CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 10 november 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Deze zaak wordt het Hof voorgelegd bij wege van hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 december 1991 in de zaak Hilti/Commissie [1] (hierna: „het arrest"). Bij dit arrest zag Hilti haar vordering afgewezen tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie, waarin deze had vastgesteld dat zij binnen de EEG een machtspositie innam op de markt voor schiethamers en op die voor nagels en patroonstrips voor die schiethamers, en dat zij van die positie misbruik had gemaakt in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag. [2] Bij die beschikking werd Hilti een boete opgelegd van 6 miljoen ECU en werd haar gelast een einde te maken aan het geconstateerde misbruik.

2. De klachten naar aanleiding waarvan de Commissie de procedure tegen Hilti heeft ingeleid, waren afkomstig van Bauco (UK) Ltd en Profix Distribution Ltd (destijds „Eurofix"). Zowel Bauco als Profix hebben in de procedure voor het Gerecht van eerste aanleg geïntervenieerd aan de zijde van de Commissie. Ingevolge de artikelen 114 en 115 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof hadden zij derhalve beiden het recht om een memorie van antwoord op de door Hilti ingestelde hogere voorziening in te dienen. Alleen Bauco heeft evenwel van die mogelijkheid gebruik gemaakt.

3. De door Hilti vervaardigde schiethamers zijn technisch geavanceerde werktuigen voor het aanbrengen van betrouwbare bevestigingen in de bouwnijverheid. Te zamen met patroonstrips, patronen en nagels vormen de schiethamers een bevestigingssysteem met explosieve lading („powder-actuated fastening systems" of „PAF"), waarmee nagels in diverse materialen kunnen worden ingeschoten; het systeem is echter niet geschikt voor alle soorten materialen. De patronen leveren de explosieve kracht voor het systeem, en elke patroonstrip bevat een aantal patronen, waardoor de hamer zonder laden een aantal malen achtereen kan worden gebruikt. Nagels die compatibel zijn met de schiethamers van Hilti worden behalve door Hilti zelf ook door andere ondernemingen vervaardigd en geleverd. Bauco en Profix zijn

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Zaak T-30/89, Jurispr. 1991, blz. II-1439.

2 — 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).

twee zulke onafhankelijke producenten van nagels die in Hilti-schiethamers kunnen worden gebruikt. In het hiernavolgende worden met de termen „patroonstrips" en „nagels" de benodigdheden aangeduid die bestemd zijn om in de door Hilti geproduceerde schiethamers te worden gebruikt. Die benodigdheden duidt de Commissie in haar beschikking aan met „toebehoren".

4. Artikel 86, eerste alinea, EEG-Verdrag luidt als volgt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan."

De onderhavige hogere voorziening is beperkt tot die onderdelen van het arrest van het Gerecht, waarin de stelling van de Commissie, dat Hilti een machtspositie innam op de gemeenschappelijke markt, bewezen werd geacht. Thans bestrijdt Hilti dus niet, dat haar door de Commissie in de beschikking omschreven gedrag misbruik opleverde, aangenomen dat zij zulk een positie bezat. Evenmin bestrijdt Hilti thans, dat dat gedrag de handel tussen de Lid-Staten kon hebben beïnvloed.

5. De door de Commissie als misbruik aangemerkte gedragingen hielden in, dat Hilti als producent van schiethamers, patroonstrips en nagels haar sterke marktpositie aanwendde om onafhankelijke producenten van nagels te beletten tot de markt voor nagels toegang te krijgen en daarop door te dringen, of om hen anderszins in hun belangen te schaden. Een dergelijk gedrag kan evenwel pas in strijd zijn met artikel 86, wanneer Hilti inderdaad een machtspositie op ten minste een van de betrokken markten innam.

6. Om een machtspositie in de zin van artikel 86 aan te tonen, is het nodig de relevante markt of markten aan te wijzen waarop die machtspositie bestaat. Dienaangaande verklaarde het Hof in rechtsoverweging 32 van het arrest Continental Can [3]:

„(...) dat voor de beoordeling van de machtspositie [van verzoekster] (...) de begrenzing van de betrokken markt van essentieel belang is, daar de concurrentiemogelijkheden slechts

3 — Arrest in zaak 6/72, Europemballage en Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215. Zie ook de arresten in de zaken 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775, r. o. 25, en C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r. o. 51.

kunnen worden beoordeeld aan de hand van die kenmerken der onderhavige produkten, waardoor zij bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en slechts in geringe mate met andere produkten verwisselbaar zijn".

Voor die beoordeling moet bovendien niet alleen het scala van betrokken produkten (de relevante produktmarkt), maar ook de geografische omvang van de markt in aanmerking worden genomen. Volgens Hilti waren de relevante produktmarkten in de beschikking van de Commissie niet juist gedefinieerd, en thans vecht zij de gedeelten van het arrest van het Gerecht aan, waarin het de definitie door de Commissie van die markten bevestigde. De door de Commissie gekozen definitie van de relevante geografische markt bestrijdt Hilti thans evenwel niet.

7. De Commissie onderscheidde in haar beschikking drie afzonderlijke relevante produktmarkten, waarop Hilti volgens haar bevindingen een machtspositie innam, namelijk de markt voor schiethamers en de markten voor de daarin te gebruiken patroonstrips en nagels. Volgens punt 74 van de beschikking maakte Hilti misbruik van haar machtspositie op deze markten om de daadwerkelijke mededinging van nieuwkomers op de markt voor nagels te verhinderen.

8. De afbakening van een relevante produktmarkt ter bepaling of er sprake is van een machtspositie in de zin van artikel 86, is een veelomvattende arbeid die zowel feitelijke vaststellingen als de toetsing van die feiten aan economische principes en juridische criteria vergt. [4] In hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht krachtens artikel 168 A, lid 1, EEG-Verdrag, dient het Hof zich uiteraard te beperken tot de rechtsvragen. Ik herinner aan het bepaalde in artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EEG:

„Hogere voorziening bij het Hof kan alleen rechtsvragen betreffen. Zij moet gebaseerd zijn op middelen ontleend aan onbevoegd-

4 — Zie met name de discussie in Whish, *Competition Law* (2e druk, Londen, 1989), blz. 278-287.

heid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht."

9. Hoewel deze beperking duidelijk geldt voor elke hogere voorziening bij het Hof, kunnen bij hogere voorziening in mededingingszaken die hun oorsprong vinden in een beschikking van de Commissie houdende vaststelling van overtreding van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag [5] bijzondere factoren een rol spelen. In zulke zaken heeft het Gerecht zelf reeds de wettigheid moeten toetsen van een beschikking van de Commissie die enerzijds op feitelijke vaststellingen is gebaseerd en anderzijds op een mogelijkerwijze complexe economische beoordeling. Bij kwesties als in de onderhavige zaak aan de orde zijn, rond de afbakening van de relevante mark of het bestaan van een machtspositie op die markt, gaat het om de toepassing van criteria waarover economen van mening kunnen verschillen. De rechterlijke toetsing van zulke kwesties is beperkter dan die van zuiver feitelijke vragen: terwijl de juistheid van de door de Commissie gestelde materiële feiten altijd door het Gerecht kan worden getoetst, is de toetsing door het Gerecht van economische beoordelingsvragen in de regel beperkt tot de controle, of de Commissie geen klaarblijkelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid [6] te verwijten valt. Het is dan de vraag, in hoeverre de door het Gerecht gegeven beoordeling van de materiële feiten door het Hof kan worden getoetst. Ik kom hier nog nader op terug. [7]

10. De bevoegdheid die het Gerecht thans in mededingingszaken heeft, werd oorspronkelijk door het Hof uitgeoefend, krachtens de artikelen 173 en 175 EEG-Verdrag en is aan het Gerecht overgedragen bij besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen. [8] Uit de considerans van dit besluit wordt de reden duidelijk waarom een Gerecht van eerste aanleg is ingesteld, namelijk om het onderzoek van complexe feiten door het Gerecht te laten verrichten in plaats van door het Hof. Zo vermeldt het besluit van 24 oktober 1988 eerst, dat artikel 168 A EEG-Verdrag de Raad machtigt aan het Hof van Justitie een

5 — Zie voor de toepassing in ambtenarenzaken van deze beperking van de hogere voorziening bijvoorbeeld de arresten in de zaken C-115/90 P, Turner, Jurispr. 1991, blz. I-1423; C-283/90 P, Vidrányi, Jurispr. 1991, blz. I-4339; C-107/90 P, Hochbaum, Jurispr. 1992, blz. I-157; C-18/91 P, V., Jurispr. 1992, blz. I-3997.

6 — Zie zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 34.

7 — Zie hierna, paragrafen 46-49.

8 — Besluit van de Raad 88/591/EGKS, EEG, Euratom (PB 1988, L 319, blz. 1).

Gerecht van eerste aanleg toe te voegen, dat „belangrijke rechterlijke taken zal dienen te vervullen". En voorts, dat „in beroepen die een grondig onderzoek van complexe feiten vergen, de invoering van rechtspraak in twee instanties de rechtsbescherming der justitiabelen kan verbeteren" en dat „met het oog op het behoud van een deugdelijke en doeltreffende rechtsbescherming in de communautaire rechtsorde, het Hof [van Justitie] in staat moet worden gesteld zich te concentreren op zijn wezenlijke taak, bestaande in het verzekeren van eenheid in de uitlegging van het Gemeenschapsrecht". Ten slotte wordt verklaard, dat „aan het Gerecht de bevoegdheid moet worden overgedragen om in eerste aanleg kennis te nemen van bepaalde categorieën van beroepen die vaak een onderzoek van ingewikkelde feiten noodzakelijk maken", waaronder de beroepen ingesteld door natuurlijke of rechtspersonen op het gebied van de mededinging. Het besluit van de Raad van 8 juni 1993 [9] herhaalt enkele van deze overwegingen als reden voor de overdracht van nog andere categorieën van beroepen van natuurlijke of rechtspersonen aan het Gerecht, in de meeste gevallen met ingang van 1 augustus 1993. [10]

11. Zoals de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting naar voren bracht, was het niet zozeer de bedoeling om van het Gerecht een intermediaire rechterlijke instantie tussen de Commissie en het Hof te maken, maar veeleer om het een wezenlijk deel van de bevoegdheid van het Hof te laten overnemen. Artikel 3 van het besluit van 24 oktober 1988 spreekt veelzeggend genoeg van „uitoefening" door het Gerecht van de door de Verdragen aan het Hof van Justitie opgedragen bevoegdheden, en de considerans van „overdracht" van bevoegdheden aan het Gerecht van eerste aanleg.

12. Derhalve komt mij voor, dat althans in mededingingszaken het voorschrift van artikel 51 van het Statuut, dat hogere voorziening bij het Hof alleen rechtsvragen kan betreffen, strikt behoort te worden uitgelegd. Met dit als uitgangspunt kom ik thans op de bespreking van Hilti's voorgedragen middelen.

De middelen van Hilti

13. Hilti draagt in hogere voorziening zeven middelen voor, die kort kunnen worden samengevat als volgt:

1) In de rechtsoverwegingen 66 en 67 heeft het Gerecht uit het feit dat onafhankelijke

9 — Besluit van de Raad 93/350/EGKS, EEG, Euratom (PB 1993, L 144, blz. 21).

10 — De inwerkingtreding van het besluit is voor anti-dumping- en anti-subsidie-zaken uitgesteld tot een door de Raad bij unaniem besluit te bepalen datum: zie artikel 3.

producenten sinds de jaren zestig nagels maken die voor gebruik in schiethamers zijn bestemd en dat patroonstrips en nagels speciaal voor een bepaald merk schiethamer worden vervaardigd en door de gebruikers worden aangeschaft, ten onrechte afgeleid dat er afzonderlijke markten zijn voor patroonstrips en voor nagels. Het Gerecht heeft niet het juiste criterium toegepast voor de definitie van de relevante produktmarkt voor losse onderdelen of benodigdheden en heeft niet stilgestaan bij de onderlinge vervangbaarheid van de verschillende bevestigingssystemen vanuit het oogpunt van de vraag.

2) In rechtsoverweging 69 van zijn arrest komt het Gerecht tot de conclusie, dat PAF-systemen een relevante produktmarkt vormen, zonder zich af te vragen in hoeveel gevallen PAF-systemen zich door andere systemen laten vervangen.

3) In de rechtsoverwegingen 70 en 71 van zijn arrest onderschrijft het Gerecht ten onrechte de bevinding van de Commissie, dat PAF-systemen en andere bevestigingssystemen onderling niet zo gemakkelijk vervangbaar zijn, hoewel die bevinding enkel steunde op een beschrijving van de verschillende kenmerken van de betrokken produkten en bijgevolg onvoldoende was gemotiveerd.

4) Evenzo onderschrijft het Gerecht in rechtsoverweging 71 ten onrechte de bevinding, dat van onderlinge vervangbaarheid geen sprake was, op grond dat verschillende systemen gedurende zekere tijd naast elkaar hebben bestaan.

5) Met de verwerping — in rechtsoverweging 74 van het arrest — van het bewijs dat Hilti had overgelegd om de onderlinge vervangbaarheid van verschillende bevestigingssystemen aan te tonen, heeft het Gerecht de regels inzake de bewijslast miskend.

6) In de rechtsoverwegingen 73 en 76 van het arrest heeft het Gerecht ten onrechte vastgesteld, dat de conclusies van de Commissie worden bevestigd, althans niet weerlegd, door bepaalde door Hilti overgelegde bewijzen, te weten een rapport van de heer Yarrow en een onderzoek van het Rosslyn researchinstituut, alsmede een econometrische studie van een zekere professor Albach.

7) Het Gerecht heeft niet al het door Hilti aangevoerde bewijs in aanmerking genomen.

14. Ik zal deze zeven middelen achtereenvolgens behandelen. Ik moet echter erop wijzen, dat de punten die in de respectieve middelen aan de orde worden gesteld, elkaar soms overlappen, zodat die middelen niet steeds afzonderlijk kunnen worden besproken.

Het eerste middel

15. Het eerste punt dat in hogere voorziening aan de orde wordt gesteld, is of gezegd kan worden dat er afzonderlijke markten bestaan voor de in Hilti-schiethamers te gebruiken patroonstrips en nagels, dan wel of die schiethamers met toebehoren als één ondeelbaar geheel moet worden beschouwd. Hilti stelt, dat het Gerecht een regel heeft veronachtzaamd aan de hand waarvan kan worden bepaald, of er een afzonderlijke markt bestaat voor de levering van onderdelen van een bepaald produkt, welke regel het Hof in de zaak Hugin [11] zou hebben geformuleerd. Uiteraard betreft de klacht, dat een rechtsregel is veronachtzaamd of onjuist uitgelegd, een rechtsvraag waarvan het Hof in hogere voorziening kennis kan nemen.

16. In de zaak Hugin ging het om een weigering van Hugin Cash Registers Ltd om onderdelen voor haar kasregisters te leveren aan een andere onderneming, Liptons. Hilti verwijst in het bijzonder naar rechtsoverweging 5 van het arrest Hugin, waarin het Hof overwoog:

„om dit geschil te kunnen beslechten, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld welke de relevante markt is. (...) De vraag waarom het gaat, is dus of de levering van onderdelen een afzonderlijke markt vormt dan wel een deel is van een grotere markt. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden vastgesteld bij welke categorie afnemers vraag naar deze onderdelen bestaat."

Het Hof concludeerde dat er een afzonderlijke markt bestond voor onderdelen, omdat onafhankelijke ondernemingen zich hadden gespecialiseerd in het onderhoud en de reparatie van kasregisters en in de verkoop en revisie van oude apparaten, welke activiteiten een eigen behoefte deden ontstaan aan onderdelen; deze ondernemers vormden een afzonderlijke categorie ten opzichte van deafnemers van de apparaten (zie r. o. 7 van het arrest Hugin). Deze redenering van het Hof in de zaak Hugin laat zien, aldus Hilti, dat nagels, los van de schiethamers waarin zij

11 — Arrest in zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869.

worden gebruikt, alleen kunnen worden geacht een eigen produktmarkt te vormen, wanneer die nagels andere afnemers blijken te vinden dan de schiethamers zelf.

17. Mijns inziens valt deze conclusie niet uit de zaak Hugin af te leiden. Wegens de bijzondere omstandigheden van het geval moest daar worden nagegaan, bij welke categorie van afnemers vraag naar reserveonderdelen bestond. In de eerste plaats had Hugin een monopolie op de levering van de betrokken onderdelen. Vervolgens was voor de montage van die onderdelen de hulp van een gespecialiseerde monteur nodig, en was hun waarde, vergeleken met de service-en reparatiekosten, gering; de gebruikers van kasregisters traden op de markt dus niet tevens op als kopers van onderdelen. Wanneer de kopers van de kasregisters zelf de enige afnemers van de onderdelen waren geweest, dan, zo is duidelijk, was er geen afzonderlijke markt voor onderdelen geweest naast de markt voor de apparaten en naast die voor onderhouds- en reparatiediensten aan die apparaten (zie r. o. 6 van het arrest).

18. Zoals Bauco en de Commissie opmerken, mag in het arrest Hugin echter niet de regel worden gelezen dat, wil er van een afzonderlijke markt voor onderdelen of andere delen sprake zijn, de afnemers van de onderdelen anderen moeten zijn dan de kopers van de apparatuur waarvoor die onderdelen zijn bestemd. In het arrest Hugin heeft het Hof niet een regel van die strekking willen formuleren, maar enkel willen bepalen of in de bijzondere omstandigheden van dat geval een relevante produktmarkt voor reserveonderdelen bestond. In de onderhavige zaak liggen de feiten heel anders dan in de zaak Hugin. De onderdelen die voor gebruik in de Hilti-schiethamers worden gekocht, zijn geen onderdelen die de diensten van een deskundig monteur noodzakelijk maken, maar verbruiksprodukten voor schiethamers die zijn bedoeld voor gebruik door eenieder die met de schiethamer kan omgaan. Bovendien worden die verbruiksprodukten niet alleen door Hilti zelf geleverd, maar ook door onafhankelijke fabrikanten die in Hilti schiethamers te gebruiken nagels vervaardigen. Zoals het Gerecht in rechtsoverweging 67 van zijn arrest opmerkt, zijn die omstandigheden alleen al een sterke aanwijzing, dat er een afzonderlijke markt voor nagels bestaat. Anders dan in de zaak Hugin, nemen de gebruikers van schiethamers rechtstreeks aan de markt deel als kopers van de nagels, en speelt het geen rol dat de kopers van de nagels geen aparte categorie vormen ten opzichte van de kopers van de schiethamers.

19. Om de markten voor nagels en patroonstrips te kunnen aanwijzen als relevante markten waarop Hilti een machtspositie

inneemt, kan het inderdaad nodig zijn om ook te letten op Hilti's positie op markten die aan de markten voor patroonstrips en nagels nauw verwant zijn. Zoals we hebben gezien, heeft de Commissie in haar beschikking de markt voor schiethamers aangemerkt als een relevante produktmarkt waarop Hilti eveneens een machtspositie bezat. Wanneer Hilti op een dergelijke markt domineert, kan dat niet anders dan ook haar positie versterken op de markten voor artikelen als nagels en patroonstrips. Omgekeerd zal haar positie op die laatste markten zwakker zijn, wanneer PAF-systemen met andere systemen moeten concurreren op een ruimere markt, die beide typen systemen omvat en waarop Hilti geen machtspositie heeft.

20. De vraag rijst daarom, of PAF-systemen inderdaad een relevante produktmarkt vormen waarop Hilti een machtspositie inneemt en die zich van de markt voor bevestigingssystemen als geheel onderscheidt. Het antwoord op die vraag kan ontkennend zijn, wanneer de verschillende systemen in belangrijke mate onderling vervangbaar zijn. In haar eerste middel brengt Hilti dan ook de vraag van de substitueerbaarheid van de verschillende bevestigingssytemen ter sprake. Aangezien evenwel ook enkele andere door Hilti aangevoerde middelen deze vraag opwerpen, met name het tweede, derde, vierde en vijfde middel, zal ik dit punt aldaar behandelen.

Het tweede middel

21. Zoals gezegd, heeft de Commissie vastgesteld dat Hilti zowel op de markten voor nagels en patroonstrips als op de markt voor schiethamers een machtspositie innam. Hilti bestrijdt thans niet de bevindingen van de Commissie met betrekking tot haar grote marktaandeel in nagels, patroonstrips en schiethamers evenmin als de andere voordelen, zoals octrooibescherming en een goed georganiseerd distributiesysteem, dank zij welke Hilti haar positie op die markten volgens de Commissie kon handhaven en versterken.

22. Wil men echter het bestaan van een machtspositie vaststellen, dan moet worden aangetoond dat de betrokken onderneming een economische machtspositie geniet, „die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in 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". [12] Zoals ik al zei, stelt Hilti dat haar mogelijkheid tot zelfstandig handelen op de markt voor nagels was beperkt door het feit dat PAF-systemen deel uitmaken van een ruimere markt voor bevestigingssystemen in het algemeen. Ook al zou men dus nagels, patroonstrips en schiethamers als evenzovele

12 — Arrest in zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 65.

afzonderlijke markten beschouwen, dan hoeven die markten nog niet „relevant" te zijn voor de vaststelling van een machtspositie, aangezien de gebruikers van Hilti schiethamers de mogelijkheid kunnen hebben naar andere bevestigingssystemen uit te wijken die niet noodzaken tot aanschaf van patroonstrips of nagels. Hilti betoogt dat de Commissie, door geen rekening te houden met de hoge mate van „substitueerbaarheid aan de vraagzijde" van de verschillende systemen, de relevante produktmarkten onjuist heeft gedefinieerd.

23. Hilti stelt derhalve dat het Gerecht van eerste aanleg het recht verkeerd heeft toegepast door de opvatting van de Commissie, dat PAF-en andere systemen onderling niet zonder meer onderling vervangbaar zijn, te onderschrijven. In haar verschillende middelen voert Hilti op het punt van de substitueerbaarheid een aantal argumenten aan.

24. Ten eerste betoogt zij in haar tweede middel, dat het Gerecht heeft nagelaten nader vast te stellen in hoeveel gevallen PAF-systemen niet zonder meer door andere soorten van bevestigingsystemen zijn te vervangen. Hilti verwijst met name naar rechtsoverweging 69 van het arrest:

„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."

Nu niet is geconstateerd dat het om meer dan slechts enkele of althans meer dan een verwaarloosbaar aantal gevallen gaat, had het Gerecht niet mogen concluderen, dat PAF-en andere systemen niet onderling vervangbaar zijn.

25. Deze redenering lijkt echter te worden tegengesproken door het vervolg van rechtsoverweging 69 zelf:

„(...) 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" (cursivering van mij).

In rechtsoverweging 71 van het arrest wordt gezegd, dat gezien de bevindingen van de Commissie

„(...) niet ernstig (kan) 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" (cursivering van mij).

Deze passages duiden erop, zo komt mij voor, dat het Gerecht feitelijk heeft geconstateerd, dat in een aanzienlijk aantal gevallen de verschillende systemen vanuit vraagoogpunt slechts in geringe mate onderling vervangbaar zijn. Het tweede middel van Hilti kan daarom geen stand houden.

men: i) de uiteenlopende kwalitatieve kenmerken van de betrokken produkten, zoals die door de Commissie zijn omschreven; ii) het gedurende langere tijd naast elkaar bestaan van verschillende bevestigingssystemen op de markt; iii) het deskundigenrapport van de heer Yarrow; en iv) het onderzoek door het Rosslyn researchinstituut. Het Gerecht heeft daarnaast kennis genomen van de conclusies in de econometrische studie van professor Albach, maar deze niet aanvaard.

Het derde en vierde middel

26. Het Gerecht heeft voor zijn oordeel, dat PAF-en andere systemen niet tot dezelfde relevante produktmarkt behoren, het volgende bewijsmateriaal in aanmerking geno-

27. In haar derde middel betoogt Hilti, dat het Gerecht in de rechtsoverwegingen 70 en 71 van het arrest zijn oordeel omtrent de relevante produktmarkt ten onrechte alleen heeft gebaseerd op de verschillende kenmerken van de betrokken bevestigingssystemen. Evenzo stelt Hilti in haar vierde middel, dat het Gerecht in rechtsoverweging 71 uit de omstandigheid, dat PAF-en andere systemen lange tijd naast elkaar hebben bestaan, ten onrechte heeft geconcludeerd, dat de verschillende bevestigingssystemen niet onderling vervangbaar waren (en dus niet van dezelfde produktmarkt deel uitmaakten). Ik meen evenwel, dat deze argumenten geen recht doen aan de redenering van het Gerecht. Zoals reeds gezegd, is het Gerecht tot zijn oordeel over de relevante produktmarkt gekomen op grond van een aantal bevindingen die in hun onderlinge samenhang moeten worden bezien. Het zou

daarom onjuist zijn, het Gerecht te verwijten dat het zijn oordeel op deze of gene afzonderlijke bevinding zou hebben gebaseerd.

28. Niettemin dient te worden onderzocht, of het Gerecht alle relevante factoren in zijn oordeel heeft betrokken. Zou het relevante factoren buiten beschouwing hebben gelaten, dan zou het Gerecht het recht hebben geschonden door zijn oordeel onvoldoende te motiveren. Het is duidelijk, dat wanneer bij de beantwoording van een rechtsvraag belangrijke factoren buiten beschouwing worden gelaten, dit op zich een onjuiste rechtstoepassing oplevert die grond zou kunnen zijn voor vernietiging van het arrest. In een dergelijk geval zal het Hof niet overgaan tot toetsing van de feitelijke vaststellingen van het Gerecht, maar veeleer onderzoeken of de feitelijke vaststellingen voldoende zijn gedaan om het rechtsoordeel te kunnen dragen. Bovendien lijkt de aanwijzing van een relevante produktmarkt ten einde het al dan niet bestaan van een machtspositie te kunnen constateren, mij eerder te beschouwen als een rechtsoordeel dan als een zuiver feitelijke vaststelling.

29. In haar derde middel betoogt Hilti, dat de redenering in de rechtsoverwegingen 70 en 71 van het arrest indruist tegen gevestigde gemeenschapsrechtelijke beginselen inzake de definitie van de relevante markt. Hilti verwijst in het bijzonder naar het arrest Michelin [13], waarin het Hof in rechtsoverweging 37 verklaarde:

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

Volgens Hilti zijn Commissie en het Gerecht „niet van de daartoe noodzakelijke feitelijke vaststellingen uitgegaan".

13 — Zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461.

30. De zaak Michelin betrof de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor zware voertuigen, zoals vrachtwagens, autobussen en dergelijke. Tussen Michelin en de Commissie stond vast, dat de *originele* banden waarmee de vrachtauto's werden uitgerust, buiten beschouwing moesten worden gelaten; dienaangaande overwoog het Hof in rechtsoverweging 38:

„In verband met de bijzondere structuur van de vraag die wordt gekenmerkt door rechtstreekse orders van automobielfabrikanten, vindt de mededinging op dit gebied immers plaats volgens andere regels en factoren."

Dat illustreert het beginsel, dat zelfs produkten met identieke eigenschappen tot verschillende markten kunnen blijken te behoren, zodra men de structuur van de vraagzijde in aanmerking neemt. Ten aanzien van de *vervangingsmarkt* voor banden maakte het Hof drie opmerkingen (zie r. o. 39 tot 41): in de eerste plaats zijn personenauto- en bestelwagenbanden enerzijds, en vrachtwagenbanden anderzijds op verbruikersniveau niet onderling vervangbaar. In de tweede plaats moet er in de structuur van de vraag onderscheid worden gemaakt tussen afnemers van vrachtwagenbanden — voor het overgrote deel professionele gebruikers — en de normale kopers van personenwagen-of bestelwagenbanden, en ten slotte geldt, dat

„(...) er geen elasticiteit bestaat tussen het aanbod van vrachtwagenbanden en dat van personenwagenbanden wegens belangrijke verschillen in produktietechnieken, en de daartoe noodzakelijke installaties en materieel".

Onder „elasticiteit van het aanbod" verstaat men de mate waarin het aanbod van een produkt gevoelig is voor veranderingen in de prijs. De elasticiteit van het aanbod tussen twee produkten geeft dus de mate aan van de substitueerbaarheid van die produkten, dat wil zeggen de mate waarin producenten of leveranciers van het ene produkt kunnen overschakelen naar produktie of levering van het andere. Dat dit relevant is voor het al dan niet bestaan van een machtspositie op de

markt voor het produkt is duidelijk: ook al heeft de producent een groot aandeel van die markt in handen, dan zal hij toch niet onafhankelijk van de andere producenten zijn prijzen kunnen bepalen, wanneer zulks onmiddellijk andere aanbieders tot de markt zou aantrekken die zijn prijzen zouden kunnen onderbieden. Er zij evenwel op gewezen, dat in sommige gevallen een zeer groot marktaandeel op zich als toegangsbarrière zal werken, omdat het moeilijk kan zijn voor andere aanbieders snel in te spelen op de vraag van degenen die zich wellicht van de onderneming met het grootste marktaandeel willen losmaken. [14]

31. Het Hof is in een aantal andere zaken, waaronder Hoffmann-La Roche [15], United Brands [16] en Continental Can [17], uitdrukkelijk op de structuur van het aanbod ingegaan. Er kunnen natuurlijk gevallen zijn waarin dit geen punt van geschil is of waarin het antwoord voor de hand ligt, bij voorbeeld wanneer het aanbod van het betrokken produkt of de betrokken dienst bij nationale wet aan een bepaalde onderneming is voorbehouden. Dan kunnen er immers geen alternatieve bevoorradingsbronnen zijn die de mededinging op de markt van het produkt kunnen beïnvloeden. [18] Normaal is de structuur van het aanbod echter relevant voor de vaststelling van een machtspositie. Weliswaar zal het niet altijd juist zijn om die vraag te behandelen in de context van de afbakening van de relevante markt. Naar het schijnt, heeft het Hof de structuur van het aanbod in samenhang met dit punt alleen onderzocht in gevallen waarin het specifiek inging op de elasticiteit van het aanbod tussen verschillende produkten. Marktversperrende barrières in het algemeen zijn daarentegen behandeld in het licht van „de positie (van de onderneming) op de relevante markt" of „de structuur van de relevante markten". [19] De vraag lijkt evenwel gewoonlijk te moeten worden benaderd in relatie tot ofwel de definitie van de relevante markt, ofwel de sterkte van de positie die de onderneming op die markten heeft.

32. In het hierna volgende zal ik het punt van de vraag naar bevestigingssystemen respectievelijk het aanbod daarvan afzonderlijk behandelen. Het Gerecht is tot bepaalde conclusies gekomen omtrent de vraagzijde van de markt, en de vraag is nu, of het daarbij tot onjuiste conclusies is gekomen, zoals Hilti stelt. Met betrekking tot de structuur van de vraag lijkt het Gerecht niet tot eigen vaststellingen te zijn gekomen.

14 — Zie arrest in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 41.

15 — Aangehaald in voetnoot 14; zie r. o. 33, 34 en 48 van het arrest.

16 — Aangehaald in voetnoot 12; zie r. o. 122, waar dit punt evenwel wordt besproken in verband met de *positie* van United Brands op de relevante markt, en niet zozeer in verband met de *definitie* van de relevante markt.

17 — Aangehaald in voetnoot 3; zie r. o. 33 tot 36.

18 — Zie bij voorbeeld arresten in de zaken 26/75, General Motors, Jurispr. 1975, blz. 1367; 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263; C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979.

19 — Zie voetnoot 16, en ook arrest Hoffmann-La Roche, aangehaald in voetnoot 14, r. o. 33 en 34.

1) De vraag naar bevestigingssystemen

33. Het Gerecht baseerde zijn conclusies omtrent de vraag naar verschillende bevestigingssystemen op twee hoofdpunten: de door de Commissie gegeven beschrijving van de verschillende kenmerken van de betrokken produkten, en het feit dat de verschillende bevestigingssystemen lange tijd naast elkaar hebben bestaan. Zoals reeds gezegd, bestrijdt Hilti in haar derde middel, dat het feit dat PAF-systemen specifieke kenmerken hebben die hen van andere systemen onderscheiden, op zich de door de Commissie getrokken en door het Gerecht bevestigde conclusie kan schragen, dat die systemen onderling niet vervangbaar zijn. Evenzo betoogt Hilti in haar vierde middel, dat het feit dat de verschillende systemen langere tijd naast elkaar hebben bestaan, op zich niet de conclusie kon wettigen, dat de verschillende bevestigingssystemen onderling niet vervangbaar zijn, welke gevolgtrekking volgens Hilti in de tweede zin van rechtsoverweging 71 ligt besloten.

34. Het is evenwel duidelijk, dat die tweede zin van rechtsoverweging 71 moet worden gelezen in de context van de in de rechtsoverwegingen 69 tot 72 uiteengezette redenering. In rechtsoverweging 70 staat, dat de beschrijving van de specifieke eigenschappen van PAF-systemen, zoals de Commissie die in punt 62 van haar beschikking heeft gegeven, voldoende duidelijk en overtuigend is om de daaruit door de Commissie getrokken conclusies rechtens te kunnen dragen. In de rechtsoverwegingen 71 en 72 heet het dan vervolgens:

„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.

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

Men ziet dat het Gerecht, zoals ik al zei, zijn oordeel over de vervangbaarheid aan de vraagzijde heeft gebaseerd op de twee bovengenoemde vaststellingen te zamen en niet op

elke afzonderlijk. Zo verklaart het Gerecht in rechtsoverweging 72, dat de Commissie „in deze omstandigheden" haar conclusies mocht doen steunen op de kwalitatieve kenmerken van de betrokken produkten, nu die omstandigheden kennelijk mede omvatten het lange tijd naast elkaar bestaan van verschillende bevestigingsystemen. Anders dan Hilti in haar vierde middel betoogt, heeft het Gerecht zich niet gebaseerd op dat laatste feit alleen.

35. Bovendien mocht het Gerecht zijn oordeel over de vraag ook op die twee factoren te zamen mogen baseren. Hilti vecht de redenering van het Gerecht inzake de vervangbaarheid aan de vraagzijde wel aan, maar weet zelf toch niet enige andere factor te noemen die de vraag naar bevestigingssystemen beïnvloedt en in aanmerking had moeten worden genomen. Ik kom derhalve tot de conclusie dat het Gerecht niet het verwijt kan worden gemaakt, enige relevante factor met betrekking tot de vervangbaarheid aan de vraagzijde, of welke andere factor met betrekking tot de vraag dan ook, buiten beschouwing te hebben gelaten.

36. Naast de twee hierboven genoemde factoren heeft het Gerecht ook enige door Hilti overgelegde deskundigenrapporten in verband met de vraag naar bevestigingssytemen in aanmerking genomen, namelijk het rapport van de heer Yarrow, het onderzoek door het Rosslyn researchinstituut en de econometrische studie van professor Albach. In haar vijfde en zesde middel tracht Hilti aan te tonen, dat de wijze waarop het Gerecht met dat aanvullende bewijsmateriaal is omgegaan in strijd is met algemene rechtsbeginselen of klaarblijkelijk onjuist gemotiveerd. Deze stellingen zal ik hierna bespreken. Eerst moet worden nagegaan, of het Gerecht enig relevant punt met betrekking tot het aanbod van bevestigingssystemen over het hoofd heeft gezien.

2) De aanbodstructuur

37. Anders dan bij de vraagzijde, lijkt het Gerecht niet tot enige vaststelling te zijn gekomen met betrekking tot de vervangbaarheid van de verschillende bevestigingssytemen aan de aanbodzijde, ofschoon dit punt voor het Gerecht in geding was. In het arrest worden wel de argumenten van partijen aangaande de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde samengevat, maar het Gerecht zelf geeft ter zake geen oordeel. De enige plaats in het arrest waar de structuur van het aanbod in verband met een van de betrokken markten ter sprake komt, zijn de rechtsoverwegingen 66 en 67; deze rechtsoverwegingen handelen echter niet over de

vraag, of PAF-systemen een relevante produktmarkt vormen, maar over de andere vraag, of de markten voor patroonstrips en nagels zich van de markt voor schiethamers onderscheiden.

39. Ik concludeer daarom, dat Hilti geen relevant punt heeft aangewezen in verband met de aanbod-of vraagstructuur, dan wel met de mededingingsvoorwaarden op de markt, dat het Gerecht in zijn arrest buiten beschouwing zou hebben gelaten. De klacht van Hilti, dat het Gerecht heeft nagelaten alle feiten vast te stellen die voor een definitie van de relevante markten nodig zijn, faalt derhalve.

38. Hilti heeft in hogere voorziening het punt van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde echter niet aangeroerd. Wel haalt zij de zin aan uit het arrest Michelin dat „eveneens de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking (moeten) worden genomen". Maar de substitueerbaarheid aan aanbodzijde wordt in haar processtukken nergens met zoveel woorden genoemd. Evenmin zijn de Commissie of Bauco in hun memorie van antwoord afzonderlijk op deze vraag ingegaan. Het ontbreken van enig specifiek betoog op dit punt doet veronderstellen, dat het in hogere voorziening niet speciaal in het geding is gebracht, zodat het Hof zich er niet over behoort uit te spreken.

40. Ik wil daaraan toevoegen, dat de constatering van enig gebrek op deze punten niet tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie zou hebben geleid, maar tot terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg, overeenkomstig artikel 54 van 's Hofs Statuut-EEG.

Het vijfde middel

41. In haar vijfde middel vecht Hilti het oordeel aan in rechtsoverweging 74, dat „het door verzoekster overgelegde bewijsmateriaal geen afbreuk doet aan de bevindingen van de Commissie". Hilti betoogt, dat zij alleen maar bewijsmateriaal behoefde te verschaffen dat een alternatieve verklaring voor de door de Commissie vastgestelde feiten aannemelijk maakte, en niet gehouden was bewijs te leveren dat aan die bevindingen „afbreuk" zou doen. Hilti stelt, dat het Gerecht in die rechtsoverweging een onjuiste maatstaf inzake de bewijslast heeft aangelegd.

42. Ter staving van deze stelling verwijst zij naar punt 63 van de beschikking, waarin de Commissie concludeert:

„Het is bijgevolg niet denkbaar dat een kleine wijziging in de prijs van een schiethamer, een nagel en/of een patroon onmiddellijk een belangrijke verschuiving ten voor- of ten nadele van alternatieve bevestigingssystemen zou veroorzaken."

Het woord „denkbaar" geeft volgens Hilti aan, dat de Commissie haar standpunt enkel op een veronderstelling heeft gebaseerd. Om een enkel vermoeden te weerleggen, volstaat het bewijs van omstandigheden die een ander licht op de door de Commissie vastgestelde feiten werpen (zie r. o. 16 van het arrest CRAM en Rheinzink [20]).

43. Nadere beschouwing van de redenering van de Commissie in de punten 63 tot en met 65 van de beschikking biedt naar mijn mening evenwel geen steun aan de bewering, dat de Commissie zich alleen op vermoedens heeft gebaseerd. In de punten 61 en 62 van de beschikking geeft de Commissie een vrij uitvoerig overzicht van de factoren die bij de keuze van een bevestigingsmethode in bepaalde omstandigheden een rol kunnen spelen, en van de technische kenmerken waardoor PAF-systemen zich van andere bevestigingsmethoden onderscheiden. Op grond van deze overwegingen komt de Commissie in punt 63 tot de conclusie, dat PAF-en andere systemen niet kunnen worden geacht tot dezelfde relevante markt te behoren. De Commissie zet dat als volgt uiteen:

„Bij de keuze van de meest geschikte bevestigingsmethode wordt uitgegaan van de specifieke toepassing waarvoor die methode op een bepaalde bouwplaats moet dienen. (...) Gelet op de vele factoren die deze keuze mede bepalen, en op het feit dat bevestigingselementen normaal een zeer gering percentage van de bouwkosten uitmaken, ligt het voor de hand dat de prijs van de onderdelen van de verschillende bevestigingssystemen niet de enige of doorslaggevende factor vormt bij de beslissing, welke methode voor een bepaald werk zal worden gebruikt. *Het is bijgevolg niet denkbaar* dat een kleine wijziging in de prijs van een schiethamer, een nagel en/of een patroon onmiddellijk een belangrijke verschuiving ten voor- of ten nadele van alternatieve bevestigingssystemen zou veroorzaken" (cursivering van mij).

Men ziet dat de uitspraak van de Commissie, dat het „niet denkbaar" is dat kleine prijswij-

20 — Gevoegde zaken 29/83 en 30/83, CRAM en Rheinzink, Jurispr. 1984, blz. 1679.

zigingen onmiddellijk tot belangrijke verschuivingen tussen bevestigingssystemenzouden leiden, wordt gepresenteerd als een uitvloeisel van de op grond van het bewijsmateriaal reeds bereikte conclusie, dat de keuze van een bevestigingsmethode niet in beslissende mate afhankelijk is van de prijzen van de elementen van dat systeem, dus de prijzen van schiethamers, patroonstrips of nagels. Daarom kan men niet zeggen, dat het hier enkel om een veronderstelling of speculatie gaat: veeleer is hier sprake van een conclusie op grond van bewijsmateriaal. Om deze conclusie aan te vechten had Hilti in de procedure voor het Gerecht moeten aantonen, dat de bewijzen van de Commissie onvoldoende waren om die conclusie te kunnen dragen, ofwel degelijk alternatief bewijsmateriaal moeten produceren, dat de prijs van de onderdelen van een bevestigingssysteem wel degelijk de doorslaggevende factor is voor de keuze tussen de verschillende systemen. [21]

44. Naar mijn oordeel is het Gerecht van eerste aanleg er terecht van uitgegaan, dat het aan Hilti was om aan te tonen dat het door haar aangedragen nieuwe bewijsmateriaal de geloofwaardigheid van de bevindingen van de Commissie inderdaad aantastte. Het argument van Hilti, dat het Gerecht inzake de bewijslast een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, moet derhalve worden verworpen.

21 — Vergelijk de conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn in de gevoegde zaken 100/80-103/80, Musique Diffusion Française, Jurispr. 1983, blz. 1825, inz. blz. 1930 en 1931.

Het zesde middel

45. In haar zesde middel betoogt Hilti, dat het Gerecht in ten minste drie gevallen het voorgelegde bewijsmateriaal verkeerd heeft geïnterpreteerd. Hier doet zich derhalve de vraag voor, of de klacht een rechtsvraag betreft waarvan het Hof in hogere voorziening kennis kan nemen, dan wel alleen feitelijke kwesties waarover de uitspraak van het Gerecht definitief is. In mijn ogen bestaat er geen twijfel, dat de argumenten van Hilti in het kader van dit middel uitsluitend feitelijke vragen betreffen, die niet door het Hof kunnen worden onderzocht.

46. De scheidslijn tussen feitelijke en rechtsvragen valt natuurlijk niet altijd gemakkelijk te trekken. Over dit onderscheid is in de nationale rechtsstelsels veel geschreven. Hilti lijkt in haar hogere voorziening te willen bepleiten, dat het Hof in navolging van sommige nationale rechterlijke instanties klaarblijkelijke miskenning van de feiten in sommige omstandigheden als onjuiste rechtstoepassing opvat. Naar mij evenwel voorkomt, kan het Hof ingeval van hogere voorziening tegen arresten van het Gerecht

zonder bezwaar het begrip „schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht" in artikel 51 van 's Hofs Statuut-EEG restrictief opvatten. Het Hof moet de situatie vermijden, dat het feitelijke vaststellingen nog eens moet toetsen, steeds wanneer miskenning van de feiten wordt gesteld. Dat zou het doel waarvoor het Gerecht van eerste aanleg in het leven werd geroepen, ondermijnen. Dit geldt, om de redenen die ik al heb genoemd, temeer voor mededingingszaken, waarin de uitspraak van het Gerecht zelf reeds een zeer veelomvattende toetsing vormt van een gemotiveerde beschikking van de Commissie. [22]

47. Wanneer het Gerecht de feitelijke bevindingen van de Commissie of de conclusies die de Commissie uit die bevindingen heeft getrokken, toetst zonder zelf nieuw bewijs te vergaren of ander eigen feitenonderzoek te verrichten, lijkt het me duidelijk dat het Hof de door de Commissie vastgestelde feiten niet nogmaals kan toetsen. Het Hof zou alleen kunnen ingrijpen, wanneer uit het arrest van het Gerecht zou blijken dat het Gerecht het gemeenschapsrecht verkeerd heeft toegepast door bij voorbeeld een onjuist juridisch criterium te gebruiken voor een probleem als de definitie van de relevante markt, of door zijn rechtsoordeel onvoldoende te motiveren. Alleen een dergelijk gebrek zou neerkomen op een „schending van het gemeenschapsrecht" in de zin van artikel 51 van 's Hofs Statuut-EEG. Zulk een gebrek zou ook uit de bewoordingen van het arrest blijken, en het Hof kan daarom volstaan met de in het arrest gegeven motivering te toetsen.

48. Is de situatie anders wanneer het Gerecht zelf bewijs verzamelt, ander feitenonderzoek naar de feiten doet en eventueel tot nieuwe feitelijke vaststellingen komt? Zulke nieuwe vaststellingen, zo moet ik benadrukken, zijn dan niet bedoeld om in de plaats te komen van die door de Commissie gedane vaststellingen, maar dienen alleen ter bevestiging of weerlegging van die vaststellingen. Het Gerecht fungeert in die gevallen niet als een rechtbank die de feiten voor het eerst vaststelt; de vaststellingen die het Gerecht doet, dienen enkel om die van de Commissie te toetsen. In zulk een geval zal het Gerecht om aan het motiveringsvereiste te voldoen, zijn eigen vaststellingen in zijn arrest moeten uiteenzetten en de relevante conclusies daaruit trekken ter onderbouwing van zijn eigen oordeel. Ook dan kan daarom de toetsing door het Hof zeer wel beperkt blijven tot de motivering zoals deze in het arrest wordt ontvouwd. De motivering moet uiteraard adequaat antwoord geven op hetgeen partijen hebben gesteld, en dan zullen de door het Gerecht gedane feitelijke vaststellingen en daaruit getrokken conclusies noodzakelijkerwijs aan de dag treden. Het Hof behoeft daarom niet langs het arrest van het Gerecht om het aldaar voorliggende bewijsmateriaal te onderzoeken.

22 — Zie hiervóór paragrafen 9-12.

49. Er kunnen zich natuurlijk moeilijke gevallen voordoen waarin het Hof zich zal moeten beraden, tot hoever het de redenering die het Gerecht heeft gevolgd om tot zijn oordeel over de vastgestelde feiten te komen, wenst te toetsen. Zoals ik reeds zei, meen ik dat het Hof zijn bevoegdheid in hogere voorziening in mededingingszaken restrictief mag opvatten, gelet op de doeleinden waarvoor het Gerecht in het leven is geroepen en het feit, dat in mededingingsprocedures reeds twee gemotiveerde beslissingen voorliggen. Maar hoe men de draagwijdte van de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening ook ziet, in geen geval kan het de bedoeling zijn geweest, dat het Hof verder teruggaat dan de feitelijke vaststellingen in het arrest van het Gerecht, ingevolge daarin bevindingen van de Commissie zijn getoetst.

50. Deze overwegingen indachtig, zal ik nu de door Hilti in haar zesde middel gestelde gebreken behandelen.

51. Het eerste door Hilti gesignaleerde gebrek is de uitspraak in rechtsoverweging 73 van het arrest, volgens welke de conclusies van de Commissie

„worden bevestigd door de (...) 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".

Tegen deze uitspraak brengt Hilti in, dat de interpretatie van het rapport van het Rosslyn researchinstituut „klaarblijkelijk onjuist" is en „gebaseerd op een simpele rekenfout". Volgens Hilti laat het rapport, in plaats van het bestaan te onthullen van grote aantallen van zulke gebruikers van schiethamers, zien dat alleen een minderheid van hen situaties tegenkomt waarin zij geen ander bevestigingssysteem kunnen gebruiken, en dat nog alleen in een fractie van de gevallen waarin zij schiethamers gebruiken.

52. Hilti bestrijdt dus de constatering, dat er blijkens een bepaald onderzoek een groot

aantal gebruikers van schiethamers zijn voor wie in de meeste situaties het PAF-systeem niet door andere bevestigingssystemen kan worden vervangen. Naar mij voorkomt, is dat een constatering van zuiver feitelijke aard van het Gerecht. Zoals reeds gezegd, is het niet de taak van het Hof om achter de in het arrest uiteengezette feitelijke bevindingen te zoeken; hooguit kan het de redenering op grond waarvan het Gerecht tot zijn oordeel over die bevindingen is gekomen, aan een onderzoek onderwerpen. De uitlegging van de resultaten van het onderzoek van het Rosslyn researchinstituut blijft daarom aan de exclusieve bevoegdheid van het Gerecht van eerste aanleg voorbehouden en is in hogere voorziening onaantastbaar.

53. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor de tweede bewering in het zesde middel van Hilti, ditmaal betreffende rechtsoverweging 75 van het arrest. In die rechtsoverweging bekritiseert het Gerecht de in de onderzoeken van professor Yarrow en van het Rosslyn researchinstituut gevolgde methode, naar zijn oordeel waren de aan de bouwondernemingen gestelde vragen

„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".

Een beoordeling van de in een deskundigenonderzoek gevolgde methode behoort naar mijn mening tot de uitsluitende bevoegdheid van het Gerecht als de feitenrechter. De juiste formulering van aan bouwbedrijven gestelde vragen om te beoordelen in welke mate hun keuze voor een bepaald bevestigingssysteem gevoelig is voor prijsveranderingen, is duidelijk geen rechtsvraag waarop in deze hogere voorziening kan worden ingegaan.

54. Ten slotte wraakt Hilti de in rechtsoverweging 76 van het arrest geuite kritiek op de econometrische studie van professor Albach. Deze schijnt ter terechtzitting de methodologische problemen mondeling te hebben toegelicht; van die verklaring overlegt Hilti in hogere voorziening een uittreksel. Mij dunkt dat het alleen en uitsluitend aan het Gerecht is om te bepalen of professor Albach met zijn verklaring ter terechtzitting alle geuite twijfel afdoende heeft kunnen wegnemen.

55. Ik kom daarom tot de conclusie, dat geen van de argumenten die Hilti in haar zesde middel aanvoert, een rechtsvraag opwerpt die in hogere voorziening kan worden getoetst.

Het zevende middel

56. In haar laatste middel stelt Hilti, dat het Gerecht het recht verkeerd heeft toegepast door al het voorgelegde deskundigenbewijs met betrekking tot de definitie van de relevante produktmarkten buiten beschouwing te laten. In dit verband merkt zij op, dat in het arrest slechts in drie korte rechtsoverwegingen op dat bewijsmateriaal wordt ingegaan, en dan nog alleen, aldus Hilti, op drie zeer ondergeschikte aspecten daarvan.

57. Zoals we reeds zagen, was het Gerecht van oordeel, dat de bevindingen van de Commissie inzake de relevante produktmarkten door het door Hilti geproduceerde deskundigenbewijs eerder werden bevestigd dan tegengesproken. Dat het Gerecht aan dat bewijs zou zijn voorbijgegaan, kan dunkt mij echter niet worden gezegd, wel dat het Gerecht het in aanmerking heeft genomen, maar daaruit andere dan de door Hilti verdedigde conclusies heeft getrokken. Onder punt 4.58 van haar verzoekschrift in hogere voorziening zet Hilti uiteen, wat de meest relevante conclusies zijn die naar haar mening uit de analyses van Yarrow en Albach te trekken zijn. Dat het Gerecht niet tot dezelfde conclusies kwam, wil echter nog niet zeggen dat het op dat bewijsmateriaal geen acht heeft geslagen.

58. Mijns inziens faalt derhalve ook het zevende middel van Hilti, zodat de hogere voorziening moet worden verworpen.

59. Ten slotte moet nog opgemerkt, dat op de stellingen van Bauco ten betoge dat de aan Hilti opgelegde boete zou moeten worden verhoogd, hier niet kan worden ingegaan. Het is duidelijk, dat een interveniërende partij voor het Gerecht van eerste aanleg alleen kan concluderen tot gehele of gedeeltelijke ondersteuning of verwerping van de conclusies van een der partijen, en bij memorie van antwoord in hogere voorziening geen andere conclusies kan voordragen dan in eerste aanleg. [23] Bauco kan derhalve geen verhoging van de boete vorderen, niet in haar oorspronkelijke interventie voor het Gerecht, en evenmin bij memorie van antwoord in hogere voorziening.

23 — Zie artikel 116, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg en artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

Conclusie

60. Ik concludeer derhalve tot:

1) verwerping van de hogere voorziening;

2) verwijzing van Hilti in de kosten, daaronder begrepen de bij Bauco opgekomen kosten.