

III — Zur mißbräuchlichen Ausnutzung der beherrschenden Stellung . . . . .	3512
1. Zu dem Rabattsystem im allgemeinen . . . . .	3512
a) Zur Funktionsweise des Rabattsystems . . . . .	3513
b) Zur Anwendung des Artikels 86 auf ein System von „Zielrabatten“ . . . . .	3514
c) Zur Herstellung einer Bindung der Händler an die NBIM . . . . .	3516
d) Zur Diskriminierung bestimmter Händler . . . . .	3519
2. Zu dem zusätzlichen Bonus im Jahr 1977 . . . . .	3520
IV — Zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten . . . . .	3522
V — Zur Festsetzung der Geldbuße . . . . .	3523
VI — Kosten . . . . .	3525

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
PIETER VERLOREN VAN THEMAAT  
VOM 21. JUNI 1983 <sup>1</sup>

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

1. Einleitung

1.1. Der gesamte für die Beurteilung der Rechtssache 322/81 relevante Sachverhalt ist im Sitzungsbericht übersichtlich wiedergegeben. In der Einleitung meiner Schlußanträge in dieser Rechtssache kann ich mich deshalb darauf beschränken, einige Kernpunkte in Erinnerung zu rufen, während ich wegen der vielen komplizierten Einzelheiten auf diesen Bericht verweise.

Die N.V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (NBIM) begehrt mit ihrer Klage, unterstützt von der Französischen Republik, die Aufhebung einer Kommissionsentscheidung vom 7. Oktober 1981. Artikel 1 dieser Entscheidung enthält die Feststellung, die NBIM habe von 1975 bis 1980 auf dem Markt der Ersatz-Neureifen für Lastkraftwagen, Omnibusse

usw. dadurch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen, daß sie

- a) die Reifenhändler in den Niederlanden durch Gewährung selektiver Rabatte auf individueller Grundlage an sich gebunden habe, die von nicht schriftlich klar bestätigten „Absatzzielen“ und Rabatten abhängig gewesen seien, und ihnen gegenüber ungleiche Bedingungen für gleichwertige Leistungen angewendet habe, und
- b) 1977 einen außerordentlichen Bonus für die Abnahme von Reifen für Lastkraftwagen, Omnibusse usw. sowie von Reifen für Personenkraftwagen gewährt habe, sofern bei Reifen für Personenkraftwagen ein bestimmtes „Kaufziel“ erreicht worden sei.

In Artikel 2 der Entscheidung wird gegen die NBIM eine Geldbuße in Höhe von 680 000 ECU oder 1 833 184,80 HFL festgesetzt.

<sup>1</sup> — Aus dem Niederländischen übersetzt.

Die Klagegründe, auf die die Anfechtungsklage gestützt ist, betreffen zum einen den Sachverhalt und zum anderen die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts. Ich werde diese Klagegründe in derselben Reihenfolge behandeln, wie sie im Sitzungsbericht aufgeführt worden sind, das heißt *erstens* das Vorbringen zum relevanten Markt, *zweitens* das zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung „auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben“, *drittens* das Vorbringen zu den beiden in der Entscheidung festgestellten Mißbräuchen dieser beherrschenden Stellung, *viertens* die Auswirkungen der fraglichen Verhaltensweisen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, *fünftens* die angebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und *sechstens* die angefochtene Festsetzung der Geldbuße.

### 1.2. Allgemeine Bemerkungen

Bevor ich auf die angeführten Klagegründe im einzelnen eingehe, möchte ich aber darauf hinweisen, daß bei dieser getrennten Prüfung der Zusammenhang zwischen den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen des Artikels 86 EWG-Vertrag ebensowenig wie die Art dieses Zusammenhangs aus den Augen verloren werden darf.

Im konkreten Fall spielt dieser Zusammenhang in erster Linie eine gewisse Rolle für das Verhältnis zwischen der Art des behaupteten Mißbrauchs und dem Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Wie sich aus Nr. 35 letzter Satz und Nr. 48 zweite Hälfte der angefochtenen Entscheidung ergibt, hält die Kommission das Vorliegen einer beherrschenden Stellung unter anderem deswegen für erwiesen, weil das betroffene Unternehmen sich so verhalten habe, wie es sich ein Unternehmen ohne beherrschende Stellung nicht erlauben könnte. Eine solche Argumentation

scheint mir grundsätzlich zulässig und manchmal auch von praktischem Nutzen zu sein. So wird die Tatsache, daß ein Unternehmen Konkurrenten durch aggressiven Preiswettbewerb im Wege des Verkaufs unter Einstandspreis ausschaltet, unter bestimmten Umständen zum Beweis einer (in diesem Fall finanziell) beherrschenden Stellung dieses Unternehmens beitragen können. Auf die Frage, ob der angenommene Zusammenhang auch für die vorliegende Rechtsache von Bedeutung ist, komme ich noch zurück.

In zweiter Linie ist es auch für die vorliegende Rechtssache von Belang festzustellen, daß der verbotene Mißbrauch einer beherrschenden Stellung sich, wie aus dem Wortlaut von Artikel 86 hervorgeht, durchaus auf einen Produktmarkt beziehen kann, auf dem das betroffene Unternehmen nun gerade *keine* beherrschende Stellung hat. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Verbot von „Kopplungsgeschäften“ in Artikel 86 Buchstabe d. Diese Feststellung ist für die vorliegende Rechtssache deshalb wichtig, weil die behaupteten Mißbräuche zum Teil mit leichten Reifen (von Personenkraftwagen und Lieferwagen) zu tun haben, hinsichtlich deren die Kommission keine beherrschende Stellung der NBIM ermittelt hat. Schließlich ist es für die Beurteilung der umfassenden Diskussionen der Parteien über den hier relevanten „Produktmarkt“ von Interesse, im Auge zu behalten, daß Artikel 86 zwar die Abgrenzung des relevanten räumlichen Marktes, nicht aber des für die Beurteilung relevanten Produktmarktes verlangt. Ich halte deshalb einige allgemeine Bemerkungen über den relativen Wert dieses Begriffs bei der Anwendung von Artikel 86 für angezeigt.

Der Begriff „relevanter Produktmarkt“ wurde insbesondere in der amerikanischen Antitrustrechtsprechung als Denk-

figur entwickelt, allerdings nicht primär im Zusammenhang mit dem Begriff der „beherrschenden Stellung“, sondern im Zusammenhang mit Section 2 des Sherman-Act und Section 7 des Clayton-Act, die das Monopolisieren eines Teils des Handels oder den Versuch hierzu bzw. eine (durch Fusionen hervorgerufene) wesentliche Wettbewerbsbeschränkung zu verbieten oder der Gefahr einer Monopolbildung vorbeugen, und zwar „in any line of commerce in any section of the country“. Für die Feststellung einer Monopolisierungsgefahr ist es in der Tat wegen der Art der zu bekämpfenden Gefahr wesentlich, daß festgestellt wird, um welchen Produktmarkt es sich handelt. Der relevante Produktmarkt ist dann immer ein Element des zu beanstandenden Unternehmensverhaltens. Bei der Anwendung von Artikel 86 auf Fusionen wird der Begriff für die Feststellung einer Monopolisierungsgefahr eine ähnliche Funktion zu erfüllen haben. Ich verweise insoweit auf ihr Urteil Continental Can (Rechtssache 6/72, Slg. 1973, 215).

Im EWG-Vertrag wird die Abgrenzung des relevanten Produktmarkts ausdrücklich nur in Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b verlangt, wo auch von der Möglichkeit die Rede ist, „für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren“ den Wettbewerb auszuschalten. Auch hier hat dieses Erfordernis demnach nichts damit zu tun, ob die betroffenen Unternehmen eine beherrschende Stellung einnehmen, sondern es ist nur für die Beurteilung der Frage von Bedeutung, ob sie ein „monopolisierendes“ Marktverhalten an den Tag legen.

Für die Anwendung von Artikel 86 wird die Abgrenzung des relevanten Produktmarkts dagegen nicht ausdrücklich verlangt. Wie bereits dargelegt, kann diese Abgrenzung trotzdem *implizit* wegen der Art des beanstandeten Mißbrauchs, ins-

besondere wenn eine Monopolisierungsgefahr besteht, notwendig sein. Der Begriff ist hier ein Element des Begriffs „Mißbrauch“. Daneben *kann* der Begriff ein nützliches Hilfsmittel für die Feststellung sein, ob ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung innehaben. Er hat in dieser Funktion aber nicht den Charakter eines in allen Anwendungsfällen des Artikel 86 festzustellenden selbständigen Tatbestandsmerkmals. Aus der Umschreibung des Begriffs „beherrschende Stellung“ in Ihrer Rechtsprechung, die ich gleich zitieren werde, ergibt sich vielmehr, daß das Vorliegen dieser Stellung grundsätzlich auch auf andere Weise als durch die Abgrenzung des relevanten Produktmarkts bewiesen werden kann. Auch eine rechtsvergleichende Untersuchung zeigt, daß der Begriff „relevanter Produktmarkt“ nur in einigen vergleichbaren Wettbewerbsordnungen eine wichtige Rolle spielt, auf den es selbst dann, wie bereits gesagt, für die Feststellung einer beherrschenden Stellung nicht immer ankommt.

Da Artikel 86 nicht die beherrschende Stellung als solche, sondern nur ihre mißbräuchliche Ausnutzung verbietet, hängt der Begriff „relevanter Produktmarkt“ mittelbar auch von dem vorgeworfenen Mißbrauch ab. Dieser Zusammenhang kommt treffend in den allgemeinen Definitionen zum Ausdruck, die der Gerichtshof in der Rechtssache Hoffmann-La Roche (85/76, Slg. 1979, 461) den Begriffen „beherrschende Stellung“ (Randnummer 38 der Entscheidungsgründe, letzter Satz) und „mißbräuchliche Ausnutzung“ (Randnummer 91 der Entscheidungsgründe, letzter Satz) gegeben hat. Aus dem engen Zusammenhang zwischen diesen beiden Definitionen könnte man sogar schließen, daß eine beherrschende Stellung nach Ansicht des Gerichtshofes in der Mög-

lichkeit besteht, den in einem konkreten Fall beanstandeten Mißbrauch zu begehen. Für viele Mißbrauchsarten bedeutet dies, daß lediglich eine beherrschende Stellung in bezug auf ein oder mehrere Produkte bewiesen zu werden braucht, die von den durch den Mißbrauch geschädigten gewerblichen Abnehmern zu Recht oder zu Unrecht als für ihre Geschäftstätigkeit unverzichtbar angesehen werden. Wenn im vorliegenden Fall zum Beispiel die Reifenhändler der Ansicht sind, die schweren neuen Lkw-Reifen von Michelin oder auch nur einige Typen davon seien für ihr Sortiment unverzichtbar, so spielt es für die Beurteilung des zur Last gelegten Rabattsystems keine Rolle, ob Michelin auch bei rund erneuerten Reifen oder bei leichten Pkw- und Lieferwagenreifen eine beherrschende Stellung einnimmt. Sofern die Händler die schweren neuen Lkw-Reifen von Michelin unbedingt brauchen, wird Michelin durch eine beherrschende Stellung bei diesen schweren Reifen in die Lage versetzt, auch in bezug auf andere Reifenarten den auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerb durch die Verwendung von Mitteln zu behindern, welche von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen, um die Mißbrauchsformel in Randnummer 91 der Entscheidungsgründe des Urteils Hoffmann-La Roche noch einmal zu zitieren. Insoweit spielt es deshalb für die Beurteilung der vorliegenden Rechtsache auch keine Rolle, daß sich in der mündlichen Verhandlung definitiv herausgestellt hat, daß das beanstandete Rabattsystem nicht nur für schwere Lkw-Reifen, sondern gleichzeitig auch für Lieferwagenreifen galt (hinsichtlich deren die Kommission keine beherrschende Stellung von Michelin festgestellt hatte) und daß der Kommission insoweit bei der Sachverhaltsermittlung ein schweres Versehen unterlaufen war.

## 2. Der relevante Markt

### 2.1. Der Produktmarkt

Die NBIM wirft der Kommission im vorliegenden Fall zunächst vor, einen gekünstelten und willkürlichen Marktbegriff zu benutzen. Einerseits habe sie in den für relevant erachteten Produktmarkt Reifengrößen und -arten einbezogen, die nicht untereinander austauschbar seien, andererseits aber gerade die runderneuerten Reifen unberücksichtigt gelassen, die mit jedem Neureifen des gleichen Typs konkurrierten. Außerdem sei es unlogisch, den Reifenmarkt für Lastkraftwagen, Omnibusse usw. vom Reifenmarkt im allgemeinen abzutrennen. Schließlich sei die Argumentation der Kommission in sich widersprüchlich, da sie sich sowohl auf die Stufe des Verbrauchers als auch auf die des Händlers gestellt habe.

Ich bin nicht der Ansicht, daß diese Argumente die Richtigkeit des Kommissionsvorbringens widerlegen können. Dabei gehe ich davon aus, daß der Begriff „relevanter Produktmarkt“, wie bereits dargelegt, zwar durchaus ein praktisch nützlich Element der Beweisführung bilden kann. Es handelt sich hier jedoch wie gesagt nicht um ein gesondert nachzuweisendes Tatbestandsmerkmal, sondern um einen funktionellen Begriff, dessen Ausfüllung davon abhängt, ob und inwieweit sie für die Feststellung einer im konkreten Fall vorliegenden beherrschenden Stellung, die mißbräuchlich ausgenutzt wird, zweckmäßig ist.

In Nummer 31 der angefochtenen Entscheidung führt die Kommission aus, die Unterscheidung zwischen schweren und leichten Ersatzreifen sei aufgrund von drei Faktoren gerechtfertigt: technische Eigenschaften, unterschiedlicher Verwendungszweck und unterschiedlicher Preis. Diese Faktoren werden von der

Klägerin nicht oder kaum bestritten. Das Argument, daß insbesondere auch Lieferwagen zu gewerblichen Zwecken benutzt würden, ist für sich gesehen richtig, für die getroffene Unterscheidung jedoch irrelevant. Worauf es ankommt, ist, daß Veränderungen in der Nachfrage und im Angebot bei leichten Reifen wegen der erwähnten drei Faktoren keinen oder fast keinen Einfluß auf die Nachfrage und das Angebot bei schweren Reifen haben. Die Klägerin hat zwar noch dargelegt, daß für die Verbraucher und aus produktionstechnischen Gründen auch für die Hersteller alle schweren Reifentypen ebensowenig untereinander austauschbar seien, aber auch dieses Vorbringen kann der Klägerin nicht weiterhelfen. Erstens könnte daraus allenfalls geschlossen werden, daß die NBIM nicht bei *allen* Reifen, die zum Markt der schweren Reifen gehören, einen Marktanteil von 57 bis 65 % besitzt; das würde jedoch zwangsläufig bedeuten, daß sie auf einem wesentlichen Teil dieses Markts einen noch höheren Marktanteil hätte. Zweitens ist aus einer rechtsvergleichenden Untersuchung bekannt, daß eine Unterscheidung, die auf unterschiedlichen Abmessungen und Typen der für ein und dieselbe Verbrauchergruppe (hier Verkehrsunternehmen) bestimmten Produkte beruht, in der Rechtspraxis abgelehnt wird. Bei der Produktion hält die Kommission zu Recht nicht die Austauschbarkeit, sondern die technische Komplementarität der verschiedenen Produkte für ausschlaggebend. Drittens kommt es im vorliegenden Verfahren entscheidend auf die Marktstellung der Händler an, wie die Kommission in Nr. 31 letzter Satz und in Nr. 33 ihrer Entscheidung zu Recht bemerkt hat. Es steht außer Streit, daß die NBIM insoweit bei der Festlegung der Verkaufsziele ihrerseits nicht zwischen den verschiedenen Größen und Typen schwerer Reifen unterscheidet.

Soweit in der Kommissionsentscheidung zwischen dem Markt für Neureifen und dem Markt für runderneuerte Reifen differenziert wird, geschieht dies, wie sich aus Nr. 32 in Verbindung mit den Nrn. 5 und 6 der Entscheidung ergibt, völlig losgelöst von der Handelsstufe. Auf dem Markt für runderneuerte Reifen befindet sich der Händler in einer besonderen Lage, *weil* dieser Markt von dem Neureifenmarkt getrennt ist. Die von der Kommission vorgenommene Trennung wird nach den genannten Nummern der Entscheidung in erster Linie auf drei Argumente gestützt:

1. Die Sicherheit wird von den Reifenbenutzern — zu Recht oder zu Unrecht — meistens nicht gleich hoch eingeschätzt, was die NBIM an sich nicht bestritten hat; sie hat nur geltend gemacht, diese Meinung der Verbraucher beruhe auf einem Irrtum, dies ist jedoch für die Beurteilung der Marktrealität irrelevant.
2. Es besteht ein Preisunterschied, der unter Berücksichtigung des Restwerts eines abgenutzten Neureifens und des Preises pro zurückgelegtem Kilometer von der Kommission mit 40 %, von der NBIM in der mündlichen Verhandlung mit 15 % veranschlagt worden ist.
3. Für runderneuerte Reifen gibt es einen getrennten Absatzweg, wobei besonders hervorgehoben wird, daß die Reifenverwender zumeist ihre eigenen Reifenkarkassen (der NBIM zufolge ebenfalls über die Händler, der Kommission zufolge unmittelbar durch die Reifenerneuerungsbetriebe) mit einer neuen Lauffläche versehen lassen; die NBIM bestreitet nur den Umfang dieser Praxis.

Weiterhin wird in Nr. 32 der Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, daß der Markt für runderneuerte Reifen nur

einen ergänzenden Markt darstellt und den Neureifenmarkt per definitionem niemals vollständig ersetzen kann. Eine steigende Verwendung runderneuerter Reifen wird zwar einen Rückgang der Nachfrage nach Neureifen zur Folge haben, aber durch die dann zunehmende Knappheit bei gebrauchten Reifen, die für eine Runderneuerung in Frage kommen, wird diese Substitutionsmöglichkeit zwangsläufig an Grenzen stoßen. Dem Substitutionswettbewerb sind hier deshalb in jedem Fall quantitative Grenzen gesetzt, und man kann auch mit der Kommission der Ansicht sein, daß es sich hier wie in der Rechtssache Hugin (Rechtssache 22/78, Slg. 1979, 1869, Randnummer 6 der Entscheidungsgründe) letztlich im wesentlichen um einen Dienstleistungsmarkt und nicht um einen Markt für Waren handelt, so daß auch aus diesem Grund ein anderer Markt gegeben ist.

Schließlich kann meines Erachtens auch der Vorwurf, die Argumentation der Kommission sei in sich widersprüchlich, nicht durchgreifen. Mit diesem Vorwurf wird gerügt, daß die Kommission sich sowohl auf die Stufe des Verbrauchers als auch auf die des Händlers gestellt habe. Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß die Argumentation der Kommission hinsichtlich der runderneuertem Reifen überhaupt nicht deren Absatzstufe berührt, wenn sich daraus auch gewiß Folgen für den Reifenhandel auf der Stufe der Wiederverkäufer ergeben. Deshalb ist diese Argumentation mittelbar auch für die spezifische Untersuchung der Handelsstufe von Belang. Was den Handel mit neuen Ersatzreifen betrifft, so bezieht sich das Vorbringen der Kommission zwar auf die Stufe der Wiederverkäufer, wie sich aus Nr. 31 letzter Satz der Entscheidung ergibt. Ich habe bereits ausgeführt, daß dies im Zusammenhang mit dem vorgeworfenen Mißbrauch auch

zweckmäßig ist. Die Händler nehmen jedoch eine Stellung zwischen den Herstellern und den Verbrauchern ein (die letztlich die Nachfrage nach Neureifen bestimmen). Deshalb ist es nicht unlogisch oder in sich widersprüchlich, daß die Kommission bei ihrer Untersuchung des relevanten Marktes auf der Stufe der Händler gleichzeitig die Merkmale der Nachfrage geprüft hat, mit der die Händler konfrontiert sind.

## 2.2. *Der räumliche Markt*

Obwohl in Artikel 86 die Feststellung des räumlich relevanten Marktes ausdrücklich vorgeschrieben ist, handelt es sich auch dabei um einen funktionellen Begriff. Es läßt sich mit anderen Worten nicht ohne Berücksichtigung der konkreten Problemlage abstrakt feststellen, welches für ein Unternehmen *der* räumlich relevante Markt ist, von dem bei der Prüfung, ob eine beherrschende Stellung vorliegt, ausgegangen werden muß. Ein Unternehmen kann durchaus auf dem Weltmarkt tätig sein, ohne dort eine beherrschende Stellung einzunehmen, und gleichzeitig auf dem Gemeinsamen Markt oder auf dem nationalen Markt eines oder mehrerer Mitgliedstaaten eine beherrschende Stellung innehaben. Es ist auch denkbar, daß ein Unternehmen seine beherrschende Stellung auf seinem Heimatmarkt durch die Berechnung überhöhter Preise mißbraucht, um einen ruinösen Preiswettbewerb zur Stärkung seiner Stellung auf einem anderen nationalen Markt zu finanzieren. Auch hier gilt somit, daß der Mißbrauch nicht unbedingt auf dem räumlichen Markt begangen zu werden braucht, den das betroffene Unternehmen beherrscht. Die Feststellung des räumlich relevanten Marktes hängt deshalb wiederum mit von der Art des beanstandeten Mißbrauchs ab.

Im vorliegenden Fall bezieht sich der Mißbrauchsvorwurf auf den niederländischen Markt, und er richtet sich nicht gegen den Michelin-Konzern insgesamt, sondern gegen die NBIM, die in den Niederlanden eine beherrschende Stellung einnehmen soll. Weiterhin steht fest, daß die NBIM hauptsächlich auf dem niederländischen Markt tätig ist. Es entspricht daher der Funktion des Begriffs, wenn die Kommission in Nr. 34 ihrer Entscheidung den niederländischen Markt als räumlich relevanten Markt ansieht, wobei sie aufgrund Ihrer Rechtsprechung den niederländischen Markt zu Recht als wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes auffaßt. Die Argumentation der Kommission zu diesem Punkt ist übrigens auch funktionell in dem erwähnten Sinn: „NBIM ist — soweit es den beanstandeten Sachverhalt betrifft — nur auf diesem Gebiet tätig, und dort hat sich der Sachverhalt ereignet“ (Nr. 34 der Entscheidung).

Die NBIM bringt dagegen vor, die Kommission stütze sich auf eine Reihe von Elementen, die über den Bereich der NBIM völlig hinausgingen und Michelin insgesamt betrafen. Außerdem seien die Hersteller, mit denen Michelin in den Niederlanden im Wettbewerb stehe, weltweit tätige Unternehmen.

Die Kommission hat meines Erachtens zu Recht bemerkt, daß sich diese Kritik weniger gegen die Marktabgrenzung als vielmehr gegen die Feststellung der Marktbeherrschung richte. Sie hat nach meiner Ansicht auch zu Recht darauf hingewiesen — ohne daß dies von der NBIM bestritten wurde —, daß es für die niederländischen Reifenhändler außerhalb der Niederlande keine ausreichenden und dauerhaften Bezugsmöglichkeiten für Michelin-Reifen gebe (Nr. 34 der Entscheidung) und daß der Wettbewerb zwischen ausländischen Herstellern in den Niederlanden auch zwischen

deren örtlichen Tochtergesellschaften stattfinde, während die Händler auch hier in der Praxis keinen Zugang zu auswärtigen Bezugsquellen hätten (Klagebeantwortung der Kommission). Ich möchte dem noch hinzufügen: Selbst wenn die Händler sich unmittelbar im Ausland eindecken könnten, würde dies eine beherrschende Stellung der NBIM auf dem niederländischen Markt nicht zwangsläufig ausschließen. Der räumlich relevante Markt ist wie gesagt kein selbständiger Begriff, sondern er hängt mit der nachzuweisenden beherrschenden Stellung zusammen und ist insoweit ein funktioneller Begriff. Je nach der konkreten Problematik steht es der Kommission frei, diejenigen räumlichen Markt als relevant anzusehen, der für die Prüfung des konkreten Falles und insbesondere für den Nachweis der von ihr behaupteten beherrschenden Stellung am zweckmäßigsten ist.

### 2.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend meine ich, daß das Vorbringen der Klägerin gegen die in der Entscheidung vorgenommene Abgrenzung des gegenständlich und räumlich relevanten Marktes nicht durchgreifen kann.

## 3. Die beherrschende Stellung

Was das von der Klägerin bestrittene Vorliegen einer beherrschenden Stellung betrifft, so kann ich mich kurz fassen. Die NBIM bestreitet nicht, daß sie von 1975 bis 1980 auf dem insoweit auch von mir für relevant erachteten niederländischen Markt über einen Marktanteil von 57 bis 65 % bei neuen Michelin-Reifen für Lastkraftwagen und Omnibusse verfügte (Nr. 35 der Entscheidung). Nach Ihren Urteilen in den Rechtssachen Hoffmann-La Roche (bereits zitiert) und United Brands (Rechtssache 27/76, Slg.

1978, 207) muß ein solcher Marktanteil sicherlich dann als ein ausreichendes Indiz für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung angesehen werden, wenn gleichzeitig eine erhebliche Differenz zu den Marktanteilen der wichtigsten Konkurrenten besteht. Dies ist auch hier der Fall. Nach den von der NBIM nicht bestrittenen Zahlen in Nr. 35 der Entscheidung betragen die Marktanteile der fünf wichtigsten konkurrierenden Marken nur etwa 4 bis 8 %. Dies bedeutet, wie es in der Entscheidung weiter zu Recht heißt, daß ein Händler, der keine Michelin-Reifen zum Kauf anbietet, einen geschäftlichen Prestigeverlust erleidet und daß seine Existenz gefährdet sein kann. Dem Urteil Hoffmann-La Roche zufolge (Randnummer 39 der Entscheidungsgründe) schließt eine solche Stellung „einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen“. Im Kern wird außerdem nicht bestritten, daß auch die NBIM ebenso wie Hoffmann-La Roche über „ein sehr umfassendes, spezielles Vertriebsnetz“ verfügte (Randnummer 42 der Entscheidungsgründe des erwähnten Urteils und Nr. 36 der angefochtenen Entscheidung). Worauf es hier ankommt, ist die von der NBIM nicht bestrittene Tatsache, daß ihr Vertriebsnetz absolut gesehen viel größer war als das der Konkurrenten. Angesichts der vorangegangenen Ausführungen kommt es auf dieses ergänzende Argument der Kommission für die Feststellung einer beherrschenden Stellung übrigens nicht mehr entscheidend an. Dasselbe gilt für die Argumente, die die Kommission unter anderem darauf stützt, daß die NBIM ein breiteres Sortiment von schweren Reifen anbietet als ihre Konkurrenten.

NBIM wendet gegen das Vorliegen einer beherrschenden Stellung zunächst ein, daß bei der Berechnung des Marktanteils von einer unrichtigen Abgrenzung des relevanten Produktmarkts ausgegangen worden sei. Dieses Argument hat sich jedoch bereits als unhaltbar erwiesen.

Das weitere Vorbringen der NBIM reicht im Hinblick auf Ihre frühere Rechtsprechung nicht aus, um das Vorliegen einer beherrschenden Stellung auszuschließen. Das Auftreten neuer japanischer Konkurrenten hat den Marktanteil der NBIM unberührt gelassen, wie die Kommission zu Recht bemerkt. Soweit die NBIM als Anhaltspunkte für das Nichtbestehen einer beherrschenden Stellung die Preise und Handelsspannen, die schlechten finanziellen Ergebnisse, die Produktionskapazität, die Finanzkraft und den größeren Diversifikationsgrad der Konkurrenten nennt, können auch diese die auf den absoluten und relativen Marktanteil der NBIM gestützten entscheidenden Indizien für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung nicht entkräften. Die auf die Höhe der Preise und Gewinnspannen sowie auf die Unternehmensverluste gestützten Argumente können höchstens für die Feststellung bestimmter Mißbräuche von Bedeutung sein. So wird daraus hergeleitet werden können, daß es sich nicht um Monopolgewinne oder nach dem Wortlaut von Artikel 86 Buchstabe a um die „unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen“ handelt, ein derartiger Mißbrauch wird der NBIM aber auch gar nicht zur Last gelegt. Außerdem ist bekannt, daß ein Unternehmen, das Verluste macht, in der dadurch entstandenen Notlage durchaus imstande sein kann, zu einem ruinösen Preiswettbewerb oder zu diskriminierenden Praktiken oder anderen Verhaltensweisen überzugehen, die bei Vorliegen einer beherrschenden Stel-



lung mißbräuchlich sind. Nach den praktischen Erfahrungen ist die Tatsache, daß Verluste gemacht werden, keinesfalls mit einer beherrschenden Stellung unvereinbar. In diesem Zusammenhang verweise ich auf die Randnummern 126/128 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils *United Brands* (Slg. 1978, 207). Die Produktionskapazität, die Finanzkraft und der stärkere Diversifikationsgrad der Konkurrenten könnten höchstens den absoluten und relativen Marktanteil der NBIM als Beweis für deren beherrschende Stellung beeinträchtigt haben, wenn sich herausstellen würde, daß deren Marktanteil hierdurch wirklich berührt worden ist. Dies wird jedoch von der NBIM nicht behauptet, geschweige denn bewiesen. Daß die Benutzer schwerer Reifen sachkundige professionelle Abnehmer sind, wie die NBIM vorbringt, reicht schließlich nicht aus, um hier ein die beherrschende Stellung der NBIM untergrabendes oder zumindest neutralisierendes Gegengewicht anzunehmen. Das könnte höchstens dann der Fall sein, wenn diese professionellen Abnehmer sich zu einer gemeinsamen Einkaufszentrale zusammengeschlossen hätten, was jedoch weder vorgetragen noch auf andere Weise ersichtlich geworden ist.

#### 4. Das streitige Verhalten

4.1. Nach der in meinen einleitenden Bemerkungen zitierten Entscheidung werden der NBIM zwei als mißbräuchlich qualifizierte Verhaltensweisen zur Last gelegt: die Anwendung des allgemeinen Rabattsystems und die Gewährung eines außerordentlichen Bonus im Jahr 1977. In beiden Fällen bestreitet die NBIM zum einen einen Teil der von der Kommission festgestellten Tatsachen und rügt zum anderen, daß in diesen Tatsachen ein Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 gesehen worden ist. Gegenüber dem Mißbrauchsvorwurf wird sie von

der französischen Regierung unterstützt. Soweit erforderlich, werde ich die Sachverhaltsfeststellung und die Würdigung dieses Sachverhalts als Mißbrauch nacheinander für das allgemeine Rabattsystem und für den außerordentlichen Bonus von 1977 behandeln.

#### 4.2. Das allgemeine Rabattsystem

##### A — Sachverhalt

Das allgemeine Rabattsystem ist in großen Zügen in Nr. 22 der Entscheidung beschrieben und für die mündliche Verhandlung von der NBIM selbst in einer vereinfachten, zum Teil aber auch übersichtlicheren Form zusammengefaßt worden. Ich verweise insoweit auf den letzten Teil des Sitzungsberichts.

Die den Sachverhalt betreffenden Meinungsverschiedenheiten, die während des gesamten Verfahrens bestehen geblieben sind, betreffen nicht das allgemeine System selbst, sondern dessen Anwendung in der Praxis.

Bevor ich auf diese Meinungsverschiedenheiten eingehe, möchte ich aber zweckmäßigerweise noch einmal in Erinnerung rufen, was die Kommission in Artikel 1 Buchstabe a ihrer Entscheidung letztlich für bewiesen erklärt hat. Sie hat der NBIM vorgeworfen, daß sie

- a) durch Gewährung selektiver Rabatte auf individueller Grundlage
- b) — die von nicht schriftlich klar bestätigten „Absatzzielen“ und Rabatten abhängig gewesen seien —,
- c) die Reifenhändler an sich gebunden habe und
- d) ihnen gegenüber ungleiche Bedingungen für gleichwertige Leistungen angewendet habe.

Für die weitere Einteilung meiner Ausführungen habe ich Gedankenstriche und Buchstaben hinzugefügt, um genau ange-

ben zu können, welche Elemente des somit zur Last gelegten Verhaltens als bewiesen angesehen werden können und welche nicht. Zu diesem Zweck übernehme ich zunächst die Zusammenfassung des Vorbringens der NBIM aus dem Sitzungsbericht, wobei ich die Sätze numeriert habe.

- (1) Die NBIM führt im wesentlichen aus, der Rabatt bestehe aus einer für jeden Händler identischen festen Komponente und aus einer variablen Komponente, die jedes Jahr nach der Bedeutung der Abnahme von Michelin-Erzeugnissen aufgrund einer jährlich erneuerten progressiven Rabattstaffel festgelegt werde; diese Staffel habe die NBIM der Kommission zu Beginn der Ermittlungen im Jahr 1977 mitgeteilt. Ich weise darauf hin, daß diese auf den jeweiligen Vorjahreskäufen beruhende Staffel 1978 abgeschafft wurde.
- (2) Die variable Komponente habe jährlich innerhalb einer Bandbreite von höchstens 5 % geschwankt.
- (3) Ein Bruchteil davon (die NBIM spricht hier von 0,2 bis 0,4 %) sei an die Erreichung eines Kaufziels gebunden gewesen, das einvernehmlich festgelegt und sodann in das Produktions- und Verkaufsprogramm der NBIM integriert worden sei. Dazu möchte ich bemerken, daß nach der Anlage 20 zur Klageschrift die Verkaufsziele auch noch nach 1978 aufgrund des Umfangs der Vorjahreskäufe festgelegt wurden.
- (4) Bis auf einige Ausnahmen hätten alle Händler, die mehr als 3 000 Reifen pro Jahr abgenommen hätten, von 1975 bis 1979 ein und denselben Maximalrabattsatz erhalten.
- (5) Obwohl bei dem von der NBIM selbst dargestellten System die Maximalschwankung der variablen Komponente in den Händlerrabatten größer ist (10 bis 22 in den Jahren 1975 bis 1977, 4 bis 15 im Jahr 1978 und 0 bis 5 in den Jahren 1979 und 1980), soll der Abstand zwischen den Rabatten, die den von den Kommissionsinspektoren ausgewählten 54 Kunden gewährt worden seien, nur 2 bis 2,5 % betragen haben, während die Abnahme von schweren Michelin-Reifen durch dieselben Händler umfangmäßig zwischen 13 000 und 200 Einheiten pro Jahr habe schwanken können.
- (6) Die Unterschiede zwischen den Rabattsätzen seien auf die Anwendung einer Tabelle zurückzuführen, die sich darauf bezogen habe, wieviel der Händler im Vorjahr insgesamt bei der NBIM eingekauft habe.
- (7) Diese grundsätzlich reinen Mengenrabatte hätten jedoch keineswegs mechanisch angewendet werden können, da die Händler bei einem Umsatzrückgang eine Senkung des Rabatts nicht ohne weiteres akzeptiert hätten.
- (8) Das vereinbarte Verkaufsziel sei nicht das entscheidende Element des Rabatts gewesen; insoweit sei es um einen Dienst gegangen, den der Händler dem Hersteller objektiv geleistet habe: Die Informationen, die der Hersteller im Rahmen der Zielsetzung erhalten habe, hätten ihm eine bessere Planung seiner Produktion und eine Kostensenkung ermöglicht.
- (9) Keinem Händler sei jemals der Jahresrabatt aus welchem Grund auch immer entzogen worden; jeder Verkäufer wisse aus Erfahrung, daß er in einem solchen Fall höchstens

einige Zehntelprozent verloren habe.

- (10) Der Vorwurf der Kommission, die Ziele und die Rabatte seien angeblich nicht mitgeteilt worden, sei unbegründet, denn diese Elemente seien von den Händlern gemeinsam mit den Handelsvertretern der NBIM zum Jahresbeginn festgelegt worden; jeder Händler, der darum ersucht habe, habe immer eine offizielle schriftliche Bestätigung erhalten.

Die Kommission hat in ihrer Klagebeantwortung *erstens* darauf hingewiesen, daß die Bedeutung, welche die NBIM in ihrer Klageschrift der Jahresrabattstaffel beimesse, nicht mit den von der NBIM im Verwaltungsverfahren abgegebenen Erklärungen zu vereinbaren sei, wonach die Rabattstaffel und die sich darauf beziehenden Instruktionen nur ein Leitfaden zum internen Gebrauch gewesen seien, der flexibel angewendet worden sei, um der individuellen Lage der Händler Rechnung zu tragen. Diese Schlußfolgerung wird meines Erachtens im wesentlichen durch meine auf den Sitzungsbericht gestützte Zusammenfassung des Vorbringens der NBIM, insbesondere durch die Nrn. 5 und 7 dieser Zusammenfassung, bestätigt.

Die Kommission hat in ihrer Klagebeantwortung *zweitens* vorgetragen, aus den Kundenkarten ergebe sich eindeutig, daß der Rabatt von der Erreichung eines Abnahmeziels bei schweren Reifen abhängig gewesen sei und daß dieses Ziel in einer bestimmten Zahl von Reifen bestanden habe, die im laufenden Jahr hätten bezogen werden müssen. Obwohl sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, daß der Rabatt auch von den abgenommenen Lieferwagenreifen abhängig war, hat die NBIM diese Tatsache, die auch aus den vorgelegten

Kundenkarten ersichtlich ist, nicht bestritten. Dem Umstand, daß die Rabatte sich ebenfalls auf Lieferwagenreifen bezogen, messe ich übrigens an sich keine Bedeutung für die Beurteilung des Rabattsystems bei. Wie ich bereits bemerkt habe, braucht nämlich ein zur Last gelegter Mißbrauch nicht und gewiß nicht ausschließlich diejenigen Produkte zu betreffen, hinsichtlich deren eine beherrschende Stellung festgestellt worden ist.

Der Umfang der festgestellten Unterschiede zwischen den Rabatten wird von der Kommission mit 2 bis 5 % des Jahresrabatts veranschlagt, was nicht im Widerspruch zu den Nrn. 2 und 5 des zusammengefaßten Vorbringens der NBIM steht. Zwar hat die NBIM in diesem Zusammenhang erläutert, nur 0,2 bis 0,4 % dieses Unterschieds seien an die Erreichung eines vereinbarten Verkaufsziels gebunden gewesen. Der größte Teil der Unterschiede mußte also auf die bereits erwähnte variable Komponente des Rabattsystems zurückzuführen sein. Ich möchte dazu aber bemerken, daß sich für die Händler eine weitere Unsicherheit aus dem Unterschied zwischen der Summe der monatlichen und später viermonatlichen Vorschüsse sowie dem bei der Endabrechnung gewährten höchsten Preisnachlaß ergab. Nach dem von der NBIM selbst vorgelegten Schema betrug diese Unsicherheitsmarge 2 bis nahezu 4 % (je nach dem betroffenen Zeitraum).

Wenn ich mir nun das Vorbringen beider Parteien ansehe, so meine ich, daß die folgenden in Artikel 1 Buchstabe a) der Entscheidung festgestellten und von mir in die Abschnitte a) bis d) untergliederten Tatsachen als unstrittig beziehungsweise umstritten qualifiziert werden können.

*Zu Abschnitt a):* Es steht fest, daß die NBIM die Rabatte weitgehend auf individueller Grundlage und, wie sich aus der anerkannt flexiblen Anwendung ihrer

allgemeinen Instruktionen (mit Sicherheit nach Abschaffung der Tabelle im Jahr 1978) sowie aus der Vereinbarung individueller Verkaufsziele ergibt, auch selektiv festgesetzt hat (Nrn. 2 bis einschließlich 7 des Vorbringens der NBIM in Verbindung mit den Nrn. 20 bis einschließlich 22 und den ersten neun Wörtern von Nr. 23 der Entscheidung). Umstritten ist, inwieweit bei dieser selektiven Festsetzung auch die Treue des Händlers gegenüber Michelin eine Rolle spielte, dieser Punkt wird jedoch im Entscheidungstenor nicht erwähnt und scheint mir im übrigen für die Beurteilung des Rabattsystems auch nicht von wesentlicher Bedeutung zu sein.

*Zu Abschnitt b):* Fest steht weiterhin, daß vor allem die „Zielrabatte“ von 0,2 bis 0,4 % an die vereinbarten Verkaufsziele gekoppelt waren (Nr. 3 des Vorbringens der NBIM) und daß diese Absatzziele nicht automatisch, sondern höchstens auf Verlangen offiziell schriftlich bestätigt wurden (Nr. 10). Umstritten ist, inwieweit auch der verbleibende variable Teil der Rabatte an die vereinbarten Verkaufsziele (oder vielmehr an die Verkaufszahlen des vorangegangenen und des laufenden Jahres) gebunden war und mit welchem Maß an Flexibilität die endgültige Abrechnung in der Praxis vom Erreichen der vereinbarten Verkaufsziele abhängig gemacht wurde. Die Händler hatten aber jedenfalls im Hinblick auf den größten Teil der variablen Rabatte keine Sicherheit. Auch die NBIM beruft sich lediglich darauf, die Händler hätten „aus Erfahrung gewußt“, daß flexibel vorgegangen und der Jahresrabatt niemals entzogen werde (Nr. 9 der Zusammenfassung). Von einer Rechtssicherheit, daß die Jahresrabatte selbst nicht vom Erreichen der vereinbarten Verkaufsziele abhängig gemacht würden, konnte deshalb, wie die NBIM zugibt, gewiß keine Rede sein. Die Bedeutung des in jedem

Fall feststehenden Sonderrabatts von 0,2 bis 0,4 % darf übrigens meines Erachtens nicht unterschätzt werden. Um den von einem solchen Sonderrabatt ausgehenden Anreiz zu neutralisieren, müßten die Konkurrenten je nach ihren bereits erwähnten Marktanteilen einen Sonderrabatt von 2,8 bis 6,4 % in Aussicht stellen und, wenn sie einen ebenso großen Wettbewerbsvorsprung vor der NBIM erreichen wollten, wie diese ihn jetzt vor den Konkurrenten gewonnen hat, diese Sonderrabatte verdoppeln. Die Meinungsverschiedenheit darüber, ob der größte Teil des variablen Rabatts auch an die vereinbarten Verkaufsziele oder aber an die Umsatzzahlen des Vorjahres gebunden war, ist nach meiner Ansicht für die Beurteilung der Rechtssache eigentlich ohne Belang. Wie ich zu Nr. 3 des zusammengefaßten Vorbringens der NBIM schon ausgeführt habe, erklärt die NBIM nämlich selbst, daß auch die Verkaufsziele in unmittelbarem Zusammenhang mit den Abnahmezahlen des Vorjahres festgesetzt worden seien. Unter diesen Umständen ist es ein Streit um Worte, ob man von einer Relation zu den Verkaufszielen (und somit mittelbar zu den Abnahmezahlen des Vorjahres) oder vielmehr von einem unmittelbaren Zusammenhang mit diesen Vorjahreszahlen spricht; für die wirtschaftlichen Auswirkungen der Regelung macht dies keinen Unterschied.

Auf der Grenze zwischen Sachverhaltsfeststellung und Würdigung als Mißbrauch liegen die Abschnitte c) und d) dessen, was in Artikel 1 Buchstabe a für bewiesen erklärt worden ist. In Abschnitt c) behauptet die Kommission, daß die NBIM die Reifenhändler durch die Anwendung des Rabattsystems an sich gebunden habe. In Nr. 38 der Entscheidung spricht die Kommission von dem *Ziel*, die Händler eng an die NBIM zu binden, und erläutert dann diesen Vor-

wurf näher. Für die Beurteilung des Rabattsystems gemäß Artikel 86 ist meines Erachtens vor allem festzustellen, daß die Berechnung eines Teils der in Aussicht gestellten Rabatte auf der Grundlage der vereinbarten Verkaufsziele ihrer Art nach Druck auf den Händler ausübt, das höchste Verkaufsziel auch tatsächlich zu erreichen. Für die Feststellung dieser Wirkung kommt es nicht darauf an, ob die Behauptung der Kommission in Nr. 24 und Nr. 38 der Entscheidung richtig ist, die Verkaufsziele seien meist höher als die Abnahmezahlen des Vorjahres festgesetzt worden. An dieser Schlußfolgerung ändert auch das auf S. 34 des Sitzungsberichts zusammengefaßte Vorbringen der NBIM nichts. Daß die Unterschiede zwischen den den verschiedenen Händlern gewährten Rabatten rein quantitativer Art sein und auf dem Gesamtumsatz des Abnehmers beruhen sollen, wie die NBIM behauptet, vermindert den Anreiz nicht, der von höheren Rabatten im Fall einer Umsatzsteigerung ausgeht. Die NBIM räumt übrigens in ihrer Argumentation zu dem „Zielrabatt“ von 0,2 bis 0,4 % ausdrücklich ein, daß von einem „Ermutigungsrabatt“ gesprochen werden könne. In der mündlichen Verhandlung hat sie selbst erklärt, zur Planung ihrer Produktion und ihres Absatzes brauche sie die *Sicherheit*, daß die Verkaufsziele erreicht würden. Sie bestreitet nur, daß ein derartiger „Ermutigungsrabatt“ einen Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 darstelle; auf diese Frage der rechtlichen Einordnung werde ich jedoch gleich anschließend zurückkommen. In tatsächlicher Hinsicht halte ich deshalb Abschnitt c) der Feststellungen, die die Kommission in Artikel 1, Buchstabe a getroffen hat, für hinreichend bewiesen.

Soweit die NBIM Abschnitt d) dieses Teils des Entscheidungstenors (Anwendung ungleicher Bedingungen für gleich-

wertige Leistungen) rügt, wendet sie sich hauptsächlich gegen den Mißbrauchsvorwurf. Die Unterschiede zwischen den Rabattsätzen ergäben sich aus der Anwendung einer Staffel je nach den vom Händler bei der NBIM im Vorjahr getätigten Gesamteinkäufen und könnten daher nicht als diskriminierend angesehen werden. Die geringen andersartigen Abweichungen, die die NBIM sonst zugegeben hat (Nrn. 3 und 7 meiner früheren Zusammenfassung), seien ebenfalls nicht als verbotene Diskriminierung im Sinne von Artikel 86 aufzufassen. Der Beweis, den die Kommission für die übrigen von ihr festgestellten und nicht auf die angegebene Weise erklärlichen Rabattunterschiede angeführt hat, wird meines Erachtens durch den bereits erwähnten Fehler, der der Kommission in bezug auf die Grundlage des Rabatts (neben schweren Reifen auch Lieferwagenreifen) unterlaufen ist, so sehr verfälscht, daß ihm kein Wert beigemessen werden kann. Berücksichtigt man die Lieferwagenreifen mit, so sind die als Beweis angeführten Fälle in Wirklichkeit nicht gleichwertig, so daß die Anwendung ungleicher Bedingungen für gleichwertige Leistungen nicht bewiesen ist. Aus den Nrn. 40 und 41 der Entscheidung geht indessen hervor, daß die Kommission die beanstandete Diskriminierung als einen gesonderten Mißbrauch auffaßt, was für meine weitere Argumentation eine Rolle spielt.

#### B — Die Würdigung des Sachverhalts als Mißbrauch

Bei der Beurteilung des Sachverhalts, der in der Tat als hinreichend bewiesen angesehen werden kann, muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß jedenfalls nicht von Treuerabatten gesprochen werden kann, wie sie Gegenstand der Rechtssache Hoffmann-La Roche waren. Denn es besteht keine *Verpflichtung* für

die Händler, nur Michelin-Reifen oder andere Reifen nur in beschränktem Umfang zu kaufen. Die NBIM hat hierauf zu Recht hingewiesen.

Die Kommission hat dies in ihrer Entscheidung (Nrn. 37 bis 40) aber auch gar nicht behauptet.

Bei der Beurteilung des festgestellten Sachverhalts ist es meines Erachtens zunächst wichtig, daß periodische Vorschüsse und jährliche Rabatte, die auf individueller Grundlage festgesetzt und daher nicht allen Händlern von vornherein einheitlich bekanntgemacht werden, ihrer Art nach einen Unsicherheitsfaktor für die Händler enthalten und die Möglichkeit zu einer Diskriminierung von Händlern bieten. Ich halte es unter anderem aufgrund einer rechtsvergleichenden Untersuchung für vertretbar, ein derartiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits an sich als Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 anzusehen.

Wichtiger scheint mir jedoch zu sein, daß Jahresrabatte und Vorschüsse darauf sicherlich insoweit, als sie auch von jährlich vereinbarten Verkaufszielen abhängen, einen völlig anderen Charakter haben als reine Mengenrabatte, die auf dem Umfang jeder einzelnen Bestellung beruhen. Während letztere durch eindeutige Kostenersparnisse gerechtfertigt werden können, ist dies selbst bei reinen periodischen Mengenrabatten, die von den Verkäufen in einem bestimmten Zeitraum abhängig sind, nicht unbedingt der Fall. Die Bestellungen eines bestimmten Händlers können dann nämlich so über das Jahr verteilt sein, daß der Hersteller bei einigen großen Bestellungen, die insgesamt einen geringeren Jahresumsatz ausmachen, mehr Kosten einspart. Außerdem liegt es im Wesen eines jeden Systems periodischer Mengenrabatte, daß es für die Abnehmer einen Anreiz darstellt, soviel wie möglich bei dem be-

treffenden Hersteller zu kaufen. Wenn dieser Hersteller wie im vorliegenden Fall einen größeren Marktanteil besitzt als alle seine Konkurrenten zusammen, dann können günstigere Angebote für diese Konkurrenten schwerlich ein ausreichendes Gegengewicht darstellen, um die Anziehungskraft des Systems periodischer Rabatte zu neutralisieren. Im vorliegenden Fall müßten sie dann nämlich angesichts ihrer bereits genannten Marktanteile sowie der 2,5- bis 5prozentigen variablen Komponente des Rabattsystems der NBIM entsprechend höhere Rabatte anbieten (den zusätzlichen „Zielrabatt“ noch nicht mitgerechnet)<sup>1</sup>. Insoweit ist ein derartiges System, was die wettbewerbsbeschränkende Wirkung und das Fehlen einer wirtschaftlichen Rechtfertigung betrifft, mit einem „Gesamtumsatzrabattkartell“ zu vergleichen. Wie ich bereits gesagt habe (Nr. 8 des zusammengefaßten Vorbringens), sieht die NBIM in dem ihres Erachtens bescheidenden Sonderrabatt, der bei Erreichen der vereinbarten jährlichen Verkaufsziele gewährt wird, eine Belohnung dafür, daß der Hersteller in die Lage versetzt wird, seine Produktion besser zu planen und Kosten zu sparen. Gerade diese Begründung macht aber deutlich, daß die vereinbarten Verkaufsziele in

1 — In diesem Zusammenhang betrachte ich es als sehr aufschlußreich für den Charakter des Rabattsystems, daß nach Nr. 4 des zusammengefaßten Vorbringens der NBIM alle Händler, die mehr als 3 000 Reifen verkaufen, den höchsten Rabattsatz erhalten (abgesehen vom Zielrabatt). Gerade dies zeigt meines Erachtens, daß auch die variable Rabattkomponente in erster Linie darauf gerichtet ist, die Händler an Michelin zu binden. Außerdem bestätigt diese Praxis, daß die Wirksamkeit des auf diese Weise eingesetzten Mittels zur Bindung der Händler unmittelbar mit dem Marktanteil der NBIM und den Marktanteilen ihrer Konkurrenten zusammenhängt. Bei einem kleineren Marktanteil hätte die NBIM höhere periodische Mengenrabatte gewähren müssen, um sich der Treue ihrer Kunden zu vergewissern. Insoweit stellt das praktizierte Rabattsystem tatsächlich auch ein Indiz für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung dar, wenngleich es für die Argumentation im vorliegenden Fall einfacher ist, zuerst diese beherrschende Stellung darzutun.

Wirklichkeit „die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen ... Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“, um die allgemeine Mißbrauchsformel in Randnummer 91 der Entscheidungsgründe des Urteils Hoffmann-La Roche noch einmal zu zitieren. Die Möglichkeit der NBIM, sich der Konkurrenz anderer Reifenlieferanten zu entziehen, wird deshalb sowohl durch die Rabattberechnung aufgrund des Jahresumsatzes als auch durch die Festlegung jährlicher Verkaufsziele, deren Erreichung besonders belohnt wird, verstärkt. Ob die Auswirkung dieser vereinbarten Verkaufsziele wirklich so gering geblieben ist, wie die NBIM behauptet, ist umstritten. Vermutlich wird aber die Unsicherheit über die Rechtsfolgen bei Nichterreichen zumindest der niedrigsten Verkaufsziele dazu geführt haben, daß die Verkaufsziele sich stärker auf die Bemühung der Händler ausgewirkt haben, als die NBIM es darstellt. Im übrigen habe ich bereits beziffert, wieviel höhere Rabatte die Konkurrenten mit einem so viel kleineren Marktanteil anbieten müßten, um den zusätzlichen Zielrabatt von 0,2 bis 0,4 % auch nur zu neutralisieren. Ich halte es letztlich aber nicht für entscheidend, den genauen Umfang dieser Auswirkungen der Verkaufsziele zu ermitteln, denn der Gerichtshof hat im Urteil Hoffmann-La Roche bereits ausgeführt (Randnummer 123, letzter Satz der Entscheidungsgründe), daß beim Verhalten „eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem hierdurch in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt ... jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen [kann]“.

Wie bereits gesagt, hat die NBIM in der mündlichen Verhandlung schließlich auch ausdrücklich erklärt, daß sie durch die vereinbarten Verkaufsziele *Sicherheit* für ihre Produktions- und Absatzplanung habe erhalten wollen. Eine solche Sicherheit kann bei wirksamem Wettbewerb jedoch niemals erreicht werden.

Abschließend bin ich deshalb unter Berücksichtigung meiner vorstehenden Ausführungen der Ansicht, daß die Kommission in Artikel 1 ihrer Entscheidung zu Recht festgestellt hat, daß die NBIM von 1975 bis 1980 auf dem Markt der Ersatz-Neureifen für Lastkraftwagen, Omnibusse usw. dadurch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen hat, daß sie a) durch Gewährung selektiver Rabatte auf individueller Grundlage, b) die von nicht schriftlich klar bestätigten „Absatzzielen“ und Rabatten abhängig waren, c) die Händler in den Niederlanden an sich gebunden hat. Dagegen ist meines Erachtens nicht hinreichend bewiesen worden, daß die NBIM gleichzeitig den Händlern gegenüber tatsächlich ungleiche Bedingungen für gleichwertige Leistungen angewendet habe. Eine solche Diskriminierung kann gewiß nicht ohne weiteres aus der Tatsache hergeleitet werden, daß die Verkaufsziele und Rabatte individuell festgelegt wurden. Dieser letzte Teil von Artikel 1 Buchstabe a der Entscheidung muß deshalb aufgehoben werden. Hierbei handelt es sich, wie bereits dargelegt, um ein Verhalten, das der Klägerin gesondert zur Last gelegt worden ist und das auch in Artikel 86 gesondert aufgeführt wird. Es hat einen anderen Mißbrauchscharakter als das beschriebene An-sich-binden von Händlern, wodurch in erster Linie nicht die Händler, sondern die Konkurrenten beeinträchtigt werden.

### 4.3. Der außerordentliche Bonus von 1977

Artikel 1 Buchstabe b enthält die Feststellung, die NBIM habe außerdem dadurch mißbräuchlich gehandelt, daß sie „1977 einen außerordentlichen Bonus für die Abnahme von Reifen für Lastkraftwagen, Omnibusse usw. sowie von Reifen für Personenkraftwagen gewährt hat, sofern bei Reifen für Personenkraftwagen ein bestimmtes ‚Kaufziel‘ erreicht wurde“. Die NBIM bestreitet zunächst, daß der Bonus von einem „Sonderziel“ hinsichtlich des Bezugs von Pkw-Reifen abhängig gewesen sei. Das dem Bonus für die leichten Reifen zugrunde liegende Verkaufsziel habe sich durch nichts von dem zu Jahresbeginn vereinbarten Ziel unterschieden; demnach sei der Bonus in jedem Fall nach der Gesamtabnahme aller gängigen Reifenarten berechnet worden. Letzteres wird von der Kommission (in dem zitierten Teil der Entscheidung) auch nicht bestritten. Die NBIM hat vorgetragen, der zusätzliche Bonus müsse außerdem als Ausgleich dafür gesehen werden, daß sie in dem betreffenden Jahr nicht genügend schwere Lkw-Reifen habe liefern können, was von der Kommission ebenfalls nicht bestritten wird. Unter diesen Umständen kann mich die Argumentation der Kommission; hier liege ein Mißbrauch vor, nicht überzeugen. Daß es sich hier um einen zusätzlichen Bonus für den Kauf schwerer Reifen gehandelt habe, wie die Kommission in Nr. 50 ihrer Entscheidung behauptet, ist an sich schon nicht glaubhaft, wenn der Bezug schwerer Reifen gerade daran scheiterte, daß die NBIM nicht liefern konnte. Daß dieser zusätzliche Bonus für schwere Reifen von der „Bedingung“ abhängig gewesen sei, daß eine bestimmte Menge leichter Reifen abgenommen werde, ist unter diesen Umständen ebenfalls nicht glaubwürdig. Daß das „besondere Verkaufsziel“ bei leichten Reifen über den Vorjahresmengen beim Verkauf

leichter Reifen gelegen habe, wird von der NBIM wie gesagt bestritten und ist von der Kommission nicht eindeutig bewiesen worden. Daß ein „kompensierender“ zusätzlicher Bonus „speziell“ an Verkaufsziele bei leichten Reifen gekoppelt wird, erscheint unvermeidlich, wenn die Verkaufsmöglichkeiten für schwere Reifen aus Gründen vorübergehend beschränkt sind, die der Hersteller zu verantworten hat. Daher hat die Kommission nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß es sich hier nicht um einen bloßen Ausgleich der Verkaufsverluste bei schweren Reifen handelt, wie die NBIM es dargestellt hat. Ich habe schließlich bereits darauf hingewiesen, daß die Rabatte für schwere Reifen auch in dem normalen System mit vom Umsatz bei Lieferwagenreifen abhängig waren, so daß hier allenfalls von einer einmaligen Ausdehnung des normalen Systems auf alle leichten Reifen gesprochen werden kann, nicht aber von einem völlig andersartigen Mißbrauch, wie es die Kommission tut. Ich komme deshalb zu dem Schluß, daß auch Artikel 1 Buchstabe b der Kommissionsentscheidung aufzuheben ist, da dieser Teil der Entscheidung zumindest nicht genügend begründet worden ist, um die Beurteilung des fraglichen Bonus als eines gesonderten Mißbrauchs zu rechtfertigen.

### 5. Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel

Zu dem Vorbringen der NBIM, das beanstandete Verhalten habe sich auf die Niederlande beschränkt und deshalb den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen können, kann ich mich kurz fassen. Wie sich aus Nr. 15 der Entscheidung ergibt, werden die Reifen der Konkurrenten der NBIM zu einem erheblichen Teil in anderen Mitgliedstaaten hergestellt und von dort in die Niederlande eingeführt. Die festgestellte



Beeinträchtigung ihrer Absatzmöglichkeiten als Folge des von der NBIM praktizierten Rabattsystems beeinträchtigt deshalb automatisch auch die Einfuhrmöglichkeiten und damit den zwischenstaatlichen Handel. Die NBIM wendet sich denn auch im wesentlichen nicht gegen dieses Tatbestandsmerkmal des Artikels 86, sondern wiederholt in Wirklichkeit ihre Argumente gegen die Feststellung, daß sie ihre beherrschende Stellung mißbraucht hat. Soweit diese Argumente nicht durchgreifen können, kann dies auch nicht die Argumentation der NBIM zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels. Daß Verhaltensweisen, die sich ausschließlich auf ein nationales Staatsgebiet erstrecken, gleichwohl das genannte Kriterium erfüllen können, hat der Gerichtshof übrigens bereits wiederholt im Zusammenhang mit Artikel 85 festgestellt. Ich verweise dazu nur auf das Urteil in der Rechtssache 8/72 (Cementhandlaren, Slg. 1972, 977).

#### 6. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Der Klagegrund, mit dem die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird, besteht aus zwei Teilen. Die Kommission soll der NBIM erstens keinen Einblick in wesentliche Aktenstücke gewährt haben (S. 62 der Klageschrift). Das gelte vor allem für die Erhebungen, die die Kommission bei verschiedenen Händlern sowie bei Verbrauchern und Konkurrenten der NBIM durchgeführt habe. Die Kommission beauftragt sich für ihre Weigerung, diese Ergebnisse ihrer Erhebung der Klägerin zur Einsicht zu überlassen, auf Artikel 20 der Verordnung Nr. 17. Die Erhebung sei im übrigen nicht bei Verbrauchern und Konkurrenten der NBIM, sondern nur bei bestimmten Händlern durchgeführt worden. Sie habe außerdem nichts an den Tag gebracht, was die Kommission

nicht bereits von der NBIM erfahren habe. Die NBIM hat nicht nachgewiesen oder auch nur glaubhaft gemacht, daß die Kommission aus dieser Erhebung tatsächlich zu Lasten der Klägerin neue Umstände im Sinne von Randnummer 14 der Entscheidungsgründe des Urteils Hoffmann-La Roche hergeleitet habe. Dieser Teil des Klagegrundes ist deshalb zurückzuweisen.

Der Kommission wird zweitens vorgeworfen (S. 64 und 65 der Klageschrift), nicht deutlich angegeben zu haben, inwieweit sie die bei der Anhörung gemachten Zeugen- und Sachverständigenaussagen und die anderen Ergebnisse dieser Anhörung berücksichtigt oder verworfen habe. Eine dahin gehende Verpflichtung kann jedoch dem Gemeinschaftsrecht, wie es der Gerichtshof ausgelegt hat, nicht entnommen werden. Für die Beurteilung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kommt es allein darauf an, ob dieses Gehör hinsichtlich des Inhalts der Beschwerdepunkte gewährt worden ist. Der Wortlaut der Entscheidung zeigt, daß viel Aufmerksamkeit auf die Widerlegung des klägerischen Vorbringens zu diesen Beschwerdepunkten sowie auf die bei der Anhörung dazu gemachten Zeugen- und Sachverständigenaussagen verwendet worden ist. Dabei braucht in der Entscheidung auf die Zeugen- und Sachverständigenaussagen nicht gesondert und ausdrücklich eingegangen zu werden, soweit sie das klägerische Vorbringen stützen, wenn nur die für die Entscheidung relevanten Teile dieses Vorbringens und der betreffenden Aussagen hinreichend in der Entscheidung behandelt werden. Auch dieser Teil des Klagegrundes kann deshalb nicht durchgreifen.

#### 7. Die verhängte Geldbuße

Die NBIM vertritt die Ansicht, ihr könne weder Fahrlässigkeit noch Vorsatz zur

Last gelegt werden, da der Mißbrauch, der ihr von der Kommission vorgeworfen werde, eine neue Auslegung des Artikels 86 beinhalte, die die NBIM nicht habe voraussehen können. Diese Auslegung weiche vor allem von der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Treuerabatten in dem Urteil Hoffmann-La Roche (Randnummer 89 der Entscheidungsgründe) ab, denn im vorliegenden Fall fehle es an sämtlichen Merkmalen dieser Treuerabatte. Außerdem sei es unbillig, die Dauer der Zuwiderhandlung auf 5 Jahre, von 1975 bis 1980, festzusetzen, da die Kommission selbst diesen Zeitraum durch früheres Eingreifen hätte abkürzen und die Zahlung des Sonderbonus von 0,5 % hätte verhindern können, die erst Ende 1977 erfolgt sei.

In der mündlichen Verhandlung hat der Anwalt der NBIM im Zusammenhang mit der Festsetzung der Geldbuße das Recht der Kommission, ihre früheren Ansichten zum Mißbegriff zu ändern, an und für sich ausdrücklich anerkannt: „C'est son droit le plus strict.“ Dennoch soll der Kommission die Verhängung einer Geldbuße verwehrt sein, da sie anderenfalls das berechnete Vertrauen der einzelnen verletze.

Auf die übrigen Argumente der Klägerin zur Höhe der Geldbuße braucht meines Erachtens nur kurz eingegangen zu werden. Die Diskussion über das Verhältnis der Geldbuße zum Umsatz halte ich für irrelevant, da die auferlegte Geldbuße unterhalb der alternativ zulässigen Höchstgrenze von 1 Million RE bleibt. Wie die Kommission zu Recht bemerkt, ist das betroffene Unternehmen zur Mitarbeit im Verwaltungsverfahren verpflichtet. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann deshalb kein Anlaß für die Herabsetzung der Geldbuße sein. Ebenso halte ich es mit der Kommission für völlig ausgeschlossen, bereits während des Verwaltungsverfahrens den Betrag der

Geldbuße oder die Kriterien für dessen Festsetzung zu nennen, da erst am Ende dieses Verwaltungsverfahrens das Ausmaß der Schuld oder Fahrlässigkeit festgestellt werden kann. So ist es sogar möglich und kommt es auch vor, daß das beanstandete Verhalten bei Abschluß dieses Verwaltungsverfahrens beendet wird, was unter Umständen ein Grund für die Herabsetzung der ursprünglich erwogenen Geldbuße sein kann.

Was das wichtigste der NBIM in Artikel 1 Buchstabe a der Entscheidung zur Last gelegte Verhalten betrifft, so bin ich der Ansicht, daß die NBIM tatsächlich bewußt danach trachtete, und zwar auch mit Erfolg, durch die Vereinbarung von Verkaufszielen mit den Händlern diese an sich zu binden und ihre Produktion und ihren Absatz zumindest auf dem Niveau früherer Jahre zu halten. Sogar noch in der mündlichen Verhandlung hat sie, wie ich bereits erwähnt habe, ausdrücklich erklärt, daß „sans incitation pour atteindre l'objectif, il n'était pas sûr que cet objectif soit atteint, et c'est cela précisément que rémunérait la remise d'objectifs“ (Hervorhebung durch mich). Es steht daher für mich fest, daß die NBIM bewußt danach trachtete — um die Formulierung in Randnummer 91 der Entscheidungsgründe des Urteils Hoffmann-La Roche noch einmal zu zitieren —, durch ihr Rabattsystem „die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln [zu] behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“. Ich teile ebenfalls die Auffassung der Kommission, daß das praktizierte Rabattsystem — ähnlich wie ein Gesamtumsatzrabattkartell miteinander kooperierender Unternehmen — wirtschaftlich als Variante eines „Treue-

rabatts“ angesehen werden kann und daß die NBIM auch bezweckte, die Händler an sich zu binden und damit den Absatz ihrer Konkurrenten zu beschränken. Insoweit gehe ich mit der Kommission davon aus, daß die NBIM zumindest fahrlässig gehandelt hat und daß der *rechtliche* Unterschied zu den Treuerabatten, um die es in der Rechtsache Hoffmann-La Roche ging, an dieser vorwerfbaren Fahrlässigkeit nichts ändern kann. Persönlich würde ich meinen, daß hier sogar davon gesprochen werden kann, daß die NBIM eindeutig

vorsätzlich gehandelt hat, um die Marktstruktur zu konservieren und auf diese Weise ihren Marktanteil zu halten.

Dagegen wird der Umstand zu berücksichtigen sein, daß zwei untergeordnete Teile von Artikel 1 der Entscheidung, wie ich dargelegt habe, aufgehoben werden müssen. Da jeder dieser Teile in wirtschaftlicher Hinsicht völlig nebensächlich, das zu Recht beanstandete Verhalten dagegen gravierend ist, schlage ich vor, die verhängte Geldbuße auf 500 000 ECU bzw. den entsprechenden Betrag in Gulden herabzusetzen.

## 8. Ergebnis

Abschließend beantrage ich,

1. Artikel 1 Buchstabe a letzter Satzteil und Buchstabe b der Entscheidung aufzuheben;
2. die der NBIM auferlegte Geldbuße auf 500 000 ECU herabzusetzen;
3. die Klage im übrigen abzuweisen;
4. die Parteien und die Französische Republik als Streithelferin gemäß Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung zu verurteilen, jeweils ihre eigenen Kosten zu tragen.