spreken. Ondanks het gedrag van Hilti hebben zulke verschuivingen zich immers niet voorgedaan. De kenmerken van PAF-systemen verschillen — soms radicaal — van die van andere bevestigingssystemen die bij de keuze van de voor een bepaald werk op een bepaalde plaats te gebruiken methode in aanmerking komen.

Gezien de vele factoren die de keuze van de te gebruiken bevestigingsmethode bepalen en gezien de zeer verschillende kenmerken (in economisch, juridisch of technisch opzicht) van de PAF- en andere bevestigingssystemen, kunnen zij volgens de beschikking niet tot dezelfde relevante markt worden gerekend. Bij de keuze van de meest geschikte bevestigingsmethode wordt uitgegaan van de specifieke toepassing voor een specifiek bouwwerk (met alle daaraan verbonden overwegingen van technische, juridische en economische aard, die al naar gelang van de soort toepassing en per bouwwerk kunnen verschillen).

Als relevante geografische markt voor schiethamers en toebehoren wordt in de beschikking de gehele Gemeenschap aangewezen; bij afwezigheid van kunstmatige belemmeringen kunnen deze produkten zonder buitengewoon hoge transportkosten door de Gemeenschap worden vervoerd.

D — *Machtspositie*

19 Uitgaande van het hierboven uiteengezette standpunt over de relevante produktmarkten en op grond van de hierna volgende overwegingen stelt de Commissie, dat Hilti op die markten een machtspositie bezit. Naar haar schatting bedraagt Hilti's marktaandeel voor schiethamers in de Gemeenschap 55%. Voor patroonstrips en nagels heeft Hilti naar schatting van de Commissie in de Gemeenschap een ten minste even groot marktaandeel als voor de schiethamers. Voor Hilti-compatibele nagels en patroonstrips is haar marktaandeel in de Gemeenschap groter dan voor nagels en patroonstrips in het algemeen.

Hilti beschikt volgens de beschikking over nog andere voordelen waardoor zij haar positie op de markt voor schiethamers kan handhaven en versterken, zoals bepaalde, door octrooien beschermde technische innovaties, een sterke positie op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en een hecht en goed uitgebouwd distributiesysteem in de Gemeenschap. Bovendien geeft Hilti's gedrag op commercieel gebied er blijk van, dat zij in staat is op de betrokken markten onafhankelijk en zonder zich te storen aan concurrenten of afnemers te handelen.

Volgens de beschikking heeft Hilti door de daarin beschreven praktijken misbruik van haar machtspositie gemaakt.

E — *Objectieve rechtvaardiging*

20 Volgens de beschikking is er geen objectieve rechtvaardiging voor de gedragingen van Hilti. Wanneer bij Hilti inderdaad veiligheidsoverwegingen voorop hadden gestaan, zoals zij heeft gesteld, dan had zij de bevoegde Britse autoriteiten moeten

waarschuwen en deze verzoeken op te treden tegen de onafhankelijke producenten wier produkten volgens haar gevaar opleveren. Het gedrag van Hilti kan dus niet worden geacht alleen te zijn ingegeven door het streven, de veiligheid en betrouwbaarheid van haar schiethamers en het gebruik van toebehoren dat aan de vereiste normen voldoet, te waarborgen.

21 Toen zij de litigieuze beschikking uitvaardigde, gaf de Commissie op 24 december 1987 een persverklaring uit met een samenvatting van de beschikking.

Daarin kwam onder meer de volgende alinea voor: „Deze gedragingen vormen een zeer ernstige inbreuk op de mededingingsregels, omdat zij neerkomen op een poging om kleine nieuwkomers van de markt te verdringen en de gebruikers in de keuze van hun leverancier te beperken. Hilti heeft met die gedragingen haar reeds bestaande machtspositie willen vergroten, en zij heeft ermee bereikt dat zij in de verschillende Lid-Staten zeer uiteenlopende prijzen kon berekenen. Daarom werd een exemplarische boete op zijn plaats geacht."

Procedure voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg

22 Het eerste gedeelte van de schriftelijke behandeling vond plaats voor het Hof van Justitie, dat bij beschikking van 15 november 1989 de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg heeft verwezen overeenkomstig artikel 3, lid 1, en artikel 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen.

Bij verzoekschriften, ingediend op 2 en 12 augustus 1988, hebben Bauco en Profix verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster. Bij beschikking van 4 december 1989 heeft het Gerecht Bauco en Profix toegelaten tot interventie.

Bij beschikking van 4 april 1990 (Jurispr. 1990, blz. II-163) heeft het Gerecht het verzoek van Hilti om vertrouwelijke behandeling ingewilligd voor de meeste gegevens ten aanzien waarvan zij dat had gevraagd.

Interveniënten Bauco en Profix hebben hun memories op 18 en 10 september 1990 ingediend. De Commissie en Hilti hebben op 23 oktober respectievelijk 13 november 1990 hun opmerkingen over de memories van interveniënten ingediend.

Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Conclusies van partijen

23 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage;

— de beschikking nietig te verklaren;

— de boete ongedaan te maken;

— in geval van gehele of gedeeltelijke handhaving van de beschikking, de boete op nihil te stellen;

— verweerster in de kosten te verwijzen.

De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

Bauco (UK) Ltd, interveniënte aan de zijde van de Commissie, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de bij interveniënte opgekomen kosten te verwijzen.

Profix Distribution Ltd, interveniënte aan de zijde van de Commissie, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de bij interveniënte opgekomen kosten.

Prealabele vragen

Argumenten van partijen

24 Naast haar vordering tot verwerping van het beroep trekt verweerster de ontvankelijkheid in twijfel van een aantal gronden die verzoekster in haar verzoekschrift aanvoert, omdat deze betrekking zouden hebben op feiten die Hilti tijdens de administratieve procedure uitdrukkelijk heeft erkend of in die procedure niet onder de aandacht van de Commissie heeft gebracht.

25 Verweerster stelt dit punt in de volgende bewoordingen aan de orde: „Heeft degene die krachtens artikel 173 EEG-Verdrag beroep instelt tegen een beschikking van de Commissie in een mededingingszaak, het recht om voor het Hof vraagstukken en argumenten aan de orde te stellen die hij in de administratieve procedure niet naar voren heeft gebracht, of terug te komen van hetgeen hij omtrent feitelijke of juridische omstandigheden in die procedure heeft erkend?".

26 Volgens de Commissie hebben de door verzoekster gedane erkenningen respectievelijk de door haar aangevoerde nieuwe argumenten betrekking op de volgende punten:

1) of, indien Hilti een machtspositie had, bepaalde gedragingen van haar misbruik in de zin van artikel 86 opleverden;

2) of de door Hilti toegegeven gedragingen de in artikel 86 bedoelde ongunstige invloed op de handel tussen de Lid-Staten hebben gehad;

3) de definitie van de relevante geografische markt.

27 De Commissie verwijst om te beginnen naar het antwoord van Hilti op de mededeling van punten van bezwaar, met name de volgende passage:

„Aangenomen dat Hilti een machtspositie op de markt bezat — van welke veronderstelling voor de rest van het betoog zal worden uitgegaan —, dan bestrijdt Hilti niet dat zij met sommige van de haar voorgehouden commerciële praktijken inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag. Met name erkent Hilti — nog steeds onder dezelfde veronderstelling —, dat zij artikel 86 EEG-Verdrag heeft overtreden door de volgende gedragingen:

— de weigering van Hilti GB in individuele gevallen, patroonstrips zonder nagels te leveren;

— de verlening door Hilti GB, bij wijze van algemeen beleid, van speciale kortingen bij aankoop van patroonstrips en nagels (...);

— de weigering van Hilti GB om aan klanten patroonstrips te leveren die voor Eurofix of Bauco waren bestemd;

— het verzoek van Hilti in november 1981 aan haar onafhankelijke exclusieve distributeurs in de Gemeenschap om Britse afnemers geen voor Eurofix bestemde patroonstrips te leveren;

— discriminatie door Hilti tussen ‚geassisteerde' en ‚niet-geassisteerde' machineverhuurbedrijven en andere wederverkopers volgens onvoldoende objectieve en evenmin consistent gehanteerde criteria waarvan de betrokken afnemers onwetend bleven;

— de weigering van Hilti om haar garantie op werktuigen na te komen in geval van gebruik van toebehoren van ander fabrikaat dan Hilti;

— discriminatie door Hilti van afnemers die in de praktijk niet altijd werden behandeld volgens de objectieve kortingscriteria die Hilti in de verscheidene Lid-Staten hanteerde.

(...)

Hilti erkent, dat haar motief voor de hierboven genoemde overtredingen, te weten een duurzame veiligheid en betrouwbaarheid van haar DX-systemen te verzeke-

ren, geen voldoende rechtvaardiging (vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt) opleveren voor deze praktijken, omdat deze niet het minst beperkende middel vormden waarmee het aangegeven doel kon worden bereikt."

28 Volgens de Commissie ontkent Hilti in haar verzoekschrift, zich aan misbruik van machtspositie schuldig te hebben gemaakt, en komt zij derhalve terug van haar eerdere erkenning als voormeld.

29 Ten aanzien van het tweede punt — de invloed op de handel tussen de Lid-Staten — betoogt de Commissie, dat Hilti gedurende de administratieve procedure de conclusies van de Commissie nooit heeft bestreden. Door toe te geven dat zij — als zij een machtspositie had gehad — artikel 86 EEG-Verdrag zou hebben overtreden, heeft Hilti volgens de Commissie noodzakelijkerwijs toegegeven, dat haar gedrag in ieder geval potentieel de handel tussen de Lid-Staten ongunstig heeft beïnvloed.

30 Wat het derde punt betreft — de definitie van de relevante geografische markt — merkt de Commissie op, dat Hilti gedurende de administratieve procedure de aanwijzing van de gehele Gemeenschap als de relevante geografische markt niet heeft weersproken.

31 De Commissie stelt, dat het verzoekster niet vrij staat om in het kader van een beroep krachtens artikel 173 EEG-Verdrag materiële argumenten aan te voeren die zij niet reeds in de aan de litigieuze beschikking voorafgaande administratieve procedure heeft aangevoerd. Hetzelfde geldt te meer voor de punten die verzoekster tijdens die procedure uitdrukkelijk heeft erkend en waarvan zij nu probeert terug te komen. De Commissie verwijst ter zake naar de conclusie van advocaat-generaal Warner in zaak 30/78 (arrest van 10 juli 1980, Distillers, Jurispr. 1980, blz. 2229) alsmede naar het arrest van 13 juli 1988 (zaak 102/87, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1988, blz. 4067).

32 Verzoekster verklaart bij repliek, dat „om een einde aan alle onzekerheid te maken, zij bevestigt wat zij in haar antwoord op de punten van bezwaar heeft erkend".

33 Zij houdt evenwel staande, dat haar praktijken, die zich feitelijk beperkten tot interveniënten in de onderhavige procedure, geen misbruik tot gevolg konden hebben omdat zij uit overwegingen van veiligheid objectief waren gerechtvaardigd. Voorts heeft de Commissie geen gegevens verschaft waaruit zou blijken dat de jegens interveniënten toegepaste praktijken in wijdere kring voelbaar waren. Zij geeft niettemin toe, dat zulke praktijken wel verdere gevolgen teweeg konden brengen en daarom niet het minst beperkende middel waren om aan haar zorgvuldigheidsplicht als producent te voldoen.

Juridische beoordeling

34 Het Gerecht onderscheidt twee lijnen in het betoog van de Commissie: de eerste betreft de vraag, of sommige van de door verzoekster naar voren gebrachte argumenten wel ontvankelijk zijn omdat daarmee punten worden bestreden die Hilti tijdens de administratieve procedure uitdrukkelijk als juist had erkend, en de tweede de vraag, of andere argumenten van verzoekster niet eveneens als niet-ontvankelijk moeten worden aangemerkt omdat Hilti deze niet in de administratieve procedure naar voren heeft gebracht.

35 Wat het eerste aspect van het betoog van de Commissie betreft, moet worden opgemerkt dat verzoekster gedurende de schriftelijke en mondelinge behandeling van de zaak, zowel voor het Hof van Justitie als voor het Gerecht van eerste aanleg, uitdrukkelijk bevestigt hetgeen zij in de administratieve procedure had erkend. Dat gedeelte van het betoog van de Commissie is derhalve verder niet van belang. Er zij evenwel op gewezen, dat Hilti in de administratieve procedure niet uitdrukkelijk de bewering van de Commissie heeft erkend, dat haar gedrag de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden, en evenmin met haar definitie van de relevante geografische markt heeft ingestemd. Het feit dat Hilti heeft toegegeven,

„artikel 86 te hebben overtreden", indien zij een machtspositie op de markt zou hebben gehad, zonder haar visie te geven op de problematiek rond de definitie van de geografische markt en de invloed van haar gedrag op de handel tussen de Lid-Staten, kan niet worden uitgelegd als een impliciete erkenning harerzijds van de juistheid van de stellingen van de Commissie en kan derhalve geen beperkingen voor haar meebrengen bij de latere uitoefening van haar rechten als procespartij.

36 Wat het tweede aspect van het betoog van de Commissie betreft, worden in verordening nr. 17 en verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, nr. 127, blz. 2268) onder meer de rechten en plichten genoemd die ondernemingen hebben in het kader van de administratieve procedure in het EEG-mededingingsrecht. Artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 bepaalt: „Alvorens beschikkingen te geven op grond van de artikelen (...) stelt de Commissie de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid hun standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen." Ingevolge artikel 2, lid 4, van verordening nr. 99/63 moet de Commissie, wanneer zij de punten van bezwaar mededeelt, een termijn vaststellen „waarbinnen de ondernemingen en ondernemersverenigingen gelegenheid hebben hun standpunt kenbaar te maken".

37 Ten aanzien van de strekking van deze bepalingen moet worden opgemerkt, dat deze ook indien gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, van verordening nr. 99/63, volgens hetwelk „de onderneming en ondernemersverenigingen schriftelijk binnen de vastgestelde termijn hun standpunt kenbaar maken terzake van de in aanmerking genomen punten van bezwaar", niet zodanig kunnen worden uitgelegd, dat zij de betrokken onderneming zouden verplichten om op de aan haar gerichte mededeling van punten van bezwaar te reageren.

38 Bovendien verplicht geen van beide verordeningen noch ook enig algemeen beginsel van gemeenschapsrecht de betrokken ondernemingen tot iets anders dan de Commissie de inlichtingen of documenten te verschaffen die zij krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 aan hen heeft gevraagd. Hoewel beide verordeningen lijken uit te gaan van een vermoeden van medewerking van de kant van de ondernemingen, een medewerking die vanuit het oogpunt van naleving van het

mededingingsrecht ook wenselijk is, kan daaruit bij ontbreken van enigerlei uitdrukkelijke bepaling geen verplichting worden afgeleid om op de mededeling van punten van bezwaar te reageren. Een dergelijke verplichting zou ook, althans waar een wettelijke basis ontbreekt, moeilijk te verenigen zijn met het fundamentele gemeenschapsrechtelijke beginsel van de bescherming van het recht van verweer. In de door de Commissie verdedigde opvatting zou een onderneming die om welke reden ook niet heeft gereageerd op de mededeling van punten van bezwaar, in de praktijk voor moeilijkheden komen te staan wanneer zij een procedure voor de gemeenschapsrechter wil instellen.

39 Daaruit volgt, dat het tweede onderdeel van verweersters betoog moet worden verworpen.

40 Nu dit betoog van verweerster faalt, dient het Gerecht erop te wijzen, dat Hilti nadrukkelijk bestrijdt artikel 86 EEG-Verdrag te hebben overtreden door de — wettelijk mogelijke — verlening van dwanglicenties voor Hilti's octrooien tegen te gaan of te vertragen en door selectieve en discriminerende praktijken toe te passen om zowel concurrenten als hun afnemers commercieel te schaden (artikel 1, sub 5 en 7, van het dispositief van de beschikking).

Ten gronde

41 Verzoekster doet haar vorderingen op een viertal middelen steunen, te weten: verzuim door de Commissie van haar verplichting om afdoende bewijs te leveren voor de feiten en opvattingen waarop zij zich heeft gebaseerd; schending van artikel 86 EEG-Verdrag, schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 doordat de opgelegde boete in ieder geval te hoog is, en tenslotte schending van artikel 190 EEG-Verdrag doordat de beschikking op het punt van de boete onjuist is gemotiveerd.

Het eerste middel: onvoldoende bewijs

42 Verzoekster stelt, dat de beschikking bijna uitsluitend stoelt op beweringen waarvoor elk bewijs ontbreekt. Op elk punt waar zij een schending van artikel 86 vaststelde, is de Commissie te kort geschoten in de naar gemeenschapsrecht op haar rustende verplichting tot bewijslevering. Zo heeft de Commissie nagelaten, de relevante feitelijke gegevens te verzamelen en heeft zij het door verzoekster verschafte bewijsmateriaal niet bestudeerd.

43 Daartegen brengt de Commissie in, dat haar beschikking door afdoende bewijs wordt geschraagd.

44 Het Gerecht stelt vast, dat verzoekster met deze stelling alle aspecten van de wijze waarop de Commissie in casu artikel 86 heeft toegepast, ter discussie stelt. Het onderzoek van dit argument kan dus niet worden gescheiden van het onderzoek van de zaak ten gronde. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de Commissie genoegzaam bewijs leveren van alle feiten waarop haar beschikking is gebaseerd. De vraag is derhalve, of de Commissie bij de vaststelling van de litigieuze beschikking in het bezit was van voldoende bewijsmateriaal om de informatie waarop zij zich baseerde, als juist te aanvaarden en haar beoordeling gerechtvaardigd te achten. Het middel van verzoekster, inhoudende dat de Commissie niet aan haar rustende bewijslast heeft voldaan, kan dus niet afzonderlijk worden behandeld.

Het tweede middel: schending van artikel 86

45 Dit middel valt in drie onderdelen uiteen:

— verweerster bestrijdt dat zij een machtspositie heeft op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan in de zin van artikel 86;

— verzoekster beaamt weliswaar dat haar gedrag in sommige opzichten misbruik zou kunnen opleveren als zij een machtspositie had gehad, doch meent dat haar gedrag, gericht op beperking van de verkoop van de nagels van interveniënten, geen misbruik kon opleveren, aangezien zij er een gewettigd belang bij had om het gebruik van die nagels in haar schiethamers te beperken;

— verzoekster ontkent dat haar commercieel gedrag de handel tussen de Lid-Staten ongunstig heeft beïnvloed of heeft kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 86.

46 De toetsing door het Gerecht van de gegrondheid van dit middel moet zich dus toespitsen op drie punten. In de eerste plaats moet worden vastgesteld, welke positie verzoekster op de markt inneemt, waartoe eerst de definitie van de relevante produktmarkt en van de geografische markt moeten worden onderzocht. In de tweede plaats moet het Gerecht nagaan, of het gewraakte gedrag misbruik oplevert of niet, in het bijzonder gelet op de door Hilti ter zake ingeroepen objectieve rechtvaardiging. In de derde plaats moet het zich uitspreken over de gevolgen van dat gedrag op de handel tussen de Lid-Staten.

De machtspositie

47 In het eerste onderdeel van het middel inzake schending van artikel 86 komt verzoekster op tegen de in de beschikking gegeven definitie van de relevante produktmarkt en van de geografische markt en verwerpt zij de argumenten die de Commissie tot de slotsom hebben gebracht, dat zij een machtspositie bezit.

De relevante produktmarkt

Argumenten van partijen

48 Verzoekster stelt, dat de Commissie de relevante produktmarkt onjuist heeft gedefinieerd. Om aan te tonen dat die markt niet, zoals in de beschikking wordt

gesteld, uit drie afzonderlijke markten bestaat, namelijk die voor schiethamers, die voor patroonstrips (en patronen) en die voor nagels, betoogt verzoekster in de eerste plaats, dat al deze onderdelen moeten worden beschouwd als deel uitmakend van een onlosmakelijk geheel. Verzoekster baseert zich hiervoor op twee rapporten uit 1986 en 1987, opgesteld door S. Klee en T. Seeger, ingenieurs materiaalkunde aan de Technische Hochschule te Darmstadt, waaruit de onderlinge afhankelijkheid zou blijken van de onderdelen die te zamen een PAF-systeem vormen. Deze komen tot de conclusie, dat „wanneer de criteria waaraan de samenstellende delen van een systeem moeten voldoen niet in alle opzichten aan normen en algemeen verbindende regels zijn onderworpen, de onderdelen van verschillend fabrikaat niet kunnen worden uitgewisseld zonder dat de eigenschappen van het systeem daardoor worden beïnvloed". Verzoekster heeft daarnaast nog andere rapporten overgelegd van twee Britse ingenieurs die tot dezelfde conclusie kwamen.

Ten onrechte, aldus verzoekster, is de Commissie voor de definitie van de relevante markt op één enkel criterium afgegaan, namelijk de kruislingse prijselasticiteit. Het gebruik van één enkel criterium, zoals de Commissie doet, druist in tegen de economische theorie en praktijk alsmede tegen de rechtspraak van het Hof. Bovendien heeft de Commissie dat criterium in feite ook niet toegepast. Zij heeft de mate van economische vervangbaarheid niet onderzocht.

49 Wat de vervangbaarheid vanuit het oogpunt van de vraag betreft merkt verzoekster op, dat er wel degelijk een zekere economische vervangbaarheid bestaat tussen enerzijds de PAF-systemen en anderzijds bepaalde andere bevestigingssystemen die deze technisch kunnen vervangen. Bij alle toepassingen die zich lenen voor bevestiging met explosieve lading, zo brengt verzoekster in herinnering, werden naast PAF-systemen jarenlang ook alternatieve systemen (met name boren/vastschroeven) gebruikt, waarbij elk systeem een aanzienlijk marktaandeel had.

50 Verzoekster onderstreept bovendien, dat naast de prijs van een produkt andere concurrentiefactoren zoals kwaliteit, service voor en na aanschaf, snelle beschikbaarheid, enzovoort, voor de gebruiker evenzeer van belang kunnen zijn. Hoewel het onderbrengen van onderscheiden produkten in één en dezelfde markt altijd een kruislingse prijselasticiteit tussen die produkten veronderstelt, kan men in de

toegepaste economie de kruislingse prijselasticiteit niet als enig criterium hanteren voor de definitie van een relevante produktmarkt, zonder daarbij de kruislingse elasticiteit van de vraag ten aanzien van andere concurrentiefactoren te betrekken.

51 Met de econometrische studie van professor Albach, hoogleraar aan de universiteit van Bonn, die de Commissie in punt 73 van de beschikking vermeldt, meent verzoekster een aanzienlijke mate van kruislingse prijselasticiteit te hebben aangetoond tussen de verkopen van, in de eerste plaats nagels voor PAF-systemen enerzijds en ankers (pluggen) anderzijds, in de tweede plaats schiethamers enerzijds en boorhamers anderzijds, in de derde plaats ankers (pluggen) enerzijds en schiethamers anderzijds. In haar beschikking oefent de Commissie ongerechtvaardigde kritiek uit op de methode en de bevindingen van professor Albach. Een ander onderzoek, in opdracht van Hilti verricht door professor Yarrow, hoogleraar aan de universiteit van Oxford, op basis van een marktonderzoek van het onafhankelijke Rosslyn researchinstituut, zou thans onomstotelijk hebben aangetoond, dat de alternatieve systemen die elkaar voor de verschillende toepassingen kunnen vervangen, met elkaar in concurrentie staan.

52 Verzoekster beaamt dat zij in 1982 octrooi had op de patroonstrips, maar houdt staande dat zij aan haar positie op de markt van in haar eigen apparaten te gebruiken patroonstrips geen grotere macht ontleende dan haar aandeel in de verkoop van PAFS in het algemeen haar reeds verschafte. In de regel geeft een sterke positie of zelfs een monopolie op het gebied van patroonstrips een ondernemer geen grotere macht dan zijn aandeel in de verkoop van PAFS in het algemeen hem reeds verschaft, wanneer het uit al deze onderdelen te zamen bestaande systeem zich gemakkelijk laat vervangen door een ander bevestigingssysteem. Dat is het geval bij de produkten van verzoekster, die haar schiethamers verkoopt tegen prijzen die de professionele eindgebruikers er niet van zullen weerhouden om een ander produkt te kiezen. Zo betaalde de eindgebruiker in het Verenigd Koninkrijk voor de aldaar het meest gebruikte Hilti-schiethamer in 1988 netto 225 UKL. De kosten van Hilti-toebehoren bedragen bij 1 200 bevestigingen in totaal evenveel als de aanschaffing van een schiethamer. Gemiddeld geeft de eindgebruiker in twee maanden evenveel uit aan nagels en patroonstrips als hij in de schiethamer heeft geïnvesteerd. In dergelijke omstandigheden zou de eindgebruiker bij de eerste po-

ging van verzoekster om haar octrooibescherming uit te buiten, snel op een ander PAF-systeem of op een compleet ander bevestigingssysteem overstappen. Daaruit volgt, aldus verzoekster, dat een definitie die de relevante produktmarkt beperkt tot voor Hilti-werktuigen geschikte patroonstrips of nagels niet juist kan zijn. Een juiste definitie van de markt omvat volgens verzoekster alle bevestigingssystemen die een alternatief bieden voor elke toepassing die zich leent voor bevestigingssystemen met explosieve lading, met name boor- en schroefsystemen.

53 Wat de vervangbaarheid vanuit het oogpunt van het aanbod betreft merkt verzoekster op, dat de algemene technologie voor de vervaardiging van boormachines (voor boor- en schroefsystemen) niet veel verschilt van die voor de vervaardiging van schiethamers. De bevestigingselementen van beide systemen komen wat functie en materiaal betreft met elkaar overeen. Onder de concurrenten van verzoekster zijn Bosch, AEG, Hitachi en Black & Decker de enigen die niet zowel boormachines als PAF-systemen leveren. Alle andere aanbieders noemen zichzelf evenals verzoekster aanbieders van bevestigingssystemen voor de bouwnijverheid in het algemeen. Wat het toebehoren betreft, kan iedere producent met ervaring in het vervaardigen van speciale nagels of schroeven zonder probleem schiethamernagels vervaardigen. De vervaardiging van de voor PAF-systemen benodigde patroonstrips is voor iedere producent van patronen één van de belangrijkste activiteiten. Er zijn in de Gemeenschap slechts drie ondernemingen van enige omvang die PAF-patroonstrips vervaardigen, maar de transportkosten zijn relatief zo laag, dat de strips zonder bezwaar van buiten de Gemeenschap kunnen worden betrokken. De afzetvoorwaarden voor andere bouw-bevestigingssytemen wijken niet zo sterk af, dat daarin een ernstige hinderpaal zou zijn gelegen voor producenten die zich op de markt voor PAF-systemen willen begeven.

54 In antwoord op dit betoog wijst de Commissie eerst op eerdere uitlatingen van Hilti over de relevante markt. In haar antwoord van 23 maart 1983 op vragen die de Commissie haar na de indiening van de klacht van Eurofix had gesteld, had Hilti namelijk geschreven, dat er volgens haar ten minste twee afzonderlijke rele-

vante markten zijn voor nagels en patroonstrips, naast die voor schiethamers. Volgens de Commissie vormt deze uitspraak wel het sterkste bewijs voor de wijze waarop Hilti zelf de markten inschatte waarop zij destijds actief was.

55 Waar zij de kruislingse prijselasticiteit heeft beschouwd als synthese van alle factoren die bepalend zijn voor de vraag, of twee verschillende produkten werkelijk tot één en dezelfde relevante markt kunnen worden gerekend, zegt de Commissie een criterium te hebben gebruikt dat al jarenlang wordt toegepast, zowel door haar zelf als door het Hof van Justitie. In dat verband verwijst zij met name naar het arrest van het Hof van 21 februari 1973 (zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215), wat betreft de substitueerbaarheid vanuit het oogpunt van het aanbod, en het arrest van 14 februari 1978 (zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207), wat betreft de substitueerbaarheid vanuit het oogpunt van de vraag.

56 De Commissie meent dat de economische substitueerbaarheid tussen de verschillende bevestigingssystemen betrekkelijk gering is. Dat verschillende systemen zeer lang naast elkaar hebben bestaan, is te verklaren doordat zich bij elke soort van toepassing een scala van situaties voordoet, waarvan sommige naar hun aard geschikt zijn voor het ene en andere voor het andere type bevestiging. Zo blijkt bij vergelijking van het gebruik van schiethamers en van puntlassen — een voorbeeld uit de tweede studie van professor Albach — de kritische drempel betrekkelijk onafhankelijk te zijn van de kosten van het PAF-toebehoren. Uit andere voorbeelden blijkt eveneens, dat een geringe maar voelbare prijsstijging voor het PAF-toebehoren nauwelijks belangrijke verschuivingen in de keuze tussen de verschillende bevestigingssystemen zou teweeg brengen.

57 Het feit dat de econometrische studie van professor Albach geen kruislingse prijselasticiteit aantoont, laat zich nauwelijks verklaren — zoals verzoekster doet — door „gelijktijdige relatieve veranderingen"; een meer voor de hand liggende verklaring is, dat de produkten niet met elkaar concurreren en tot verschillende markten behoren.

58 De relevante markt is dus niet de markt voor alle bevestigingssystemen te zamen, maar die voor Hilti-compatibele patroonstrips en die voor Hilti-compatibele nagels.

59 Met name wat de vervangbaarheid vanuit het oogpunt van het aanbod aangaat, betoogt de Commissie dat het voor producenten van andere produkten niet gemakkelijk is om op de markt van PAF-systemen en PAF-toebehoren door te dringen. Dat komt, doordat eerst technische problemen moeten worden opgelost en belangrijke investeringen nodig zijn. Een andere belangrijke factor is de tijd die heengaat voordat nieuwe aanbieders zover zijn om zich op de markt te begeven. Voor de Hilti-compatibele patroonstrips werden deze algemene factoren nog extra versterkt doordat Hilti octrooien bezat voor alle EG-landen en voornemens was van auteursrechtelijke bescherming gebruik te maken.

60 Bauco betoogt dat schiethamers, door hun unieke eigenschappen, in tal van bijzondere gevallen een praktische oplossing bieden.

61 Er is geen sprake van kruislingse prijselasticiteit tussen schiethamers en toebehoren enerzijds en de werktuigen en toebehoren voor andere bevestigingssystemen anderzijds. Het argument van Hilti, als zou een PAF-bevestigingssysteem een „technisch geïntegreerd systeem" vormen, wordt onhoudbaar wanneer men het ook voor andere bevestigingssystemen gebruikt. Daaruit blijkt duidelijk, dat de relevante markten in casu wel degelijk de afzonderlijke markten zijn voor schiethamers, voor nagels en voor patroonstrips. De gebruikers zijn wel genoodzaakt om de PAF-systemen van Hilti te gebruiken, niet alleen vanwege de investering die de aankoop van een schiethamer betekent, maar ook vanwege de technische en praktische superioriteit van het Hilti-produkt boven alle andere PAF-systemen.

62 Ten aanzien van de vervangbaarheid vanuit het oogpunt van de vraag betoogt Bauco, dat wanneer de keuze berust op ervaring, zoals meestal het geval is, alleen een significante verandering in welke van de eigenschappen dan ook die keuze kan beïnvloeden. Diepgaande studie van alle factoren die meewegen bij de beslissing voor elk van de uiteenlopende bevestigingssystemen, zou zeer waarschijnlijk uitwijzen dat de andere bevestigingssystemen de gebruiker in veel gevallen slechts een gebrekkig alternatief kunnen bieden.

63 Profix onderschrijft de argumenten van de Commissie. Tijdens de mondelinge behandeling heeft zij bovendien naar voren gebracht, dat de relevante produktmarkt de markt voor nagels is, meer in het bijzonder voor nagels die compatibel zijn met de Hilti-hamers. Profix maakt nagels en is dus wel genoodzaakt nagels te produceren die op de Hilti-schiethamers passen, zoals zij sinds de jaren zestig doet. Juist omdat Profix alleen nagels maakt, gaat jegens haar het argument niet op, dat alternatieve systemen, zoals de klopboor, de PAF-systemen zouden kunnen vervangen.

Juridische beoordeling

64 Voordat de marktpositie van Hilti kan worden beoordeeld, moet eerst de relevante markt worden afgebakend, aangezien de concurrentiemogelijkheden slechts kunnen worden beoordeeld aan de hand van die kenmerken van de onderhavige produkten, waardoor die produkten bijzonder geschikt zijn om in een onelastische behoefte te voorzien en slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen (arrest van het Hof van 21 februari 1973, zaak 6/72, Continental Can, reeds aangehaald, r. o. 32).

65 Om dus te kunnen vaststellen of Hilti, als aanbieder van schiethamers en van daarvoor bestemde toebehoren, zo sterk is op de relevante produktmarkt dat van een machtspositie in de zin van artikel 86 moet worden gesproken, moet eerst worden nagegaan, of als relevante markt de markt voor alle bevestigingssystemen voor de bouwnijverheid moet worden genomen, dan wel of de markt voor schiethamers en die voor het daarvoor bestemde toebehoren, dus patroonstrips en nagels, de relevante markten vormen.

66 Het Gerecht is van oordeel, dat schiethamers, patroonstrips en nagels drie specifieke markten vormen. Aangezien de strips en de nagels speciaal voor een bepaald merk schiethamer worden vervaardigd en door de gebruikers worden aangeschaft, moet worden aangenomen dat er afzonderlijke markten zijn voor Hilti-compatibele patroonstrips en voor Hilti-compatibele nagels, zoals de Commissie in haar beschikking heeft vastgesteld (punt 55).

67 Wat nu in het bijzonder de nagels betreft, waarvan het gebruik in Hilti-schiethamers een wezenlijk punt van het onderhavige geschil uitmaakt, staat vast dat onafhankelijke producenten, waaronder interveniënten, sinds de jaren zestig nagels maken die voor gebruik in schiethamers zijn bestemd. Sommige van deze producenten hebben zich gespecialiseerd en maken alleen nagels, enkelen maken zelfs alleen nagels die specifiek voor werktuigen van het merk Hilti zijn bestemd. Dat alleen al is een sterke aanwijzing, dat er een specifieke markt bestaat voor Hilti-compatibele nagels.

68 De stelling van Hilti, dat schiethamers, patroonstrips en nagels als één onlosmakelijk geheel moeten worden beschouwd, namelijk als een „bevestigingssysteem met explosieve lading", zou in de praktijk erop neerkomen, dat producenten van schiethamers het gebruik in hun werktuigen van ander toebehoren dan dat van eigen makelij mogen verhinderen. Bij gebreke van algemene en dwingende normen en voorschriften staat het echter iedere onafhankelijke producent vanuit het oogpunt van het communautaire mededingingsrecht volkomen vrij om toebehoren te vervaardigen dat is bestemd voor gebruik in door anderen vervaardigde werktuigen, tenzij hij daardoor inbreuk zou maken op een octrooi of een ander recht van industriële of intellectuele eigendom. Zelfs indien de onderdelen van verschillende makelij niet onderling kunnen worden uitgewisseld zonder de eigenschappen van het systeem te beïnvloeden, zoals verzoekster beweert, dan zou de oplossing moeten worden gezocht in wettelijke of bestuursrechtelijke voorschriften en niet in eenzijdige maatregelen van de kant van de schiethamerfabrikanten, die voor de onafhankelijke producenten zoveel betekenen als een verbod op het voornaamste deel van hun bedrijfsactiviteit.

69 Het argument van Hilti, dat PAF-werktuigen met toebehoren deel uitmaken van de markt voor bevestigingssystemen voor de bouwsector in het algemeen, kan

evenmin stand houden. Naar het Gerecht vaststelt, verschillen PAF-systemen op meerdere belangrijke punten van andere bevestigingssystemen. De specifieke eigenschappen van PAF-systemen genoemd in punt 62 van de beschikking zijn van dien aard, dat deze systemen in een zeker aantal gevallen de meest voor de hand liggende keuze vormen. Blijkens het dossier bestaat in veel gevallen geen reëel alternatief, noch voor de geschoolde arbeider die op de bouwplaats een werk uitvoert, noch voor de technicus die tevoren moet vaststellen welke bevestigingssystemen in een bepaalde situatie moeten worden gebruikt.

70 Het Gerecht acht de beschrijving van deze eigenschappen zoals de Commissie die in haar beschikking heeft gegeven, voldoende duidelijk en overtuigend om de daaruit getrokken conclusies rechtens te kunnen dragen.

71 Gezien deze bevindingen kan niet ernstig worden betwijfeld, dat zich in de praktijk een heel scala van situaties kan voordoen, waarvan sommige naar hun aard geschikt zijn voor gebruik van het PAF-systeem en andere voor gebruik van een of meer andere bevestigingssystemen. Zoals de Commissie opmerkt, is het feit dat verscheidene onderling verschillende bevestigingssystemen lange tijd ieder een belangrijk aandeel hadden in de totale vraag naar bevestigingssystemen, een teken dat de verschillende bevestigingssystemen slechts in betrekkelijk geringe mate onderling vervangbaar zijn.

72 In deze omstandigheden mocht de Commissie haar conclusies doen steunen op argumenten die mede de kwalitatieve kenmerken van de betrokken produkten omvatten.

73 Deze conclusies worden trouwens bevestigd door de voormelde onderzoeken van professor Yarrow en van het Rosslyn researchinstituut, die beide melding maken van een groot aantal gebruikers van schiethamers die voor de meeste situaties

waarin daadwerkelijk schiethamers zijn gebruikt, geen reëel alternatief voor het PAF-systeem wisten te noemen.

74 Daarenboven doet het door verzoekster overgelegde bewijsmateriaal geen afbreuk aan de bevindingen van de Commissie.

75 In de eerste plaats moet worden opgemerkt, dat de onderzoeken van professor Yarrow en van het Rosslyn researchinstituut niet, zoals de auteurs stellen, het bestaan van een hoge mate van economische vervangbaarheid tussen de betrokken produkten aantonen. De aan de bouwondernemingen gestelde vragen waren namelijk niet geschikt om een antwoord te kunnen verschaffen op de cruciale vraag in deze zaak, te weten of lichte maar merkbare veranderingen in de prijzen van nagels een gevoelige verschuiving van de vraag kunnen teweegbrengen. In een markt die, zoals hier, wordt gekenmerkt door zeer hoge kortingen op de catalogusprijs, is het enkele feit dat een bepaald aantal ondervraagden als doorslaggevende factor primair de prijs noemt, zonder zich nader uit te spreken over de betekenis van eventuele prijswijzigingen voor de keuze van het te gebruiken systeem, geen bewijs voor een grote kruislingse prijselasticiteit.

76 In de tweede plaats valt op te merken, dat de econometrische studie van professor Albach slechts met één enkele factor rekening houdt, namelijk de prijs, terwijl uit het dossier, met name de door het Rosslyn researchinstituut uitgevoerde enquêtes blijkt, dat de keuze van de gebruiker in grote mate door niet kwantificeerbare omstandigheden wordt bepaald.

77 De relevante produktmarkt waarvoor de marktpositie van Hilti moet worden beoordeeld, is dus de markt voor nagels, bestemd voor Hilti-schiethamers.

78 Voor deze conclusie is steun te vinden in voormelde brief van Hilti van 23 maart 1983 aan de Commissie, waarin zij te kennen gaf dat schiethamers, patroonstrips en nagels afzonderlijke markten vormen. Weliswaar werd daarmee toen niet bedoeld een uitlegging te geven van het begrip „relevante markt" met het oog op artikel 86, doch de inhoud van de brief geeft niettemin een goede indruk van de wijze waarop Hilti de respectieve markten waarop zij zich bewoog destijds zelf commercieel inschatte. Naar Hilti heeft verklaard, is de brief opgesteld door een van haar bedrijfsjuristen, in overleg met een extern juridisch adviseur en de betrokken product manager, dus door personen waarvan men mag aannemen dat zij goed op de hoogte waren van de onderneming en haar activiteiten.

De geografische markt

Argumenten van partijen

79 In verband met de afbakening van de geografische markt betoogt verzoekster, dat wat de distributie van PAF-produkten betreft naast de transportkosten nog andere factoren bijdragen tot verschillen in marktcondities tussen de Lid-Staten. Zo heeft professor Albach vastgesteld, hoe de traditionele beoordeling van bepaalde bouw- en bevestigingsprodukten en -technieken van Lid-Staat tot Lid-Staat aanzienlijk kan verschillen. Het bestaan van prijsverschillen tussen de verschillende markten is volgens verzoekster nog geen aanwijzing, laat staan een bewijs, dat er door binnen de Gemeenschap opererende ondernemingen kunstmatige belemmeringen zijn opgeworpen. De prijzen die Hilti in de diverse Lid-Staten hanteert, weerspiegelen veeleer de verschillen die tussen de commerciële structuur van die markten bestaan. Het is overigens onjuist om de hoogste prijzen naast de laagste te leggen. Zinvol is alleen vergelijking van de gemiddelde prijzen die de afzonderlijke commerciële organisaties van Hilti voor het gehele scala van produkten hanteren.

80 De Commissie betoogt — wat de grond van dit vraagstuk betreft —, dat bij de forse prijsverschillen die zijn geconstateerd, men parallelle handelsstromen tussen de nationale markten had kunnen verwachten. Tegen het argument van Hilti, dat gespecialiseerde distributeurs onontbeerlijk zijn, brengt de Commissie in, dat zelfs voor produkten als auto's, waarvoor hoog gespecialiseerde afzetpunten nodig zijn,

de relevante markt vanuit het oogpunt van de producent klaarblijkelijk toch ook de Gemeenschap is.

Juridische beoordeling

81 Blijkens het dossier vertonen de prijzen van Hilti-produkten in de verschillende Lid-Staten aanzienlijke verschillen en zijn de transportkosten voor nagels gering. Deze twee factoren maken het bestaan van parallelle handelsstromen tussen de nationale markten van de Gemeenschap zeer waarschijnlijk. Derhalve moet worden vastgesteld, dat de Commissie in casu terecht de gehele Gemeenschap als relevante geografische markt heeft aangemerkt. Het argument van verzoekster op dit punt moet daarom worden verworpen.

De marktpositie van Hilti

Argumenten van partijen

82 Wat de andere aspecten betreft van de vraag, of verzoekster een machtspositie heeft op de relevante produktmarkt, merkt Hilti in de eerste plaats op, dat de schattingen van de Commissie van haar marktaandeel onvoldoende grond zijn om een machtspositie aan te nemen. Noch de door verzoekster zelf aan de Commissie opgegeven schattingen, noch die van de Britse organisatie PASA (Powder Actuated Systems Organisation) zijn betrouwbaar genoeg om als basis voor de litigieuze beschikking te dienen. Alleen de Commissie is in staat, op grond van de haar in artikel 11 van verordening nr. 17 toegekende bevoegdheden, de werkelijke marktaandelen te bepalen, wat zij evenwel niet heeft gedaan. Verzoekster zegt niet te weten, hoe groot haar aandeel is op de relevante markt, zoals die in haar visie zou moeten worden gedefinieerd, dat wil zeggen de markt voor alle bevestigingssystemen die de PAF-systemen kunnen vervangen (waaronder met name boor- en schroefsystemen). Niettemin is Hilti stellig in haar bewering, dat haar marktaandeel niet zo groot is dat men van een machtspositie kan spreken.

83 Verzoekster zegt geen commerciële macht van betekenis aan haar octrooien te ontlenen. Wat haar octrooi op de patroonstrips betreft, herhaalt verzoekster de hierboven in rechtsoverweging 52 weergegeven argumenten ten betoge dat zij aan haar aandeel op die markt geen sterkere commerciële macht ontleent dan zij door haar positie op de relevante markt in het algemeen heeft. Haar octrooien op bepaalde onderdelen van de DX 450-schiethamer zijn slechts verbeteringsoctrooien. Haar concurrenten hebben allang soortgelijke, op hun eigen modellen afgestemde verbeteringen in hun werktuigen kunnen aanbrengen. Evenmin levert de positie van verzoekster op het gebied van onderzoek en ontwikkeling haar een excessieve commerciële macht op. De grootste concurrent van verzoekster voor PAF-systemen heeft praktisch dezelfde omzet en financiële middelen als zij zelf, en haar middelen voor onderzoek en ontwikkeling zijn eigenlijk niets vergeleken met die van de andere concurrenten, die industriële reuzen zijn. Het distributiesysteem van verzoekster is niet zodanig georganiseerd dat dit haar een onevenredig concurrentievoordeel oplevert. Verzoekster bestrijdt de bewering van de Commissie, dat het segment van PAF-systemen in de markt van bevestigingssystemen voor de bouwnijverheid al zover tot ontwikkeling is gekomen dat er sprake is van hoge toegangsdrempels en verminderde concurrentie.

84 Haar marktgedrag, zo betoogt Hilti, getuigt niet van een machtspositie. De praktijk om de verkoop van patroonstrips en van nagels te koppelen, heeft verzoekster ontwikkeld om gevaren door het gebruik van ondeugdelijke nagels in haar schiethamers tegen te gaan. Deze handelwijze is geen grond om een machtspositie op de markt te veronderstellen.

85 De Commissie brengt daartegen in, dat de cijfers over Hilti's marktaandelen waarvan zij in haar beschikking is uitgegaan, haar door Hilti zelf zijn meegedeeld overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17; Hilti was dus verplicht om naar beste weten zo nauwkeurig mogelijke cijfers te verstrekken. Wat de van PASA afkomstige cijfers betreft, blijkt uit diverse interne documenten van Hilti, dat zelfs haar directie in het Verenigd Koninkrijk op de cijfers van die vereniging afging om inzicht te krijgen in haar marktaandeel. De Commissie meent, dat zij het marktaandeel van Hilti juist heeft ingeschat en dat er zelfs reden is om aan te nemen dat

het nog groter is. Volgens de cijfers van de PASA ligt Hilti's aandeel in de verkoop van PAF -nagels in het Verenigd Koninkrijk tussen 70% en 80% en bij 70% voor patroonstrips; beide zijn dus veel groter dan haar marktaandeel van 55% voor schiethamers.

86 De Commissie verwerpt de bezwaren van Hilti tegen haar beoordeling van de overige omstandigheden die volgens de beschikking Hilti hebben geholpen haar positie op de markt voor schiethamers te handhaven en te versterken. Hilti brengt, aldus de Commissie, het meest geavanceerde produkt op de markt, namelijk de DX 450-schiethamer. De enkele mogelijkheid dat andere grote potentiële aanbieders zich op de markt begeven, vormt geen tegenwicht tegen haar sterke positie op het gebied van onderzoek en ontwikkeling. Het gecombineerde effect van een goed georganiseerd distributieapparaat voor rechtstreekse verkoop aan de eindgebruiker en het hoge percentage van Hilti-afnemers onder de gebruikers van schiethamers maken het voor andere aanbieders moeilijk om Hilti terug te dringen, en voor nieuwe ondernemingen om de markt binnen te komen. Ten slotte maakt ook de ontwikkelingsgraad van de markt de toegang voor andere potentiële deelnemers minder aantrekkelijk.

87 De voorbeelden van het marktgedrag van Hilti die zij heeft opgesomd als bewijs van een machtspositie, zijn volgens de Commissie allemaal gedragingen die men in de regel alleen ziet bij een onderneming met een machtspositie. Natuurlijk zou ook een onderneming zonder machtspositie zich zo kunnen gedragen, maar in de praktijk is dat niet erg waarschijnlijk, want bij een daadwerkelijke mededinging zouden de nadelen van een dergelijke opstelling het normaliter winnen van de eventuele voordelen. Zo levert bij voorbeeld koppelverkoop de aanbieder die geen machtspositie heeft, in het normale geval geen voordeel op. Dat Hilti zulke praktijken toch ter hand neemt, is dus een extra bewijs van de macht die haar de positie van de facto enige aanbieder van Hilti-compatibele patroonstrips verschaft.

88 Voor Bauco staat het op grond van haar marktervaring buiten twijfel, dat Hilti een machtspositie inneemt op de relevante markten. De markten voor nagels en voor patroonstrips die met de Hilti-PAF-systemen compatibel zijn, zijn verreweg de

grootste en belangrijkste. Tot het moment waarop de Commissie ingreep, maakte Hilti het met haar gedrag onmogelijk om met succes op de markt door te dringen.

Juridische beoordeling

89 De Commissie heeft aangetoond, dat Hilti een aandeel heeft van 70 tot 80% op de relevante markt voor nagels. Dat cijfer heeft Hilti aan de Commissie verstrekt, gevolg gevend aan een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17. Zoals de Commissie terecht heeft benadrukt, was Hilti verplicht om naar beste weten zo nauwkeurig mogelijke inlichtingen te verstrekken. De bewering achteraf van Hilti, dat bij die cijfers voorzichtigheid is geboden, wordt door geen enkel bewijs of enig voorbeeld van mogelijke onbetrouwbaarheid gestaafd. Nog minder heeft Hilti andere cijfers verstrekt om de juistheid van haar bewering aan te tonen. Dit argument van Hilti moet dus worden verworpen.

90 Het Hof heeft uitgemaakt (arresten van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, en van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461), dat de in artikel 86 bedoelde machtspositie betrekking heeft op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen, en dat het bestaan van een machtspositie kan resulteren uit verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend hoeven te zijn, maar waaronder het bezit van omvangrijke marktaandelen zeer significant is.

91 In het bijzonder wat marktaandelen betreft, heeft het Hof uitgemaakt (arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 41), dat zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren.

92 In casu staat vast, dat Hilti op de relevante markt een aandeel heeft van 70 tot 80%. Een zo groot aandeel is op zichzelf een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op de relevante markt (zie het arrest van het Hof van 3 juli 1991, zaak C-62/86, Akzo, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r. o. 60).

93 Ten aanzien van de andere omstandigheden die het volgens de Commissie Hilti vergemakkelijken om haar positie op de markt te handhaven en te versterken, moet worden beklemtoond, dat het feit zelf dat Hilti een octrooi heeft en in het Verenigd Koninkrijk aanspraak maakt op auteursrechtelijke bescherming wat betreft de voor gebruik in haar eigen werktuigen bestemde patroonstrips, haar positie op de markten voor het met die werktuigen compatibele toebehoren versterkt. De sterke positie van Hilti op die markten werd nog versterkt door de octrooien die zij destijds bezat voor bepaalde onderdelen van haar DX 450-schiethamer. Daarbij komt nog, zoals de Commissie terecht opmerkt, dat het in de praktijk hoogst onwaarschijnlijk is dat een aanbieder die geen machtspositie heeft, zich gedraagt als Hilti, aangezien bij een daadwerkelijke mededinging de eventuele voordelen van zulk gedrag normaliter niet zullen opwegen tegen de nadelen.

94 Op grond van al deze overwegingen is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie mocht aannemen, dat Hilti een machtspositie bezat op de markt voor nagels, bestemd voor de door haar vervaardigde schiethamers.

Misbruik

95 In het tweede onderdeel van het middel betreffende schending van artikel 86 EEG-Verdrag bestrijdt verzoekster in de eerste plaats, dat haar gedrag misbruik opleverde, en stelt zij voorts, dat voor dat gedrag hoe dan ook een objectieve rechtvaardiging bestond.

De vraag, of het gedrag van Hilti misbruik oplevert

Argumenten van partijen

96 Terwijl Hilti de meeste gedragingen die haar worden voorgehouden toegeeft en beaamt dat deze misbruik konden opleveren wanneer zij een machtspositie had gehad, ontkent zij uitdrukkelijk, de verkrijging van wettelijk gewaarborgde dwang licenties van haar octrooien stelselmatig te hebben verijdeld of vertraagd of selectieve en discriminerende praktijken te hebben toegepast tegen haar concurrenten en hun afnemers (artikel 1, punten 5 en 7, van de beschikking).

97 Wat het aan Hilti verweten misbruik betreft betoogt de Commissie om te beginnen, dat Hilti haar argumentatie zowel in de administratieve als in de contentieuze procedure telkens heeft gewijzigd. Aanvankelijk, in haar brief aan de Commissie van 23 maart 1983, ontkende zij nog absoluut, enige stap te hebben genomen om de verkrijgbaarheid van haar patroonstrips in te perken; daarna, in haar antwoord op de punten van bezwaar, gaf zij toe, daarop gerichte praktijken te hebben toegepast, terwijl zij nu tracht afstand te nemen van een aantal erkenningen die zij in dat antwoord op de punten van bezwaar heeft gedaan.

98 De Commissie zegt verder, principieel niet te aanvaarden, dat het een aanbieder van bepaalde goederen die een machtspositie inneemt, zou vrijstaan om op eigen initiatief maatregelen te nemen om andere produkten van de betrokken markt te weren, ook al is dat uit oprechte bezorgdheid over de veiligheid en betrouwbaarheid van die andere produkten, in zover deze in combinatie met de zijne kunnen worden gebruikt.

Juridische beoordeling

99 Wat betreft verzoeksters beleid inzake de verlening van dwanglicenties, stelt het Gerecht vast, dat Hilti blijkens het dossier in de betrokken periode niet bereid was om vrijwillig licenties te verlenen en in de dwanglicentieprocedure een vergoeding verlangde die bijna zes maal zo hoog was als het uiteindelijk door de Comptrollor

of Patents vastgestelde bedrag. Een redelijke ondernemer zoals Hilti zegt te zijn, had in elk geval moeten begrijpen, dat het verlangen van een zo hoge vergoeding de procedure voor het verlenen van een dwanglicentie onnodig traineerde; een dergelijke gedraging levert onmiskenbaar misbruik op.

100 Wat betreft de selectieve of discriminerende praktijken van Hilti tegen haar concurrenten en hun afnemers blijkt duidelijk uit de door de Commissie in punt 40 van de beschikking genoemde documenten, dat Hilti zich inderdaad met zulke praktijken heeft beziggehouden. De door Hilti jegens concurrenten en hun afnemers gevoerde strategie is geen legitieme concurrentiemethode voor een onderneming met een machtspositie. Een selectief en discriminerend beleid zoals Hilti dat heeft gevoerd, tast de mededinging aan omdat andere ondernemingen erdoor kunnen worden afgeschrikt om zich op de markt te begeven. Mitsdien moet worden vastgesteld, dat de Commissie op goede gronden heeft aangenomen, dat dit gedrag van Hilti ongeoorloofd was.

101 Aangezien Hilti de andere, haar door de Commissie voorgehouden gedragingen heeft toegegeven en beaamt dat die gedragingen, indien afkomstig van een onderneming met machtspositie, misbruik kunnen opleveren, moet, nu de machtspositie van Hilti op de markt is aangetoond, worden vastgesteld dat Hilti van die machtspositie misbruik heeft gemaakt door zich met alle commerciële praktijken in te laten waarvan de Commissie haar in dit verband heeft beschuldigd.

Objectieve rechtvaardiging van het marktgedrag van Hilti

Argumenten van partijen

102 Als bewijs voor de door haar gestelde objectieve rechtvaardiging verwijst verzoekster allereerst naar het rapport van professor Seeger (zie hierboven, r. o. 48).

103 Vervolgens heeft zij een aantal technische rapporten overgelegd omtrent de kwaliteit van de door Bauco en Eurofix vervaardigde nagels, die belangrijke tekortkomingen van de nagels aan het licht zouden hebben gebracht, „waardoor ze ongeschikt zijn voor gebruik in de Hilti PAF-systemen". Op grond van deze rapporten concludeert verzoekster, dat interveniënten zich beide aan valse en misleidende reclame hebben schuldig gemaakt door hun nagels voor te stellen als „gelijkwaardig met en beantwoordend aan de normen die verzoekster voor nagels hanteert".

De bedoelde rapporten zijn de volgende:

— rapporten van de „Corrosion and Protection Centre Industrial Services", Manchester, over een vergelijkend onderzoek van Hilti-nagels enerzijds en Profix en Bauco-nagels anderzijds;

— opmerkingen van januari 1989 van de „Corrosion and Protection Centre Industrial Services" op commentaar van de Commissie op hun rapporten;

— opmerkingen van de „Corrosion and Protection Centre Industrial Services" op de memories van interveniënten;

— rapport van de „Staatliche Material-Prüfungsanstalt Darmstadt" van 25 januari 1989 over het broos worden van nagels door waterstof.

104 Voorts heeft verzoekster verschillende verklaringen van personeelsleden en anderen overgelegd, waarin wordt gesproken over gebrekkige bevestigingen met nagels van interveniënten. Ten slotte heeft zij nog een rapport van een marktonderzoekbureau geproduceerd, dat ingaat op „hechtingsproblemen" die Engelse gereedschapsverhuurbedrijven zouden hebben ondervonden met de PAF-nagelmerken die zij voerden.

105 Verzoekster refereert voorts aan haar zorgvuldigheidsplicht ingevolge het produktaansprakelijkheidsrecht, welke plicht haars inziens in dit geval nog wordt verzwaard door haar wetenschap van de „ongeschiktheid en slechte kwaliteit van de nagels van interveniënten en van het feit dat die nagels speciaal werden vervaardigd en gedistribueerd om in Hilti-systemen te worden gebruikt, en op misleidende wijze aldus werden aangeprezen". Om het bestaan en de omvang van deze plicht aan te tonen, heeft verzoekster drie adviezen van juridische deskundigen over de aansprakelijkheid van de fabrikant naar Engels, Duits en Frans recht overgelegd, die in het bijzonder ingaan op de problematiek rond de aansprakelijkheid voor „niet-compatibele" produkten.

106 Met betrekking tot de vraag, waarom zij geen andere maatregelen heeft genomen buiten de koppeling van de verkoop van patroonstrips aan de afname van nagels, legt Hilti uit, dat het probleem — gebruik van door Eurofix gemaakte nagels — aanvankelijk slechts „lokaal" was en dat zij geaarzeld heeft om in het openbaar te waarschuwen voor de nagels van Eurofix, uit vrees voor gerechtelijke stappen van Eurofix wegens „de aldus toegebrachte commerciële schade".

107 Ter rechtvaardiging van haar gedrag voert Hilti nog aan, dat het geen economische gevolgen heeft gehad, aangezien er geen PAF-nagels vervaardigd volgens Hilti-ontwerp, die in de Hilti-systemen pasten, op de Britse markt werden aangeboden in de periode waarin zij de verkoop van strips en nagels had gekoppeld. De obstakels waarmee zij interveniënten de toegang tot de markt heeft willen bemoeilijken, vonden hun rechtvaardiging in de door haar als fabrikant in acht te nemen zorgvuldigheid.

108 Volgens de Commissie wettigt het gedrag van Hilti alleszins de conclusie, dat Hilti's voornaamste drijfveer was haar commerciële positie te beschermen, en niet zozeer een belangeloze bezorgdheid om de gebruikers van haar produkten. De Commissie baseert haar standpunt op de volgende omstandigheden:

— gedurende de vele jaren waarin de nagels van Eurofix en/of Bauco op de Britse markt werden verkocht, heeft Hilti nooit een klacht bij de bevoegde autoriteiten ingediend omtrent hun veiligheid of betrouwbaarheid;

— Hilti heeft nooit een klacht bij de bevoegde autoriteiten ingediend naar aanleiding van de door Eurofix en/of Bauco gedane beweringen over de eigenschappen van hun nagels;

— Hilti heeft haar verkopers geïnstrueerd om hun eventuele aanmerkingen op de veiligheid of betrouwbaarheid van de nagels van de concurrentie niet schriftelijk vast te leggen;

— Hilti heeft nooit schriftelijk of anderszins contact opgenomen met interveniënten om haar ongerustheid te uiten over de betrouwbaarheid, geschiktheid of veiligheid van hun nagels;

— Hilti heeft zelfs niet ter waarschuwing van de gebruikers van haar systemen die elementaire voorzorgsmaatregelen genomen die — blijkens de door haarzelf overgelegde bewijzen, met name het advies van professor Spencer, hoogleraar aan de universiteit van Cambridge, over de aansprakelijkheid van de fabrikant naar Engels recht — een redelijke en uitsluitend uit oprechte bezorgdheid handelende fabrikant — zoals Hilti zichzelf beschrijft — had moeten nemen;

— ook in het meest gunstige licht bezien, rechtvaardigen de bewijzen die Hilti hier aanvoert voor de inferieure kwaliteit van nagels van Eurofix en Bauco, niet dat om redenen van veiligheid of betrouwbaarheid hun gebruik in Hilti-schiethamers in alle omstandigheden wordt uitgesloten. Integendeel, zoals Hilti zelf in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar deels heeft erkend, geeft het gebruik van zulke nagels in Hilti-schiethamers en -patronen in vele omstandigheden geen enkele aanleiding tot ongerustheid op het punt van veiligheid of betrouwbaarheid.

— Hilti heeft zelfs nog in haar verzoekschrift erkend, zelf ook in te zien dat haar bezwaren tegen de nagels van interveniënten bij onpartijdig onderzoek door een rechterlijke instantie geen stand zouden kunnen houden.

109 De Commissie betoogt, dat het Hof in de arresten van 25 februari 1986 (zaak 193/83, Windsurfing International, Jurispr. 1986, blz. 611) en 11 november 1986 (zaak 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263, met conclusie van advocaat-generaal Darmon, blz. 3286) de onderhavige redenering van Hilti van de hand heeft gewezen. Uit deze twee arresten blijkt, dat misbruik in de zin van artikel 86 niet kan worden gerechtvaardigd door overwegingen van veiligheid en betrouwbaarheid van de betrokken produkten.

110 Zij komt tot de slotsom dat Hilti, door het oordeel over „de geschiktheid voor haar produkten" uitsluitend aan zichzelf voor te behouden en tegelijk derden de nodige informatie te onthouden om te kunnen beoordelen of die normen objectief noodzakelijk zijn en of de nagels van andere aanbieders in werkelijkheid niet toch aan die normen voldoen, duidelijk heeft getoond, dat het haar in werkelijkheid erom te doen was concurrerende producenten zoveel mogelijk van de markt te weren.

111 Tegen het argument van Hilti omtrent haar zorgvuldigheidsplicht jegens derden brengt de Commissie in, dat de uitgangspunten waarop het advies van professor Spencer over de aansprakelijkheid van Hilti berust, „niet veel met de feiten van deze zaak hebben uit te staan"; zo heeft Hilti professor Spencer bij voorbeeld verzocht uit te gaan van de premisse, dat de nagels van haar concurrenten in het algemeen inferieur zijn aan die van haar eigen makelij en bij gebruik kunnen splinteren, wat een zeker risico oplevert voor de gebruiker. Volgens het advies van professor Spencer had het trouwens de eerste zorg van Hilti moeten zijn, actief stappen te nemen om de gebruikers van haar produkten te waarschuwen voor de veronderstelde risico's.

112 Bauco betoogt, dat de beweringen van Hilti omtrent onveiligheid, ontbrekende kwaliteitscontrole, ongeschiktheid van de Bauco-nagels voor de Hilti-werktuigen

en misleidende reclame voor deze nagels geen steun vinden in het bewijsmateriaal dat Hilti aandraagt, daardoor zelfs worden gelogenstraft.

113 Wat Hilti in werkelijkheid wilde, was haar octrooibescherming te verlengen. Volgens Bauco is het nu tijd, dat voor nagels, patroonstrips en schiethamers normen worden opgesteld, zodat zowel de consumenten als de concurrerende producenten van een grotere openheid van de markt kunnen profiteren.

114 Profix heeft naar aanleiding van de door Hilti overgelegde onderzoeksrapporten een studie overgelegd die tot de conclusie komt, dat haar produkten niet gebrekkig zijn of van mindere kwaliteit dan die van Hilti.

Juridische beoordeling

115 Vaststaat dat Hilti zich in de betrokken periode nooit tot de bevoegde autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk heeft gewend om te doen vaststellen, dat het gebruik van de nagels van interveniënten in haar werktuigen gevaarlijk was.

116 Als enige verklaring voor deze terughoudendheid geeft Hilti, dat gerechtelijke of administratieve stappen de belangen van Bauco en Eurofix meer zouden hebben geschaad dan de handelwijze die zij feitelijk heeft gevolgd.

117 Dat argument kan niet worden aanvaard. Had Hilti de haar door de relevante Britse wetgeving geboden mogelijkheden benut, dan zouden interveniënten in geen enkel legitiem recht zijn geschaad indien de Britse autoriteiten zouden zijn ingegaan op het verzoek van Hilti om een verbod op het gebruik van Bauco- en Pro-

fix-nagels in haar werktuigen en — in voorkomend geval — op alle misleidende reclame van interveniënten. Wanneer de autoriteiten daarentegen dergelijke verzoeken hadden afgewezen, zou Hilti haar aantijgingen tegen Profix en Bauco moeilijk hebben kunnen volhouden.

118 Zoals de Commissie heeft gesteld, bestaat er in het Verenigd Koninkrijk wetgeving die de verkoop van gevaarlijke produkten en misleidende uitingen ten aanzien van de eigenschappen van een produkt strafbaar stellen. Ook zijn er de nodige bevoegde instanties om die wetgeving te handhaven. Onder deze omstandigheden is het zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt, op eigen initiatief maatregelen te nemen om produkten die zij al of niet terecht als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen produkten beschouwt, te elimineren.

119 In dit verband moet voorts worden opgemerkt, dat het nuttig effect van de communautaire mededingingsregels in het gedrang zou komen, wanneer de uitlegging door een onderneming van de regelingen van de verschillende Lid-Staten inzake produktaansprakelijkheid zou moeten prevaleren boven die regels. Het argument dat Hilti aan haar beweerde zorgvuldigheidsplicht ontleent, kan daarom niet worden aanvaard.

Invloed op de handel tussen de Lid-Staten

Argumenten van partijen

120 In het derde onderdeel van het middel inzake schending van artikel 86 EEG-Verdrag betoogt verzoekster, dat geen van de haar verweten gedragingen enige invloed op de handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 86 heeft gehad. Hiertoe stelt zij, dat de markt zoals de Commissie die ziet — dat wil zeggen die voor Hilti-compatibele nagels — geen werkelijke markt is, omdat de nagels van interveniënten niet werkelijk compatibel zijn in de betekenis waarin verzoekster dit woord begrijpt. Interveniënten kunnen dus duidelijk niet worden aangemerkt als legitieme deelnemers aan een mededingingsstructuur. In ieder geval kunnen maatregelen als die welke het Verdrag wenst te beschermen en die verband houden met het voorkomen van oneerlijke mededinging, de mededingingsstructuur in de zin

van artikel 86 niet aantasten; veeleer beogen zij die structuur ten voordele van de consument te beschermen.

121 Naar verzoekster eveneens betoogt, brachten interveniënten hun nagels alleen in het Verenigd Koninkrijk op de markt, zodat zij niet meer of minder in staat waren geweest deel te nemen aan de intracommunautaire handel, wanneer Hilti niets had ondernomen om het gebruik van Eurofix- en Bauco-nagels in haar PAF-systemen tegen te gaan. Bovendien zou er geen enkel bewijs zijn voor beïnvloeding van het normale recht van de in de Gemeenschap gevestigde onafhankelijke distributeurs om Hilti-produkten binnen de EEG uit te voeren, behalve dan waar het erom ging de verkoop van patroonstrips aan Eurofix te beperken. Het verzoek dat zij te dien einde aan haar onafhankelijke distributeurs heeft gericht, had slechts betrekking op Eurofix en was niet bedoeld om de uit- of invoer te blokkeren.

122 Tegenover dit betoog stelt de Commissie met nadruk, dat Hilti niet het recht had zelf uit te maken, welke ondernemingen wel en welke niet aan haar eigen definitie van „legitieme mededinging" beantwoordden. Zelfs indien zou zijn bewezen dat interveniënten zich aan misleidende reclame hebben schuldig gemaakt, dan kan dat enkele feit hun nog niet voor altijd het recht ontnemen om activiteiten op de relevante markten te ontplooien. Het feit dat in het Verenigd Koninkrijk PAF-nagels van elders kunnen worden ingevoerd en ook worden ingevoerd, maakt duidelijk dat het gedrag van Hilti de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden. Door haar onafhankelijke distributeurs een algemeen verbod op te leggen tot uitvoer van patroonstrips naar alle andere Lid-Staten van de EEG, heeft Hilti overduidelijk naar maatregelen gegrepen die de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden.

Juridische beoordeling

123 Naar de bewoordingen van artikel 86 EEG-Verdrag is misbruik onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

124 De concurrentie die uitgaat van de commerciële activiteiten van interveniënten, moet in casu vanuit het oogpunt van de gemeenschappelijke mededingingsregels als rechtmatig worden beschouwd, zolang de bevoegde autoriteiten niet hebben vastgesteld dat hun gedrag inbreuk maakt op rechten van Hilti.

125 Bij haar pogingen om de verkoop van de door interveniënten geproduceerde „Hilti-compatibele" nagels tegen te gaan, heeft Hilti maatregelen genomen die gevolgen konden hebben voor de handel tussen Lid-Staten. De misbruiken waardoor de toegang van deze onafhankelijke producenten tot de markt werd beperkt, schaadden niet alleen hun commerciële belangen in het Verenigd Koninkrijk, maar belemmerden — of beletten zelfs geheel — de uitvoer die winstgevend had kunnen zijn vanwege de aanzienlijke prijsverschillen tussen de Lid-Staten.

126 Uit een en ander volgt, dat het tweede middel eveneens moet worden verworpen.

De middelen betreffende schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en van artikel 190 EEG-Verdrag.

Argumenten van partijen

127 Onder verwijzing naar het door de Commissie uitgegeven persbericht van 24 december 1987 stelt Hilti, dat de Commissie artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 heeft geschonden door een boete op te leggen voor beweerde feiten die nergens in de beschikking als misbruik worden bestempeld. Wijzend op de uitlating van de Commissie in het persbericht, dat de commerciële praktijken van Hilti haar in staat stelden in de onderscheiden Lid-Staten zeer verschillende prijzen te

berekenen, voert Hilti aan, dat die prijsverschillen zowel in de bestreden beschikking als in de daaraan voorafgaande mededeling van de punten van bezwaar als niet meer dan de „economische gevolgen van Hilti's handelwijze" worden beschouwd. Deze verandering van perspectief komt volgens haar neer op een inbreuk op het recht van verweer, aangezien zij er aldus niet tijdig op bedacht was geweest, dat zij dit punt als aantijging van misbruik moest weerspreken. Verzoekster beklemtoont, dat de beschikking zelf nergens spreekt over een exemplarische boete en dat zij zonder het persbericht nooit zou hebben geweten, wat de werkelijke reden was om haar een boete van 6 miljoen ECU op te leggen.

128 Hilti stelt verder, dat de boete erg hoog is, „meer dan 10% van haar PAF-omzet binnen de Gemeenschap over 1986". Zij beweert, dat de beweegredenen van haar optreden, de bewijzen op basis waarvan zij had gehandeld, haar pogingen om het effect van haar optreden te beperken en het ontbreken van enig werkelijk economisch effect, alle pleiten tegen een „exemplarische" boete. De inbreuken waarvan zij wordt beschuldigd, hebben vrijwel alleen betrekking op het Verenigd Koninkrijk en zijn dus niet van invloed geweest op de mededingingsstructuur van de Gemeenschap als geheel. In het Verenigd Koninkrijk konden de beweerde inbreuken alleen voor interveniënten een nadelige uitwerking hebben. Verzoekster ontkent, opzettelijk inbreuken te hebben gepleegd. Voorts heeft de Commissie nauwelijks waardering getoond voor de positieve maatregelen die zij had genomen. Een boete van zulke omvang is bij haar weten nog nooit opgelegd aan een onderneming die vrijwillig verbintenissen aan de Commissie heeft aangeboden en een gedragscode ter naleving van het mededingingsrecht heeft ingevoerd.

129 De Commissie betoogt, dat Hilti „in meer dan één opzicht ernstig misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt". Deze misbruiken hadden tot doel, concurrenten de toegang tot de markt te bemoeilijken of onmogelijk te maken, dan wel reeds aanwezige concurrenten schade te berokkenen of zelfs uit te schakelen. De inbreuken waren bedoeld om de gehele mededingingsstructuur aan te tasten. Alle inbreuken zijn minstens uit onachtzaamheid, en enkele misbruiken zelfs met opzet gepleegd. Sommige misbruiken gaan ten minste terug tot 1981 en duurden zeker

voort tot 1985, toen Hilti de voorlopige verbintenis aanging, en er zijn aanwijzingen dat sommige ook daarna nog zijn voortgezet. De motieven voor de boete blijken duidelijk uit de beschikking, waarin staat dat de inbreuk „ernstig en van lange duur" was, wat de Commissie ertoe heeft geleid om Hilti een „aanzienlijke geldboete" op te leggen.

130 Als verzachtende omstandigheden zegt de Commissie te hebben aangemerkt de medewerking van de zijde van Hilti, en met name het feit dat zij

— in 1985 een voorlopige verbintenis is aangegaan;

— in 1987 een definitieve verbintenis is aangegaan;

— de door de Commissie als misbruik aangemerkte gedragingen heeft toegegeven.

131 Ten slotte betoogt de Commissie, dat Hilti's betuiging van haar goede trouw door verschillende factoren wordt gelogenstraft. Zij was zich er bij voorbeeld reeds in 1982 van bewust, dat zij „in conflict dreigde te komen met de mededingingsregels", getuige een door een manager van Hilti aan een collega verzonden telex van 8 april 1982, waarin het advies van een ter zake geraadpleegd jurist werd geciteerd. Bovendien had Hilti het litigieuze gedrag in haar brief van 23 maart 1983 (hierboven reeds genoemd) ontkend en had zij aangenomen, dat de „eventuele financiële schade als gevolg van een boete waarschijnlijk klein zal zijn vergeleken bij de waarde van de (relevante) markt", aldus een ongedateerde interne telex van Hilti.

Juridische beoordeling

132 Ingevolge artikel 15 van verordening nr. 17 kunnen aan ondernemingen die inbreuk maken op de mededingingsregels geldboetes worden opgelegd tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar. Volgens de rechtspraak van het Hof (zie het arrest van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80-103/80, Musique Diffusion Française, Jurispr. 1983, blz. 1825) heeft dat percentage betrekking op de totale omzet van de onderneming. Gelet op de laatste alinea van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, moet bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening worden gehouden met zowel de zwaarte als de duur van de inbreuk.

133 Verzoekster heeft niet gesteld, dat de boete van 6 miljoen ECU het maximum van 10% van haar totale omzet over 1986 overschrijdt, en uit het dossier blijkt niets dat erop zou duiden, dat die grens is overschreden.

134 Het Gerecht is van oordeel, dat de Commissie op goede gronden de geconstateerde inbreuken als bijzonder ernstig heeft beschouwd. Deze inbreuken hadden immers tot doel kleine ondernemingen uit te schakelen die niets anders deden dan van hun recht gebruikmaken, dat wil zeggen nagels, bestemd voor gebruik in Hilti-schiethamers, te vervaardigen en te verkopen. Een dergelijk gedrag vormt inderdaad een ernstige aantasting van de mededinging. Voorts staat vast, dat de inbreuken ongeveer vier jaar lang voortduurden, wat een aanzienlijke periode is. Daarbij komt, dat blijkens de door de Commissie overgelegde documenten Hilti zich ervan bewust was, met haar optreden licht in strijd te komen met de gemeenschappelijke mededingingsregels, maar daarin geen reden zag dit te staken, zodat zij de haar voorgehouden inbreuken opzettelijk heeft gepleegd.

135 De in punt 103 van de beschikking genoemde verzachtende omstandigheden kunnen naar het oordeel van het Gerecht niet tot een andere opvatting leiden, en ook bevat het dossier geen enkel bewijs dat de conclusie zou toelaten, dat Hilti een mededingingsbeperkend beleid heeft gevoerd om redenen die met de veiligheid en betrouwbaarheid van haar werktuigen verband hielden. Hilti heeft immers geen

bewijs overgelegd, in de vorm van onderzoeken van onafhankelijke deskundigen verricht ten tijde van de relevante feiten, dat de nagels van interveniënten gevaarlijk waren of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen produkten.

136 Wat het gelaakte persbericht betreft, moet worden opgemerkt, dat het Gerecht slechts de door de Commissie gegeven beschikking kan toetsen. Nu dit bericht niets bevat dat erop duidt, dat de beschikking op andere overwegingen steunt dan de daarin genoemde, moet het argument van Hilti ter zake worden verworpen. Het feit dat de Commissie de opgelegde boete als „exemplarisch" betitelt, bewijst nog niet dat het bedrag ervan excessief is. Hoewel het valt te betreuren, dat de Commissie in haar persbericht een oorzakelijk verband heeft gesuggereerd tussen het gesignaleerde misbruik en de in de onderscheiden Lid-Staat gehanteerde prijzen, terwijl van een dergelijk verband in de beschikking niet — althans niet op die wijze — wordt gesproken, wordt de opgelegde boete in de considerans van de beschikking voldoende gerechtvaardigd. Er is dus geen grond voor de conclusie, dat de Commissie haar beschikking in werkelijkheid op andere dan de daarin uiteengezette overwegingen heeft doen steunen.

137 Op grond van een en ander acht het Gerecht de aan Hilti opgelegde boete niet buitensporig. De argumenten van Hilti op dit punt moeten derhalve worden verworpen.

138 Mitsdien moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

139 Krachtens het Reglement van de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen indien zulks wordt gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen, daaronder begrepen de bij interveniënten opgekomen kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende,

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoekster in de kosten, daaronder begrepen de bij interveniënten opgekomen kosten.

Saggio Yeraris

Briët Barrington Vesterdorf

Uitgesproken ten openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 december 1991.

De griffier

H. Jung

De president

A. Saggio