FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 10. november 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Denne sag er indbragt for Domstolen ved appel iværksat til prøvelse af den dom, Retten i Første Instans afsagde den 12. december 1991 i sagen Hilti mod Kommissionen [1] (herefter benævnt »dommen«). Ved dommen frifandtes Kommissionen for Hilti's påstand om annullation af en beslutning, hvorved Kommissionen fastslog, at Hilti indtog en dominerende stilling i EØF på markederne for boltepistoler og for Hilti-kompatible bolte og patronmagasiner, og at Hilti havde misbrugt denne dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand [2]. Ved beslutningen blev Hilti pålagt en bøde på 6 mio. ECU og pålagt at bringe de påtalte overtrædelser til ophør.

2. De klager, der førte til, at der blev indledt en procedure over for Hilti, var indgivet til Kommissionen af Bauco (UK) Ltd og af Profix Distribution Ltd (tidligere »Eurofix«). Under sagen for Retten i Første Instans indtrådte både Bauco og Profix i sagen til støtte for Kommissionens påstande. I medfør af artikel 114 og 115 i Domstolens procesreglement kunne Bauco og Profix begge indgive svarskrift. Kun Bauco har imidlertid gjort det.

3. De boltepistoler, Hilti fremstiller, er et teknologisk avanceret middel til at foretage fastgørelser i byggeindustrien. Sammen med boltemagasiner, bolte og søm udgør pistolerne et »skudmontagesystem« (eller et »SM-system«), som affyrer boltene ind i forskellige materialer; et sådant system egner sig imidlertid ikke for alle former for materialer. Patronerne udløser eksplosionskraften i systemet, og hvert enkelt patronmagasin indeholder et vist antal patroner. Pistolen kan således anvendes flere gange, uden at der skal isættes nye patroner. De bolte, som er kompatible med Hilti-pistolerne, fremstilles og leveres både af Hilti og af andre virksomheder. Bauco og Profix er to sådanne uafhængige fabrikanter af bolte, som kan anvendes i Hilti-pistolerne. I det følgende betyder ordene »patronmagasiner« og »bolte« sådanne komponenter, som er bestemt til

* Originalsprog: engelsk.

1 — Sag T-30/89, Sml. II, s. 1439.

2 — Kommissionens beslutning 88/138/EØF af 22.12.1987 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/30.787 og 31.488 — Eurofix-Bauco mod Hilti), EFT 1988 L 65, s. 19.

anvendelse i Hilti-boltepistolerne. I beslutningen har Kommissionen betegnet disse komponenter som »forbrugsgods«.

5. Det misbrug, Kommissionen har påtalt, bestod i, at Hilti i sin egenskab af fabrikant af boltepistoler, patronmagasiner og bolte optrådte på en sådan måde, at Hilti hindrede uafhængige boltefabrikanter i at komme ind eller trænge ind på markedet for bolte eller på anden måde generede deres forretningsaktivitet. En sådan adfærd er imidlertid kun i strid med artikel 86, såfremt Hilti faktisk indtog en dominerende stilling på mindst ét af de pågældende markeder.

4. Traktatens artikel 86, stk. 1, bestemmer:

»En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.«

6. Ved afgørelsen af, om der er tale om en dominerende stilling i henhold til artikel 86, er det nødvendigt at fastlægge det eller de relevante markeder, hvor der er en sådan dominerende adfærd. Som Domstolen fastslog i præmis 32 i dommen i Continental Can-sagen [3]:

Appellen omfatter kun de dele af dommen, hvorved Retten i Første Instans gav Kommissionen medhold i, at Hilti indtog en dominerende stilling på fællesmarkedet. Hilti bestrider ikke nu, at såfremt det antages, at Hilti indtog en sådan stilling, var den adfærd, Kommissionen fastslog i beslutningen, udtryk for misbrug. For Domstolen har Hilti heller ikke bestridt, at den pågældende adfærd kan have påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne.

»Ved vurderingen af [sagsøgerens] dominerende stilling ... er afgrænsningen af det omhandlede marked af væsentlig betydning, da mulighederne for konkurrence kun kan

3 — Sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. 1973, s. 215. Se også dommen i sag 31/80, L'Oréal, Sml. 1980, s. 3775, præmis 25, og dommen i sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 51.

vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer.«

Med henblik på en sådan vurdering skal der ikke alene tages hensyn til sortimentet af de pågældende produkter (betegnet »det relevante produktmarked«), men også til markedets geografiske udstrækning. Ifølge Hilti har Kommissionen i beslutningen defineret de relevante produktmarkeder forkert, og Hilti har iværksat appel til prøvelse af de dele af Rettens dom, som giver Kommissionen medhold i dens definition af disse markeder. For Domstolen har Hilti imidlertid ikke bestridt Kommissionens definition af det relevante geografiske marked.

7. I beslutningen har Kommissionen identificeret tre særskilte, relevante produktmarkeder, hvor Hilti fandtes at indtage en dominerende stilling: markedet for boltepistoler, markedet for Hilti-kompatible patronmagasiner og markedet for Hilti-kompatible bolte. Ifølge betragtning 74 til beslutningen har Hilti misbrugt sin dominerende stilling på disse markeder med henblik på at forhindre en effektiv konkurrence fra nye virksomheder, som måtte trænge ind på markedet for bolte.

8. At definere et relevant produktmarked, når det skal afgøres, om der er tale om en dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 86, er ganske kompliceret, idet der skal fastslås faktiske omstændigheder, som derefter skal vurderes ud fra økonomiske principper og retlige kriterier [4]. Ved behandlingen af en appel iværksat til prøvelse af en dom afsagt af Retten, jf. traktatens artikel 168 A, stk. 1, kan Domstolen kun tage stilling til retsspørgsmål. Som bekendt har artikel 51, stk. 1, i EØF-statutten for Domstolen følgende ordlyd:

»Appel til Domstolen er begrænset til retsspørgsmål. Den kan kun støttes på, at Retten savner kompetence, at der er begået

4 — Se navnlig droftelsen i Whish, *Competition Law* (anden udgave; London 1989), s. 278-287.

rettergangsfejl, som krænker appellantens interesser, eller at Retten har overtrådt fællesskabsretten.«

9. Selv om denne begrænsning naturligvis omfatter alle tilfælde, hvor en dom afsagt af Retten appelleres til Domstolen, kan særlige forhold gøre sig gældende ved appel af domme i konkurrencesager, som udspringer af beslutninger, hvorved Kommissionen fastslog overtrædelser af traktatens artikel 85 og 86 [5]. Det skal navnlig bemærkes, at i sådanne sager har Retten i Første Instans selv skullet prøve lovligheden af en kommissionsbeslutning, hvori der både er fastslået en række faktiske omstændigheder og foretaget en måske kompliceret økonomisk vurdering. Spørgsmål som dem, der er rejst i den foreliggende sag, og som vedrører definitionen af det relevante marked, og spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en dominerende stilling på det marked, kræver anvendelse af kriterier, som økonomer måske ikke er enige om. Det må bemærkes, at den retlige prøvelse af sådanne spørgsmål er mere begrænset end af rent faktiske omstændigheder: Retten kan altid prøve, om de faktiske omstændigheder, Kommissionen har lagt til grund, er korrekte, hvorimod Rettens prøvelse af økonomiske vurderinger normalt er begrænset til en prøvelse af, at Kommissionen ikke har begået en åbenbar skønsfejl eller har begået magtfordrejning [6]. Som det vil fremgå af det følgende, opstår herefter det spørgsmål, i hvilket omfang Domstolen kan prøve Rettens vurdering af faktum [7].

10. Den kompetence, Retten nu har i konkurrencesager, havde Domstolen oprindeligt i henhold til traktatens artikel 173 og 175, men den blev overført til Retten ved Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 om oprettelse af en Ret i Første Instans [8]. Det fremgår klart af betragtningerne til afgørelsen, at begrundelsen for at oprette en Ret i Første Instans var, at Retten og ikke Domstolen skulle foretage undersøgelsen af komplicerede faktiske omstændigheder. I afgørelsen af 24. oktober 1988 hedder det således først, at Rådet i henhold til traktatens artikel 168 A i tilknytning til Domstolen kan oprette en Ret i Første Instans, »der skal udøve vigtige retslige funktioner«. Det tilføjes, at »i sager, hvori det er nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af komplicerede faktiske

5 — Om anvendelse af begrænsningen i tilfælde af appel af domme i tjenestemandssager se f. eks. dommene i sag C-115/90 P, Turner mod Kommissionen, Sml. 1991 I, s. 1423, i sag C-283/90 P, Vidrányi mod Kommissionen, Sml. 1991 I, s. 4339, i sag C-107/90 P, Hochbaum mod Kommissionen, Sml. 1992 I, s. 157, og i sag C-18/91 P, V. mod Parlamentet, Sml. 1992 I, s. 3997.

6 — Jf. dommen i sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. 1985, s. 2545, præmis 34.

7 — Se nedenfor i punkt 46-49.

8 — Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom, EFT L 319, s. 1.

omstændigheder, vil det indebære en større grad af retsbeskyttelse for de retsundergivne, at der indføres en mulighed for en behandling i to instanser«; videre anføres det, at »for at opretholde kvaliteten og effektiviteten af retsbeskyttelsen bør der skabes grundlag for, at Domstolen kan koncentrere sig om sin hovedopgave, som er at sikre en ensartet fortolkning af fællesskabsretten«. Endelig hedder det, at »der bør til Retten overføres kompetence til, som første instans, at træffe afgørelse i bestemte arter af sager, som ofte kræver en undersøgelse af komplicerede faktiske omstændigheder«, herunder sager, der indbringes af fysiske eller juridiske personer vedrørende konkurrencespørgsmål. Rådets afgørelse af 8. juni 1993 [9] indeholder flere af de samme betragtninger med hensyn til overførelsen til Retten, i de fleste tilfælde med virkning fra den 1. august 1993 [10], af andre former for sager, som indbringes af fysiske eller juridiske personer.

11. Som Kommissionen bemærkede under den mundtlige forhandling, kan det ikke have været meningen, at Retten som retsinstans blot skal være et mellemled mellem Kommissionen og Domstolen, men derimod, at den skulle overtage en væsentlig del af Domstolens kompetence. Det er således betegnende, at det i artikel 3 i afgørelsen af 24. oktober 1988 hedder, at Retten i Første Instans »udøver« de beføjelser, der er tillagt Domstolen i henhold til traktaterne, og at det, som jeg netop har nævnt, hedder, at der »overføres« kompetence til Retten.

12. Efter min opfattelse må artikel 51 i statutten, hvorefter appel til Domstolen er begrænset til retsspørgsmål, derfor fortolkes restriktivt, i det mindste i sager vedrørende konkurrencespørgsmål. På det grundlag vil jeg herefter behandle de forskellige anbringender, Hilti har fremført til støtte for appellen.

Hilti's anbringender

13. Hilti har fremført syv anbringender, som kan sammenfattes som følger:

1) I dommens præmis 66 og 67 har Retten fejlagtigt konkluderet, at der findes

9 — Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF, EFT L 144, s. 21.

10 — I antidumping-og antisubsidiesager træder afgørelsen dog først i kraft på en dato, som Rådet træffer afgørelse om med enstemmighed, jf. artikel 3.

særskilte markeder for patronmagasiner og bolte som følge af, at der siden 1960'erne har været uafhængige fabrikanter af bolte til brug i boltepistoler, og som følge af, at patronmagasiner og bolte fremstilles specielt og af brugerne købes til et enkelt pistolmærke. Retten har således ikke anvendt det korrekte kriterium ved fastlæggelsen af et relevant produktmarked for reservedele og komponenter og ikke taget hensyn til spørgsmålet om substituerbarhed på efterspørgselssiden mellem forskellige fastgørelsessystemer.

2) I dommens præmis 69 nåede Rettenjfrem til, at SM-systemer er et relevant produktmarked, mens Retten ikke satte tal på de tilfælde, hvor andre fastgørelsessystemer kan anvendes i stedet for SM-systemer.

3) I dommens præmis 70 og 71 gav Retten med urette Kommissionen medhold i, at andre fastgørelsessystemer ikke let kan anvendes i stedet for SM-systemer, selv om dette resultat alene var baseret på en beskrivelse af de forskellige egenskaber ved de pågældende produkter og således ikke var tilstrækkeligt begrundet.

4) Tilsvarende gav Retten i dommens præmis 71 med urette Kommissionen medhold i, at der ikke var substituerbarhed, idet der over en længere periode havde været forskellige fastgørelsessystemer på markedet.

5) I dommens præmis 74 afviste Retten de beviser, Hilti havde fremført til støtte for, at de forskellige fastgørelsessystemer er substituerbare. Retten fordelte herved bevisbyrden forkert.

6) I dommens præmis 73 og 76 lagde Retten med urette til grund, at Kommissionens konklusioner underbyggedes eller i det mindste ikke blev gendrevet af forskellige beviser, Hilti havde fremført, nemlig en analyse udarbejdet af en vis hr. Yarrow, en undersøgelse udført af et privat firma ved navn Rosslyn Research og en økonometrisk analyse udført af en vis professor Albach.

7) Retten har ikke taget hensyn til alle de relevante beviser, Hilti har fremført.

14. I det følgende vil jeg nærmere behandle hvert enkelt af de syv anbringender. Det må dog bemærkes, at i visse tilfælde overlapper de spørgsmål, de enkelte anbringender giver anledning til, hinanden. Anbringenderne vil således ikke konsekvent kunne behandles hver for sig.

Det første anbringende

15. Det første spørgsmål, appellen giver anledning til, er, om der må antages at være tale om særskilte markeder for Hilti-kompatible patronmagasiner og bolte, eller om pistoler og forbrugsgodset må betragtes som et uadskilleligt hele. Hilti har anført, at Retten ikke har anvendt en regel ved afgørelsen af, om der er et særskilt marked for leverancer af reservedele til et produkt, en regel, som Domstolen ifølge Hilti opstillede i dommen i Hugin-sagen [11]. Det er selvfølgelig klart, at et anbringende om, at der ikke er taget fornødent hensyn til en retsregel, eller den er fortolket fejlagtigt, rejser et retsspørgsmål, som Domstolen kan tage stilling til i forbindelse med en apel.

11 — Sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. 1979, s. 1869.

16. Hugin-sagen drejede sig om, at Hugin Cash Registers Ltd nægtede at levere reservedele til Hugin-kasseapparater til et andet firma, Liptons. Hilti har særligt henvist til præmis 5 i Hugin-dommen, hvor Domstolen udtalte:

»Ved afgørelsen af dette stridspunkt må det relevante marked først fastlægges ... Spørgsmålet er derfor, om levering af reservedele udgør et særskilt marked eller indgår som bestanddel af et større marked. Ved besvarelsen af dette spørgsmål er det nødvendigt nærmere at afgrænse den kundekreds, der efterspørger sådanne dele.«

Domstolen fastslog, at der eksisterede et særskilt marked for reservedele, idet der var uafhængige virksomheder, der havde specialiseret sig i vedligeholdelse og reparation af kasseapparater og i hovedreparation og salg af brugte apparater, som selv efterspurgte reservedele, og sådanne virksomheder udgjorde derfor en særlig gruppe, som var en anden end køberne af kasseapparaterne: Se

nærmere i Hugin-dommens præmis 7. Efter Hilti's opfattelse viser Domstolens ræsonnement i Hugin-sagen, at bolte kun kan antages at udgøre et særskilt produktmarked i forhold til boltepistolerne, såfremt det fastslås, at køberne af sådanne bolte ikke er de samme som køberne af boltepistolerne.

17. For mig at se giver Hugin-sagen ikke belæg for det synspunkt. I den sag var det på grund af de særlige faktiske omstændigheder nødvendigt at se nærmere på den kategori af kunder, som efterspurgte reservedele. For det første havde Hugin monopol på at levere de pågældende reservedele. Desuden kunne reservedelene kun monteres af en specialuddannet tekniker, ligesom reservedelenes værdi var ubetydelig i forhold til udgiften til vedligeholdelse og reparationer: Brugerne af kasseapparaterne optrådte derfor ikke på markedet som købere af reservedele. Hvis de eneste kunder til sådanne dele havde været køberne af kasseapparaterne, er det klart, at der ikke ville have været et særskilt marked for reservedele i forhold til markedet for apparaterne og markedet for levering af tjenesteydelser i form af vedligeholdelse og reparation af apparaterne: Se nærmere præmis 6 i Domstolens dom.

18. Som både Bauco og Kommissionen har understreget, kan Hugin-dommen ikke fortolkes således, at der herved er opstillet en regel om, at for at der skal eksistere et særskilt marked for reservedele eller andre komponenter, skal køberne af disse dele være nogen andre end køberne af det udstyr, delene er beregnet til. I Hugin-dommen opstillede Domstolen ikke en sådan regel, men tog blot stilling til, om der ud fra de i den sag ganske særlige faktiske omstændigheder eksisterede et relevant marked for reservedele. Sagen her adskiller sig meget fra Hugin-sagen. De dele, der købes med henblik på anvendelse i Hilti's boltepistoler, er ikke reservedele, som kun en specialuddannet tekniker kan montere, men derimod forbrugsgods for de pistoler, som er bestemt til anvendelse af enhver, der kan betjene pistolen. Det pågældende forbrugsgods leveres desuden ikke alene af Hilti selv, men også af uafhængige fabrikanter, som fremstiller bolte til anvendelse i Hiltipistolerne. Som Retten bemærkede i dommens præmis 67, er denne omstændighed i sig selv et væsentligt indicium for, at der findes et særskilt marked for bolte. I modsætning til situationen i Hugin-sagen optræder brugerne af pistolerne direkte på markedet som købere af bolte, og det er uden betydning, at køberne af boltene ikke er en særskilt gruppe i forhold til køberne af pistolerne.

19. For at definere markederne for bolte og patronmagasiner som relevante markeder, hvor Hilti indtager en dominerende stilling,

kan det meget vel være nødvendigt at se på Hilti's stilling på markeder, som er nært forbundne med markederne for patronmagasiner og bolte. Som vi har set, definerede Kommissionen i beslutningen markedet for boltepistoler som et relevant marked, hvor Hilti også indtog en dominerende stilling. Såfremt Hilti er dominerende på et sådant marked, kan dette kun styrke Hilti's stilling på markederne for komponenter som f. eks. patronmagasiner og bolte. Omvendt vil Hilti's stilling på disse markeder være svagere, såfremt SM-systemer konkurrerer med systemer, der ikke er SM-systemer, på et større marked, som omfatter begge former for systemer, og hvor Hilti ikke indtager en dominerende stilling.

20. Spørgsmålet er herefter, om SM-systemer udgør et relevant marked, hvor Hilti indtager en dominerende stilling, og som er et særskilt marked i forhold til markedet for fastgørelsessystemer som helhed. Dette behøver ikke være tilfældet, hvis der er en høj grad af substituerbarhed mellem de forskellige systemer. Med det første anbringende har Hilti derfor også rejst spørgsmålet om substituerbarhed mellem forskellige fastgørelsessystemer. Da det samme spørgsmål også opstår i forbindelse med Hilti's øvrige anbringender, navnlig det andet, tredje, fjerde og femte anbringende, vil jeg behandle det i den forbindelse.

Det andet anbringende

21. Som bekendt fastslog Kommissionen, at Hilti indtog en dominerende stilling, både på markederne for bolte og patronmagasiner og på markedet for boltepistoler. På nuværende tidspunkt bestrider Hilti ikke Kommissionens konklusioner med hensyn til virksomhedens betydelige markedsandele for så vidt angår bolte, patronmagasiner og boltepistoler, og heller ikke de øvrige fordele, som f. eks. patentbeskyttelse og et velorganiseret distributionssystem, som efter Kommissionens opfattelse bidrog til at opretholde og styrke Hilti's position på de markeder.

22. For at bevise, at der er tale om en dominerende stilling, må det godtgøres, at den pågældende virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, »at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne« [12]. Som jeg allerede har nævnt, har Hilti anført, at virksomhedens muligheder for at handle uafhængigt på markedet for bolte var påvirket af, at SM-systemer er en del af et større marked for fastgørelsessystemer som helhed. Selv om markederne for bolte, patronmagasiner og boltepistoler betragtes som særskilte markeder, er det ikke sikkert, at der er tale om

12 — Sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 207, præmis 65.

»relevante« markeder med henblik på afgørelsen af, om der er tale om en dominerende stilling, idet brugere af Hilti-boltepistoler kan have mulighed for at skifte til andre fastgørelsessystemer, hvor det ikke er nødvendigt at købe patronmagasiner eller bolte. Ifølge Hilti indebærer den omstændighed, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den høje grad af en sådan »substituerbarhed på efterspørgselssiden« mellem de forskellige systemer, at Kommissionens definition af de relevante markeder ikke er korrekt.

23. Hilti har nærmere anført, at Retten har gjort sig skyldig i en retsvildfarelse ved at give Kommissionen medhold i, at SM- og andre fastgørelsessystemer ikke uden videre kan erstatte hinanden. Som led i de forskellige anbringender er Hilti fremkommet med en række bemærkninger til spørgsmålet om substituerbarhed.

24. For det første har Hilti i forbindelse med det andet anbringende anført, at Retten ikke nærmere har undersøgt det antal tilfælde, hvor SM-systemer ikke let kan erstattes af andre fastgørelsessystemer. Hilti har navnlig henvist til Rettens bemærkning i dommens præmis 69, hvorefter:

»De egenskaber, der er særlige for SM-systemer, og som er opregnet i beslutningens betragtning 62, bevirker, at det er oplagt at vælge disse i en række tilfælde.«

Hilti har påpeget, at da Retten ikke har fastslået, at antallet af sådanne tilfælde er mere end nogle få, eller endog er ganske ubetydeligt, kan Retten ikke udlede, at SM-systemer og andre fastgørelsessystemer ikke er substituerbare.

25. Noget tyder imidlertid på, at denne bemærkning ikke er i overensstemmelse med ordlyden af præmis 69, hvori det videre hedder:

»... Det fremgår således af oplysningerne i sagen, at der *i mange situationer* ikke er et realistisk alternativ hverken for den faglærte arbejder, der udfører et arbejde på en byggeplads, eller for den tekniker, som forud skal tage stilling til, hvilke fastgørelsesmetoderder skal anvendes i en given situation.« (Fremhævet af mig).

I dommens præmis 71 fastslog Retten desuden, at »der består herefter ingen rimelig tvivl om, at der i praksis forekommer *en lang række forskelligartede situationer*, hvor det uden videre vil være oplagt at anvende et skudmontagesystem, mens det i andre vil være mere hensigtsmæssigt at anvende et eller flere andre fastgørelsessystemer.« (Fremhævet af mig).

Efter min opfattelse viser disse bemærkninger, at Retten foretog en faktisk konstatering af, at der er et betydeligt antal tilfælde, hvor der kun er en beskeden grad af substituerbarhed på efterspørgselssiden mellem de forskellige systemer. Hilti's andet anbringende må derfor forkastes.

Det tredje og fjerde anbringende

26. Retten fastslog, at SM- og andre fastgørelsessystemer ikke er en del af det samme relevante marked, og det på grundlag af følgende omstændigheder: i) de forskellige kvalitative egenskaber ved de pågældende produkter, således som Kommissionen har beskrevet dem; ii) det forhold, at forskellige fastgørelsessystemer har været på markedet samtidig i en længere periode; iii) professor Yarrow's sagkyndige analyse; og iv) Rosslyn Research-instituttets undersøgelse. Retten gennemgik også konklusionerne af den af professor Albach foretagne økonometriske analyse og forkastede dem.

27. Som det tredje anbringende har Hilti gjort gældende, at Retten i dommens præmis 70 og 71 har taget fejl, idet den alene har baseret sin konklusion vedrørende det relevante marked på de forskellige egenskaber ved de pågældende fastgørelsessystemer. Tilsvarende har Hilti som sit fjerde anbringende anført, at i dommens præmis 71 har Retten af den omstændighed, at SM-systemer og andre systemer har været på markedet samtidig i en længere periode, fejlagtigt draget den slutning, at de forskellige systemer ikke var substituerbare (og følgelig ikke er en del af samme relevante marked). Efter min opfattelse er dette dog ikke en korrekt udlægning af Rettens ræsonnement. Som vi har set, nåede Retten frem til sine konklusioner vedrørende det relevante marked på grundlag af en række konstateringer, som må ses under ét. Man kan derfor ikke med føje

kritisere Retten for at have baseret sine konklusioner på en enkelt af de pågældende konstateringer isoleret betragtet.

28. Det må imidlertid undersøges, om Retten har draget sine konklusioner på grundlag af alle relevante forhold. Hvis det viser sig, at der er relevante forhold, der ikke er taget i betragtning, har Retten gjort sig skyldig i en retsvildfarelse ved at basere sine konklusioner på et utilstrækkeligt grundlag. Det er klart, at den omstændighed, at der som grundlag for en retlig konklusion er relevante forhold, der ikke er taget i betragtning, i sig selv er en retsvildfarelse, som kan begrunde, at dommen ophæves. Det må fremhæves, at Domstolen i så fald ikke foretager en prøvelse af de faktiske omstændigheder, Retten har lagt til grund, men derimod undersøger, om Retten har foretaget de fornødne konstateringer som grundlag for de retlige konklusioner, den har draget. Efter min opfattelse må definitionen af det relevante marked med henblik på afgørelsen af, om der er tale om en dominerende stilling, betragtes som en retlig konklusion og ikke en simpel faktisk konstatering.

29. Som det tredje anbringende har Hilti anført, at Rettens ræsonnement i dommens præmis 70 og 71 er i strid med faste fællesskabsretlige principper med hensyn til definitionen af det relevante marked. Hilti har i den forbindelse navnlig henvist til dommen i Michelin-sagen [13], hvor Domstolen i præmis 37 bemærkede:

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

Ifølge Hilti har Kommissionen og Retten »ikke baseret deres konklusioner på de fornødne omstændigheder af denne art«.

13 — Sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 3461.

30. Michelin-sagen drejede sig om markedet for nye udskiftningsdæk til tunge køretøjer, dvs. lastvogne, busser og lignende køretøjer. Michelin og Kommissionen var enige om, at de *originale* dæk, køretøjerne leveres med, ikke skulle tages i betragtning; således bemærkede Domstolen i dommens præmis 38:

»På dette område foregår konkurrencen nemlig efter regler og under forhold af en hel anden art, fordi efterspørgslen her har form af ordrer direkte fra bilproducenterne.«

Dette viser, at endog produkter med de samme egenskaber kan antages at tilhøre forskellige markeder, når efterspørgselsstrukturen tages i betragtning. Med hensyn til markedet for *udskiftningsdæk* fremkom Domstolen med tre bemærkninger (se nærmere i dommens præmis 39,40 og 41): For det første er der på forbrugerplan ikke tale om at anse personvogns- og varevognsdæk for substituerbare med lastvognsdæk; for det andet er forholdet med hensyn til efterspørgselsstrukturen det, at køberne af tunge dæk, som for et flertals vedkommende er professionelle købere, kan udskilles i forhold til de almindelige købere af personvogns-og varevognsdæk; og endelig:

»..., at udbuddet af lastvognsdæk ikke påvirker udbuddet af personvognsdæk og omvendt, idet de respektive produktionsmetoder, anlæg og maskiner er meget forskellige.«

I begrebet »udbudselasticitet« ligger, hvorledes efterspørgslen efter et produkt reagerer på ændringer af prisen på produktet. Udbudselasticiteten mellem to produkter er således et mål for graden af substituerbarhed på udbudssiden mellem dem, dvs. i hvilken grad fabrikanter og leverandører af det ene produkt kan skifte over til at fremstille eller levere det andet. Betydningen for, om produktet indtager en dominerende stilling på markedet, er klar nok: Selv om en fabrikant har en betydelig markedsandel, kan han ikke handle uafhængigt af andre fabrikanter ved fastsættelse af sine priser, såfremt en sådan

adfærd øjeblikkeligt ville trække andre leverandører ind på markedet, som kunne gå under hans priser. Det må imidlertid fremhæves, at i visse tilfælde vil en meget betydelig markedsandel i sig selv udgøre en egentlig barriere, idet det kan være vanskeligt for andre leverandører hurtigt at tilfredsstille efterspørgslen fra dem, som måtte ønske at løsrive sig fra den virksomhed, der har den største markedsandel [14].

31. Domstolen har udtrykkeligt behandlet spørgsmålet om udbudsstrukturen i en række andre sager, herunder Hoffmann-La Roche-sagen [15], United Brands-sagen [16], og i Continental Can-sagen [17]. Der kan naturligvis tænkes tilfælde, hvor spørgsmålet ikke omtvistes, eller hvor svaret er indlysende, f. eks. såfremt udbuddet af det pågældende produkt eller den pågældende tjenesteydelse i henhold til national ret er forbeholdt en bestemt virksomhed. Under sådanne omstændigheder kan der naturligvis ikke være alternative forsyningskilder, som kan påvirke konkurrencen på markedet for det pågældende produkt [18].

Udbudsstrukturen vil imidlertid normalt være relevant ved afgørelsen af, om der er tale om en dominerende stilling. Selvfølgelig vil det ikke altid være rimeligt at behandle spørgsmålet i forbindelse med spørgsmålet om fastlæggelsen af det relevante marked. Domstolen har tilsyneladende kun behandlet spørgsmålet om udbudsstrukturen i relation hertil, når Domstolen konkret behandlede spørgsmålet om udbudselasticiteten mellem forskellige produkter. Derimod har Domstolen behandlet spørgsmålet om begrænsninger i mulighederne for at komme ind eller trænge ind på markedet under overskrifter vedrørende virksomhedens »position på det relevante marked« eller »de relevante markeders struktur« [19]. Det ser imidlertid ud til, at spørgsmålet normalt må behandles enten i forbindelse med fastlæggelsen af de relevante markeder eller i forbindelse med spørgsmålet om, hvor stærk en stilling virksomheden indtager på de pågældende markeder.

32. I det følgende vil jeg først behandle spørgsmålet om efterspørgslen efter fastgørelsessystemer og derefter udbuddet. Retten nåede frem til visse konklusioner med hensyn til efterspørgslen på markedet, og spørgsmålet er, om Retten nåede frem til disse konklusioner på fejlagtigt grundlag, således som Hilti har anført. For så vidt angår spørgsmålet om udbudsstrukturen ser det imidlertid ikke ud til, at Retten har draget sine egne konklusioner.

14 — Jf. sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. 1979, s. 461, præmis 41.

15 — Omtalt i fodnote 14; se dommens præmis 33,34 og 48.

16 — Omtalt i fodnote 12; se dommens præmis 122, hvor spørgsmålet imidlertid blev behandlet i den afdeling af dommen, der har overskriften United Brands' *stilling* på det relevante marked, og ikke i den afdeling, der vedrørte *definitionen* af det relevante marked.

17 — Omtalt i fodnote 3; se dommens præmis 33-36.

18 — Se f. eks. sag 26/75, General Motors mod Kommissionen, Sml. 1975, s. 1367, sag 226/84, British Leyland mod Kommissionen, Sml. 1986, s. 3263, og sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. 1991 I, s. 1979.

19 — Jf. fodnote 16 og også dommen i Hoffmann-La Roche-sagen, omtalt i fodnote 14, dommens præmis 33 og 34.

1) *Efterspørgslen efter fastgørelsessystemer*

33. Retten lagde to væsentlige faktiske omstændigheder til grund for sine konklusioner med hensyn til efterspørgslen efter forskellige fastgørelsessystemer: Kommissionens beskrivelse af de forskellige kvalitative egenskaber ved de pågældende produkter og det forhold, at de forskellige fastgørelsessystemer har været på markedet samtidig i en lang periode. Som allerede nævnt har Hilti som sit tredje anbringende gjort gældende, at det forhold, at SM-systemer har særlige egenskaber, hvorved de adskiller sig fra andre systemer, ikke i sig selv kan begrunde den konklusion, Kommissionen har draget, og som Retten bekræftede, og hvorefter systemerne ikke er indbyrdes substituerbare. Tilsvarende har Hilti som sit fjerde anbringende anført, at det forhold, at de forskellige systemer har været på markedet i en længere periode, ikke i sig selv kan begrunde, at systemerne ikke er substituerbare, hvilket efter Hilti's opfattelse er den slutning, der drages i andet punktum af dommens præmis 71.

34. Andet punktum af præmis 71 må dog naturligvis ses i sammenhæng med den argumentation, der er udviklet i præmis 69-72. I præmis 70 hedder det, at den beskrivelse af de særlige egenskaber ved SM-systemer, som Kommissionen har givet i betragtning 62 til beslutningen, er tilstrækkelig klar og overbevisende som grundlag for de konklusioner, Kommissionen har draget heraf. I dommens præmis 71 og 72 hedder det derefter:

»Der består herefter ingen rimelig tvivl om, at der i praksis forekommer en lang række forskelligartede situationer, hvor det uden videre vil være oplagt at anvende et skudmontagesystem, mens det i andre vil være hensigtsmæssigt at anvende et eller flere andre fastgørelsessystemer. Som Kommissionen har bemærket, sandsynliggør den omstændighed, at flere forskellige fastgørelsessystemer gennem lang tid hver for sig har dækket en stor del af den samlede efterspørgsel med hensyn til fastgørelsesmetoder, at der kun er en forholdsvis beskeden grad af substituerbarhed mellem de forskellige fastgørelsessystemer.

Det tilføjes, at Kommissionen under disse omstændigheder var berettiget til at basere sine konklusioner på argumenter, der tager udgangspunkt i produkternes kvalitative egenskaber.«

Det fremgår heraf, at Retten som allerede nævnt baserede sine konklusioner vedrørende substituerbarheden på begge ovennævnte forhold set under ét og ikke på hver enkelt af dem isoleret betragtet. Således hedder det i dommens præmis 72, at »under

disse omstændigheder« var Kommissionen berettiget til at basere sine konklusioner på produkternes kvalitative egenskaber, når de pågældende omstændigheder klart også omfatter den omstændighed, at forskellige fastgørelsessystemer har været på markedet samtidigt i længere perioder. I modsætning til, hvad Hilti har anført som sit fjerde anbringende, lagde Retten således ikke denne omstændighed til grund alene.

35. Efter min opfattelse var Retten desuden berettiget til at basere sine konklusioner vedrørende efterspørgslen på disse to forhold, set under ét. Selv om Hilti som allerede nævnt kritiserer Rettens ræsonnement vedrørende substituerbarheden på efterspørgselssiden, har Hilti ikke selv fremført andre faktorer, som påvirker efterspørgslen efter fastgørelsessystemer, og som burde være taget i betragtning. Sammenfattende mener jeg herefter, at Retten ikke kan foreholdes ikke at have taget relevante forhold i betragtning, der vedrører substituerbarhed på efterspørgselssiden, eller andre faktorer, der har relation til efterspørgslen.

36. Jeg skal minde om, at ud over de to ovenfor nævnte faktorer tog Retten også visse ekspertudtalelser vedrørende efterspørgslen efter fastgørelsessystemer, som Hilti havde fremlagt, nemlig professor Yarrow's analyse, Rosslyn Research-instituttets undersøgelse og professor Albach's økonometriske analyse i betragtning. Med sit femte og sjette anbringende har Hilti forsøgt at bevise, at Retten har behandlet disse yderligere bevisligheder på en måde, der er i strid med retsprincipper, eller åbenbart fejlagtige for så vidt angår begrundelsen. Jeg vil behandle disse anbringender nærmere nedenfor. Det må imidlertid først undersøges, om Retten har undladt at behandle relevante forhold vedrørende udbuddet af fastgørelsessystemer.

2) *Udbudsstrukturen*

37. I modsætning til efterspørgselssiden synes Retten ikke at have draget konklusioner for så vidt angår spørgsmålet om substituerbarhed på udbudssiden mellem forskellige fastgørelsessystemer, selv om spørgsmålet var rejst for Retten. Dommen indeholder ganske vist en sammenfatning af parternes argumenter vedrørende spørgsmålet om substituerbarhed på udbudssiden, men Retten har ikke taget stilling til det. Det eneste sted i dommen, hvor udbudsstrukturen i relation til et af de relevante

markeder berøres, er i præmis 66 og 67, men det drejer sig ikke om, hvorvidt SM-systemer er et relevant produktmarked, men derimod om, hvorvidt markederne for patronmagasiner og bolte er særskilte markeder i forhold til markedet for boltepistoler.

38. I appelskriftet har Hilti imidlertid ikke rejst spørgsmålet om substituerbarhed på udbudssiden. Vel har Hilti påberåbt sig den bemærkning i Michelin-dommen, hvori det hedder, at »også konkurrencevilkårene og efterspørgsels-og udbudsstrukturen på det pågældende marked må tages i betragtning«. Men i de skriftlige indlæg har Hilti ikke specifikt omtalt spørgsmålet om substituerbarhed på udbudssiden. Kommissionen er heller ikke kommet særskilt ind på spørgsmålet i svarskriftet, og ej heller Bauco. Det forhold, at spørgsmålet ikke er blevet berørt, tyder på, at det ikke udtrykkeligt blev rejst i appelskriftet, og Domstolen bør derfor heller ikke tage stilling til det.

39. Sammenfattende mener jeg, at Hilti ikke har fremført nogen relevante omstændigheder, hverken med hensyn til udbudsstrukturen, efterspørgselsstrukturen eller konkurrencevilkårene på markedet, som Retten ikke har taget hensyn til i dommen. Hilti's anbringender om, at Retten ikke har foretaget de nødvendige konstateringer med henblik på fastlæggelsen af de relevante markeder, må følgelig forkastes.

40. Lad mig tilføje, at hvis jeg havde fundet, at dommen var behæftet med en mangel på det punkt, ville det ikke have ført til, at Kommissionens beslutning var blevet annulleret, men til, at sagen blev hjemvist til Retten i henhold til statuttens artikel 54.

Det femte anbringende

41. Med det femte anbringende har Hilti bestridt bemærkningen i dommens præmis 74 om, at »de beviser, sagsøgeren har fremført, ikke kan rejse tvivl om Kommissionens konklusioner«. Hilti har nærmere anført, at Hilti kun skulle fremføre beviser, som kunne give grundlag for en alternativ forklaring på Kommissionens konklusioner, men ikke skulle fremføre beviser, som kunne »rejse tvivl om« konklusionerne. Hilti har bemærket, at Retten i den præmis derfor har anvendt en »forkert bevisbyrderegel«.

42. Til støtte herfor har Hilti påberåbt sig betragtning 63 til Kommissionens beslutning, hvori Kommissionen konkluderer, at:

»... Det er derfor ikke tænkeligt, at små ændringer i prisen på en boltepistol, bolte og/eller patroner skulle give anledning til et øjeblikkeligt og omfattende skift til eller fra alternative fastgørelsesmetoder.«

Ifølge Hilti peger anvendelsen af ordet »tænkeligt« i retning af, at Kommissionen baserede sin konklusion på en ren formodning. Hilti har nærmere anført, at for at gendrive en simpel formodning er det tilstrækkeligt, at det godtgøres, at der foreligger omstændigheder, der kan sætte de af Kommissionen konstaterede forhold i et andet lys, jf. præmis 16 i Domstolens dom i CRAM og Rheinzink-sagen [20].

43. En nærmere undersøgelse af begrundelsen i betragtning 63,64 og 65 til beslutningen underbygger efter min opfattelse imidlertid ikke, at Kommissionen skulle have baseret sine konklusioner på en simpel formodning. I betragtning 61 og 62 til beslutningen beskriver Kommissionen relativt detaljeret de faktorer, som kan påvirke valget af en fastgørelsesmetode under de konkrete omstændigheder, og de tekniske kendetegn, hvorved SM-systemer adskiller sig fra andre fastgørelsesmetoder. Det er på baggrund af disse bemærkninger, at Kommissionen i betragtning 63 når frem til, at SM-systemer og andre fastgørelsessystemer ikke kan siges at udgøre en del af det samme relevante marked. Kommissionen forklarer således nærmere i betragtningen, at:

»... Valget af den bedst egnede fastgørelsesmetode træffes på grundlag af et specifikt anvendelsesformål på et givet arbejdssted ... I betragtning af de mange faktorer, som tæller i dette valg, og den omstændighed, at fastgørelser normalt kun udgør en meget lille del af byggeomkostningerne, må det antages, at prisen på elementerne i de forskellige fastgørelsesmetoder ikke er den eneste eller den afgørende faktor i valget af, hvilken fastgørelsesmetode der skal bruges i et givet tilfælde. *Det er derfor ikke tænkeligt,* at små ændringer i prisen på en boltepistol, bolte og/eller patroner skulle give anledning til et øjeblikkeligt og omfattende skift til eller fra alternative fastgørelsesmetoder.« (Fremhævet af mig).

Kommissionens bemærkning, hvorefter det »ikke er tænkeligt«, at små ændringer i prisen kan medføre et øjeblikkeligt og omfattende skift mellem forskellige

20 — Forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. 1984, s. 1679.

fastgørelsesmetoder, fremstår således som en logisk konsekvens af den konklusion, Kommissionen allerede var nået frem til på grundlag af de fremlagte bevisligheder, og hvorefter valget af fastgørelsesmetode ikke på afgørende måde afhænger af prisen på de enkelte dele af systemer, dvs. af prisen på boltepistoler, patronmagasiner og bolte. Det kan derfor ikke hævdes, at Kommissionens bemærkning er en simpel formodning eller antagelse: Der er derimod tale om en konklusion, som Kommissionen er nået frem til på grundlag af beviserne i sagen. Hvis Hilti skulle have rejst tvivl med hensyn til en sådan konklusion, skulle Hilti under retsforhandlingerne for Retten enten have godtgjort, at de beviser, Kommissionen havde lagt til grund, ikke var tilstrækkelige til at underbygge en sådan konklusion, eller have fremlagt andre solide beviser for, at prisen på et fastgørelsessystems enkelte dele er en afgørende faktor ved valget mellem forskellige systemer [21].

44. Efter min opfattelse har Retten derfor med føje bemærket, at det tilkom Hilti at godtgøre, at det nye bevismateriale, virksomheden havde påberåbt sig, faktisk rejste tvivl med hensyn til Kommissionens konklusioner. Hilti's argument om, at Retten har anvendt en forkert bevisbyrderegel, må derfor forkastes.

21 — Se generaladvokat Sir Gordon Slynn's bemærkninger i forslag til afgørelse i de forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion Française mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 1825, navnlig på s. 1930-1931.

Det sjette anbringende

45. Med det sjette anbringende har Hilti i det væsentlige gjort gældende, at Retten i mindst tre tilfælde har anlagt en fejlagtig fortolkning af det bevismateriale, der var fremlagt for den. Anbringendet rejser således det spørgsmål, om der er tale om et retsspørgsmål, som Domstolen kan prøve under en appel, eller om det må antages kun at vedrøre faktiske omstændigheder, hvor Rettens afgørelse er endelig. Som det vil fremgå af det følgende, er der i mine øjne ingen tvivl om, at de argumenter, Hilti har fremført til støtte for anbringendet, alene rejser spørgsmål om faktiske omstændigheder, som Domstolen skal lægge uprøvet til grund.

46. Naturligvis er det ikke altid let at sondre mellem jus og faktum. Sondringen er genstand for indgående drøftelser i de nationale retsordener; i appelskriftet synes Hilti at gøre gældende, at Domstolen bør tilslutte sig den praksis, der følges af visse nationale domstole, og under visse omstændigheder skal sidestille åbenbare faktiske vildfarelser med retsvildfarelser. Med hensyn til appeller til prøvelse af Rettens afgørelse kan Domstolen imidlertid efter min opfattelse med fuld ret anlægge en restriktiv fortolkning af formuleringen i statuttens artikel 51 om, at »Retten har overtrådt fællesskabsretten«. Domstolen må undgå at komme i en situation, hvor den skal foretage en fornyet

prøvelse af faktiske omstændigheder, såfremt det blev gjort gældende, at en faktisk vildfarelse var åbenbar. Dette ville bevirke, at formålene med oprettelsen af Retten blev undergravet. Af de grunde, jeg allerede har fremført, gælder dette navnlig med hensyn til konkurrencesager, hvor Rettens afgørelse i sig selv udgør en meget detaljeret prøvelse af en begrundet kommissionsbeslutning [22].

47. Når Retten uden selv at undersøge nyt bevismateriale eller på eget initiativ prøver de faktiske omstændigheder, Kommissionen har fastslået i beslutningen, eller de konklusioner, Kommissionen har draget heraf, er det således efter min opfattelse klart, at Domstolen ikke kan foretage en fornyet prøvelse af de faktiske omstændigheder, Kommissionen har fastslået. Domstolen kan kun gribe ind, såfremt det fremgår af Rettens dom, at den har anvendt fællesskabsretten fejlagtigt, f. eks. ved at lægge et forkert retligt kriterium til grund ved afgørelsen af et spørgsmål, såsom definitionen af det relevante marked, eller ved at basere sine retlige konklusioner på en utilstrækkelig begrundelse. Kun en sådan fejl kan sidestilles med, at Retten »har overtrådt fællesskabsretten« som omhandlet i statuttens artikel 51. En sådan fejl vil fremgå af selve dommens præmisser, og Domstolen skal i så fald blot prøve den begrundelse, der er anført i dommen.

48. Gælder der noget andet, såfremt Retten selv indhenter bevismateriale, på anden måde foretager undersøgelser af de faktiske omstændigheder, eller eventuelt fastslår nye faktiske omstændigheder? Det må understreges, at sådanne nye faktiske omstændigheder ikke fastslås med henblik på, at de skal træde i stedet for dem, som Kommissionen har fastslået, men kun med henblik på at bekræfte eller gendrive de faktiske omstændigheder, Kommissionen har fastslået; i sådanne tilfælde handler Retten ikke som en ret i første instans, der som den første skal fastslå faktiske omstændigheder, men fastslår dem kun med henblik på at kontrollere de faktiske omstændigheder, Kommissionen har fastslået. Hvis Retten vil opfylde begrundelseskravet, må den i så fald nødvendigvis i dommen redegøre for de faktiske omstændigheder, den har fastslået, og drage de relevante slutninger til støtte for sine egne konklusioner. Selv i det tilfælde kan Domstolens prøvelse derfor med føje begrænses til en prøvelse af begrundelsen, således som den er angivet i dommen. Begrundelsen må naturligvis være en relevant stillingtagen til parternes argumentation og må derfor nødvendigvis indeholde de faktiske omstændigheder, Retten selv har fastslået, og de slutninger, den har draget heraf. Domstolen behøver derfor ikke gå nærmere ind i Rettens dom og undersøge de beviser, der var fremført for Retten.

22 — Se punkt 9-12 ovenfor.

49. Der kan naturligvis tænkes vanskelige tilfælde, hvor Domstolen må tage stilling til, i hvilket omfang den er indstillet på at prøve det ræsonnement, Retten har anlagt i forbindelse med dens vurdering af de fastslåede faktiske omstændigheder. Som allerede nævnt må Domstolen for mig at se kunne anlægge et restriktivt synspunkt med hensyn til sin kompetence som appelinstans i konkurrencesager og det på baggrund af formålene med oprettelsen af Retten og den omstændighed, at der i konkurrencesager altid vil være to begrundede afgørelser. Uanset hvad man måtte mene med hensyn til omfanget af Domstolens kompetence som appelinstans, kan det imidlertid ikke have været meningen, at Domstolen skulle gå bag om de faktiske omstændigheder i Rettens dom, når der i dommen er foretaget en prøvelse af de faktiske omstændigheder, Kommissionen har fastslået.

50. Med disse bemærkninger in mente vil jeg herefter gå over til at behandle de fejl, Retten ifølge Hilti har begået, jf. det sjette anbringende.

51. Den første fejl ligger ifølge Hilti i bemærkningen i dommens præmis 73, hvorefter Kommissionens konklusioner:

»underbygges ... af professor Yarrow's analyse og af Rosslyn Research-instituttets undersøgelse, ... hvoraf fremgår, at der var et betydeligt antal brugere af boltepistoler, der ikke så noget realistisk alternativ til skudmontagesystemet i hovedparten af de tilfælde, hvor boltepistoler faktisk er blevet anvendt.«

Hilti har heroverfor anført, at udlægningen af den undersøgelse, Rosslyn Research-instituttet har foretaget, er »åbenbart fejlagtig« og »skyldes en simpel matematisk fejl«. Ifølge Hilti viser undersøgelsen ikke, at der er et betydeligt antal brugere af boltepistoler, men derimod, at kun en lille del af brugere af boltepistoler kommer ud for situationer, hvor de ikke kan anvende andre fastgørelsessystemer, og det kun i en del af de tilfælde, hvor de anvender boltepistoler.

52. Hilti's indvending går således på, at Retten på grundlag af en konkret undersøgelse,

der er fremlagt som bevis, fastslår, at der i de fleste tilfælde findes et betydeligt antal brugere, for hvem SM-systemer ikke kan erstattes af andre fastgørelsessystemer. Efter min opfattelse er der her tale om en simpel faktisk konstatering fra Rettens side. Som vi allerede har set, tilkommer det ikke Domstolen at gå bag om de faktiske omstændigheder, der er fastslået i dommen; Domstolen kan højst undersøge det ræsonnement, Retten har anlagt, når den drager konklusioner af sådanne fastslåede forhold. Udlægningen af resultaterne af Rosslyn Research-instituttets undersøgelse henhører derfor alene under Rettens kompetence og kan ikke anfægtes i appelinstansen.

53. Tilsvarende betragtninger gør sig efter min opfattelse gældende med hensyn til den anden del af Hilti's sjette anbringende, som vedrører dommens præmis 75. Her kritiserer Retten den metode, der er anvendt i professor Yarrow's analyse, og i Rosslyn Research-instituttets undersøgelse, og bemærker nærmere, at de spørgsmål, der i undersøgelsen blev stillet byggevirksomhederne:

»ikke [giver] grundlag for et svar på det afgørende spørgsmål i denne sag, nemlig om små, men signifikante ændringer af prisen på bolte må antages at medføre en væsentlig ændring af efterspørgslen«.

For mig at se er vurderingen af den metode, der anvendes i en empirisk undersøgelse, et spørgsmål, som alene henhører under Rettens kompetence, idet det er Retten, der fastslår faktum. Det er klart, at spørgsmålet om, hvorledes man korrekt udarbejder de spørgsmål, der stilles byggevirksomhederne, når man skal vurdere, hvilken betydning prisen har med hensyn til deres afgørelse om at anvende et bestemt fastgørelsessystem, ikke er et retsspørgsmål, som kan prøves under denne appelsag.

54. Endelig har Hilti bestridt bemærkningen i dommens præmis 76, hvori Retten kritiserer den metode, der er anvendt i professor Albach's økonometriske analyse. Det fremgår af sagen, at professor Albach kom ind på de pågældende metodologiske problemer under en forklaring, han afgav i retsmødet for Retten, og hvoraf Hilti har gengivet et uddrag i appelskriftet. Efter min opfattelse tilkommer det helt klart Retten og kun den at tage stilling til, om de tvivlsspørgsmål, der blev rejst, blev afklaret på passende måde gennem professor Albach's forklaring for Retten.

55. Jeg er herefter nået frem til, at ingen af de argumenter, Hilti har fremført i forbindelse med sit sjette anbringende, kan antages at rejse et retsspørgsmål, som Domstolen kan tage stilling til under appelsagen.

Det syvende anbringende

56. Som sit sidste anbringende har Hilti gjort gældende, at Retten har gjort sig skyldig i en retsvildfarelse, idet den ikke har taget alt det bevismateriale i betragtning, som var udarbejdet af sagkyndige, og som havde betydning for definitionen af de relevante produktmarkeder. Til støtte herfor har Hilti nærmere anført, at de beviser, Hilti har fremført, i dommen kun berøres i tre korte bemærkninger, som ifølge Hilti desuden kun behandler »tre ubetydelige aspekter« omkring dette bevismateriale.

57. Som vi allerede har set, bemærkede Retten, at Kommissionens konklusioner med hensyn til de relevante produktmarkeder snarere blev underbygget end gendrevet af de ekspertudtalelser, Hilti havde fremlagt. Efter min opfattelse kan man imidlertid ikke sige, at Retten ikke har taget hensyn hertil; tværtimod undersøgte Retten dem nærmere, men drog andre konklusioner end dem, der ifølge Hilti måtte drages. I afsnit 4.58 i appelskriftet har Hilti redegjort for, hvad der efter virksomhedens opfattelse er de mest relevante konklusioner, der burde drages af det materiale, hr. Yarrow og professor Albach har analyseret. Den omstændighed, at Retten ikke drog de samme konklusioner, betyder imidlertid ikke, at den ikke tog det pågældende bevismateriale i betragtning.

58. Efter min opfattelse kan Hilti's syvende anbringende derfor heller ikke tiltrædes. Appellen må herefter forkastes.

59. Endelig skal jeg bemærke, at Bauco's påstand om, at den bøde, Hilti er blevet pålagt, forhøjes, ikke kan påkendes. En intervenient for Retten kan kun støtte en af parternes påstande eller påstå disse forkastet, helt eller delvis, og en intervenient i appelinstansen kan ikke nedlægge andre påstande i svarskriftet end dem, der blev nedlagt for Retten [23]. Bauco kan derfor ikke nedlægge påstand om forhøjelse af bøden, hverken i den oprindelige begæring om intervention for Retten eller i det skriftlige indlæg i appelsag Pn.

23 — Jf. artikel 116, stk. 4, i Rettens procesreglement og artikel 116, stk. 1, i Domstolens procesreglement.

Sammenfatning

60. Jeg skal herefter foreslå, at Domstolen:

1) forkaster appellen

2) dømmer Hilti til at betale sagens omkostninger, herunder Bauco's.