II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 29 maart 1994

inzake een procedure betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag

(IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN)

(Slechts de tekst in de Duitse, in de Franse en in de Nederlandse taal is authentiek)

(94/210/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren [1], laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Griekenland,

Gezien het verzoek tot vaststelling van een inbreuk, dat op 16 mei 1991 overeenkomstig artikel 10 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 door Havenondernemersvereniging SVZ is ingediend,

Na de belanghebbende ondernemingen overeenkomstig artikel 26 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 en overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 1630/69 van de Commissie van 8 augustus 1969 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 26, lid 1 en 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 [2] in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunten ten aanzien van de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op het gebied van het vervoer,

Overwegende hetgeen volgt:

[1] PB nr. L 175 van 23. 7. 1968, blz. 1.
[2] PB nr. L 209 van 21. 8. 1969, blz. 11.

EERSTE DEEL

DE FEITEN

I. Algemene gegevens

A. *De klacht van Havenondernemersvereniging SVZ*

(1) De Havenondernemersvereniging SVZ, hierna „HOV-SVZ" genoemd, een vereniging van ondernemingen die bedrijvig zijn in de haven van Rotterdam, heeft een klacht ingediend tegen

— Deutsche Bundesbahn, hierna „DB" genoemd,
— Maritime Container Network, hierna „MCN" genoemd,
— Transfracht Deutsche Transportgesellschaft mbH, hierna „Transfracht" genoemd.

(2) Deze klacht heeft betrekking op de voorwaarden van het vervoer per spoor van maritieme containers bestemd voor of afkomstig uit Duitsland, dat via een Duitse, een Belgische of een Nederlandse haven verloopt.

(3) Klaagster is de mening toegedaan dat de tarieven van DB voor het vervoer per spoor van maritieme containers tussen Duitsland en de Belgische en de Nederlandse havens aanzienlijk hoger zijn dan haar tarieven voor het vervoer van diezelfde containers via de Duitse havens.

(4) Volgens klaagster zijn deze gedragingen gericht op bevoordeling van het door DB verrichte vervoer en komen zij neer op misbruik van een machtspositie in strijd met artikel 86 van het Verdrag.

(5) Bovendien is klaagster van mening dat de overeenkomst betreffende MCN tussen DB, de Nederlandse Spoorwegen, hierna „NS" genoemd, de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, hierna „NMBS" genoemd, Intercontainer en Transfracht voor het vervoer van maritieme containers een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vormt.

B. *Bijzondere kenmerken van de sector containervervoer*

(6) In het internationale goederenvervoer wordt steeds meer van containers gebruik gemaakt.

(7) De containers die in het zeevervoer worden gebruikt, hebben specifieke technische kenmerken, waardoor zij met name op een aantal niveaus in de schepen kunnen worden geladen.

Deze containers, hierna „maritieme containers" genoemd, worden voornamelijk over zee vervoerd, maar moeten daarvóór en daarna over land worden vervoerd, na overslag in een zeehaven.

(8) In bepaalde gevallen leveren de reders een dienst „van-deur-tot-deur", die de gehele vervoersweg omvat, met inbegrip van het gedeelte over land. In deze gevallen kopen de reders deze vervoerdiensten in het algemeen van onafhankelijke ondernemingen en verkopen zij deze door in het kader van een algemene dienst.

(9) Dit vervoer over land wordt voor de reders of verladers door ondernemingen in het wegvervoer, in de binnenvaart of in het gecombineerde vervoer verricht.

(10) In de sector gecombineerd goederenvervoer, en met name het vervoer over land van maritieme containers, verkopen de spoorwegondernemingen hun vervoerdiensten niet rechtstreeks aan de verladers, behalve in uiterst zeldzame gevallen voor zeer grote zendingen.

(11) De diensten van gecombineerd vervoer worden door ondernemingen in het gecombineerde vervoer aan de verladers aangeboden en verkocht. Het gaat hierbij om vervoersondernemingen die over specifiek materieel beschikken : installaties voor goederenbehandeling en speciale wagons. Deze ondernemingen benaderen hun klanten, vervoeren goederen in complete treinen of in afzonderlijke zendingen, verzorgen de administratieve en douaneprocedures bij overgang van de grenzen en garanderen de aankomst van de lading op de plaats van bestemming.

(12) Hiertoe moeten deze ondernemingen echter vervoerdiensten en toegang tot de infrastructuur van de spoorwegondernemingen kopen, welke ondernemingen deze diensten als enige kunnen leveren.

C. *De betrokken ondernemingen*

a) De spoorwegondernemingen

(13) DB, NS en NMBS zijn nationale spoorwegondernemingen die werkzaam zijn in, respectievelijk, Duitsland, Nederland en België.

Sinds 1 januari 1994 zijn DB en de Deutsche Reichsbahn opgegaan in de Deutsche Bahn AG, die rechtsopvolgster van DB is.

b) De ondernemingen in het gecombineerde vervoer

(14) Intercontainer is een gemeenschappelijke dochteronderneming van 24 Europese spoorwegondernemingen en is belast met de organisatie en de verkoop van internationale containervervoerdiensten.

Juridisch betreft het hier een in 1967 opgerichte coöperatieve vennootschap naar Belgisch recht met zetel te Brussel. Intercontainer is op de markt als vervoerder werkzaam en zij koopt daartoe van de spoorwegondernemingen de nodige spoorvervoerdiensten.

(15) Tot 1990 was Intercontainer uitsluitend werkzaam in het marktsegment maritieme containers en wissellaadbakken in het internationale verkeer. Sinds 1991 opereert zij in alle marktsegmenten : containers, wissellaadbakken, aanhangwagens en opleggers, in zowel het nationale als het internationale verkeer.

(16) Transfracht

Transfracht is voor 80 % in handen van DB. De rest van het aandelenkapitaal behoort toe aan Deutsche Verkehrsbank AG, op haar beurt een dochteronderneming van DB. Transfracht is op de markt als vervoerder werkzaam, waarbij zij eveneens van spoorwegondernemingen de nodige spoorvervoerdiensten koopt.

D. *De reglementering waarbinnen de spoorwegondernemingen werkzaam zijn*

(17) Tot en met 31 december 1992 beschikten de nationale spoorwegondernemingen elk over een door de overheid in hun Lid-Staat voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur en voor het verrichten van vervoerdiensten per spoor verleend monopolie.

Een in een Lid-Staat gevestigde spoorwegonderneming had derhalve voor de exploitatie van internationale diensten geen enkel recht van toegang tot de infrastructuren in de andere Lid-Staten.

(18) De marktvoorwaarden zijn sinds 1 januari 1993 gewijzigd met de implementering van Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (1). Bij deze richtlijn wordt de spoorwegondernemingen onder bepaalde voorwaarden een recht van toegang tot infrastructuren van andere Lid-Staten dan de Lid-Staat van vestiging toegekend, met name voor het internationale gecombineerde vervoer.

(19) De onderhavige procedure heeft betrekking op feiten die voorafgaan aan de implementering van deze richtlijn, waarvan de bepalingen hier dus niet in aanmerking kunnen worden genomen. De Commissie merkt op dat de implementering van deze richtlijn aan het mededingingsbeperkende karakter van de in het navolgende omschreven gedragingen hoe dan ook niets af zou doen.

E. *Economische gegevens*

(20) De verwerking van containers door de belangrijkste havens die zich tussen Hamburg en Antwerpen bevinden, gaf de laatste jaren het volgende beeld te zien :

Periode 1986-1990

(× 1 000 TEU (Twenty Foot Equivalent Units))

	1986	1987	1988	1989	1990	Ontwikkeling 1986-1990
Hamburg	1 246	1 451	1 620	1 750	1 969	+ 58 %
Bremen	1 000	1 055	1 138	1 249	1 163	+ 16 %
Rotterdam	2 897	2 839	3 268	3 617	3 666	+ 26 %
Antwerpen	1 313	1 437	1 470	1 474	1 580	+ 20 %
Totaal	6 456	6 782	7 496	8 090	8 378	+ 30 %

(21) Het totale vervoer van maritieme containers met als bestemming of van herkomst uit Duitsland, beliep in 1987 1,4 miljoen containers, waarvan er 550 000 in Duitse havens en 860 000 in Belgische of in Nederlandse havens werden overgeslagen.

(22) Het relatieve aandeel van de verschillende vervoermiddelen in het vervoer over land van deze 1,4 miljoen containers bedroeg in 1987/1988 :

	Duitse havens/ Duitsland	Belgische en Nederlandse havens/Duitsland
Wegvervoer	[...] (1)	[...]
Binnenvaart	[...]	[...]
Gecombineerd vervoer per spoor	[...]	[...]

(1) In de voor bekendmaking bestemde versie van deze beschikking zijn enige gegevens weggelaten, conform de bepalingen van artikel 28 van Verordening (EEG) nr. 1617/68.

(23) Het door de belangrijkste ondernemingen in het gecombineerde vervoer verzorgde vervoer gaf het volgende beeld te zien :

DOOR INTERCONTAINER VERVOERDE CONTAINERS

(in TEU)

	1988 (april-december)	1989	1990	1991	Ontwikkeling 1991/1989 (%)
Belgische havens/ Duitsland	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Duitsland/Belgische havens	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nederlandse havens/Duitsland	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Duitsland/ Nederlandse havens	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Totaal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(24) DOOR TRANSFRACHT VERVOERDE CONTAINERS

(tussen de Duitse havens en Duitsland)

(in aantal containers)

	1988	1989	1990	1991	Ontwikkeling 1991/1989 (%)
Volle containers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Lege containers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Totaal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

II. De MCN-overeenkomst

(25) Bij de organisatie van het vervoer van maritieme containers met als bestemming of van herkomst uit Duitsland zijn drie spoorwegondernemingen (voor de levering van noodzakelijke spoordiensten zoals tractie, toegang tot de infrastructuur en internationale coördinatie van deze diensten) en twee ondernemingen in het gecombineerde vervoer betrokken.

(1) PB nr. L 237 van 24. 8. 1991, blz. 25.

(26) Wat het vervoer vanaf de Duitse havens betreft, levert DB alle voornoemde spoordiensten.

(27) Bij het vervoer vanaf de Belgische en de Nederlandse havens levert DB de spoordiensten op het Duitse grondgebied en levert NMBS of NS deze diensten op haar respectieve grondgebied.

(28) Wat de vervoerders betreft, verzorgde Transfracht tot in 1987 reeds zelf al het gecombineerde vervoer per spoor van maritieme containers in Duitsland dat via een Duitse haven verliep.

(29) Op haar beurt verzorgde Intercontainer het internationale vervoer van maritieme containers van herkomst uit of met als bestemming Duitsland dat via een Belgische of een Nederlandse haven verliep.

(30) Op 1 april 1988 ondertekenden DB, NS, NMBS, Intercontainer en Transfracht een overeenkomst tot oprichting van MCN.

Bij deze overeenkomst werd een samenwerking tussen partijen tot stand gebracht bij het vervoer per spoor van maritieme containers van herkomst uit of met als bestemming Duitsland dat via een Duitse, een Nederlandse of een Belgische haven verloopt.

(31) Het protocol van overeenkomst voorziet niet in de oprichting van een afzonderlijke rechtspersoon, maar in de instelling van twee coördinerende structuren : een „Steering Committee" en een „Gemeenschappelijk Bureau".

(32) Het „Steering Committee" is samengesteld uit zes door partijen bij de overeenkomst benoemde leden. Drie daarvan worden voorgedragen door Transfracht en drie door Intercontainer. In het protocol van overeenkomst is bepaald dat onder de door Intercontainer voorgedragen leden een afgevaardigde van NMBS en een van NS worden benoemd en dat onder de door Transfracht voorgedragen leden drie afgevaardigden van DB en van Transfracht zelf worden benoemd.

Dit „Steering Committee" is het besluitvormings- en toezichthoudend orgaan van MCN. Het bepaalt het algemene beleid van MCN, in het bijzonder met betrekking tot de aangeboden diensten en de prijzen.

(33) Het „Gemeenschappelijk Bureau" is het bij de overeenkomst ingestelde beheersorgaan, dat door Transfracht in Frankfurt wordt beheerd. Het bestaat uit een door het „Steering Committee" aangewezen hoofd en door Transfracht en Intercontainer aangewezen medewerkers.

(34) Volgens punt 10 van het protocol van overeenkomst „wordt het Gemeenschappelijk Bureau door de overeenkomstsluitende partijen beschouwd als een gemeenschappelijke organisatie van Transfracht en Intercontainer, met als taak om, wat produktie, aankoop en verkoop betreft, de diensten in hun naam en voor hun rekening en verantwoordelijkheid te verwezenlijken en te verhandelen op de in titel II gedefinieerde geografische markt" (vertaling), waarmee bedoeld wordt het via de Belgische, de Nederlandse en de Westduitse havens verlopende vervoer van maritieme containers afkomstig uit of bestemd voor plaatsen in de oude Bondsrepubliek en naderhand ook uit en voor plaatsen in de voormalige Duitse Democratische Republiek.

(35) Het Gemeenschappelijk Bureau is rechtstreeks belast met de aankoop, de tarifering, de verkoop en het volgen van de vervoerdiensten.

De overige taken, met name facturering, inning, klachtenbehandeling en marketing, zijn verdeeld over Intercontainer, die het vervoer van en naar de Belgische en de Nederlandse havens, en Transfracht, die het vervoer van en naar de Duitse havens verzorgt.

(36) Bij internationaal vervoer verkoopt het Gemeenschappelijk Bureau de diensten voor rekening van Intercontainer, maar de facturering gebeurt rechtstreeks door Intercontainer.

III. Het prijsbeleid ten aanzien van het vervoer per spoor van containers van herkomst uit of met als bestemming Duitsland dat via een Duitse, een Belgische of een Nederlandse haven verloopt

A. *De vaststelling van de tarieven*

(37) Tijdens de procedure hebben de vertegenwoordigers van Transfracht verklaard dat de tariefgrondslag voor het meer havens omvattende aanbod is vastgesteld volgens de tariefstructuur van het „InGrid"-model, dat vroeger door Transfracht op Duits binnenlands vervoer werd toegepast.

(38) Deze tariefregeling was gebaseerd op een geografische verdeling van Duitsland in 144 zones, met één enkele vervoerprijs voor alle vertrek- of bestemmingspunten binnen elk van die zones (kaart in bijlage 1).

De opzet van deze regeling berustte op drie beginselen : neutraliteit ten aanzien van de aard van de goederen, neutraliteit ten aanzien van de klant en neutraliteit ten aanzien van de haven.

(39) Transfracht heeft naar aanleiding van een verzoek om inlichtingen bij schrijven van 20 december 1991 aan de Commissie uiteengezet dat „de neutraliteit ten aanzien van de haven wordt gewaardborgd door het „InGrid"-systeem, waarbij West-Duitsland in 144 zones wordt verdeeld. Voor alle vertrek- en bestemmingspunten van een zone geldt een en dezelfde nettoprijs, die afhangt van de afstand tussen deze zone en de havens van Noord-Duitsland, meer in het bijzonder Hamburg.

Vanzelfsprekend wordt bij de eigenlijke vaststelling van de prijzen rekening gehouden met de concurrentiesituatie. Voor het vervoer van containers van 20 voet heeft de trein bij voorbeeld technische voordelen ten opzichte van de vrachtwagen, waardoor Transfracht haar klanten bijzondere aanbiedingen kan doen. Containers van 40 voet zijn daarentegen gemakkelijk per vrachtwagen te vervoeren, waardoor Transfracht slechts een zeer geringe flexibiliteit ten aanzien van de prijs heeft." (vertaling).

(40) In april 1988 werd het „InGrid"-tariefsysteem uitgebreid tot het verkeer tussen Duitsland en de Belgische en de Nederlandse havens. Op 1 juli 1991 volgde de uitbreiding tot de voormalige Duitse Democratische Republiek en kwamen er 65 zones in de plaats van de 144 tariefzones (kaart in bijlage 2).

(41) Later in de procedure hebben de vertegenwoordigers van DB en Transfracht verklaard dat het niveau van de in het kader van MCN gebezigde verkoopprijzen tevens afhing van de produktiekosten, en meer in het bijzonder van drie factoren:

— het aantal vervoerde containers en de mogelijkheid om complete treinen in te zetten,

— de kwaliteit van de spoorweginfrastructuur in de havens,

— het tot bijkomende kosten leidende overschrijden van grenzen.

B. *De in het kader van MCN toegepaste tarieven*

(42) De tabellen in de bijlagen 3 tot en met 9 geven voor een reeks belangrijke verbindingen de tarieven voor het vervoer via de havens van het noorden en via die van het westen weer.

(43) De betrokken havens in het westen zijn Antwerpen en Rotterdam en die in het noorden zijn Hamburg, Bremen en Bremerhaven.

(44) Wat de havens in het noorden betreft, liepen de tarieven van Hamburg, Bremen en Bremerhaven van 1 juli 1990 tot 30 september 1990 uiteen. Sinds 1 oktober 1990 geldt voor deze drie havens hetzelfde tarief.

(45) De tarieven vanaf de havens van Rotterdam en Antwerpen zijn sinds 1 juli 1990 identiek.

TWEEDE DEEL

JURIDISCHE BEOORDELING

I. Artikel 85 van het Verdrag

A. *Het begrip „overeenkomst"*

(46) Bij het tussen DB, NMBS, NS, Intercontainer en Transfracht gesloten MCN-„protocol van overeenkomst" wordt tussen deze ondernemingen een samenwerking tot stand gebracht voor de levering van diensten op het gebied van het vervoer van maritieme containers. In weerwil van de gebezigde terminologie is daarin een werkelijke wilsovereenstemming van partijen vervat en gaat het hier derhalve om een overeenkomst in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

B. *De betrokken ondernemingen*

(47) De betrokken spoorwegondernemingen DB, NS en NMBS zijn ondernemingen die personen en goederen per spoor vervoeren.

Het zijn ondernemingen in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

(48) Intercontainer is een coöperatieve vennootschap die werkzaam is in het gecombineerde goederenvervoer.

Het betreft hier eveneens een onderneming in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

(49) Transfracht is een vennootschap naar Duits recht die gecombineerd goederenvervoer verzorgt. Ook Transfracht is een onderneming in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

C. *De betrekkingen tussen Transfracht en DB*

(50) Transfracht is deels dochteronderneming van DB, deels van Deutsche Verkehrsbank AG, die op haar beurt een dochteronderneming van DB is. Deze drie ondernemingen vormen uit dien hoofde een door DB gecontroleerd „concern", waarbinnen Transfracht bij het bepalen van haar beleidslijn op de markt geen wezenlijke autonomie geniet.

(51) Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie [1] valt deze overeenkomst derhalve op het punt van de betrekkingen tussen Transfracht en DB niet onder artikel 85 van het Verdrag.

D. *De markt*

a) De betrokken diensten

(52) De onderhavige zaak heeft betrekking op het vervoer over land van maritieme containers van herkomst uit of met als bestemming Duitsland dat via een Belgische, een Nederlandse of een Duitse haven verloopt. Deze diensten worden door de ondernemingen in het wegvervoer, de binnenvaart en het gecombineerde vervoer aan de reders of verladers geleverd, volgens de in de overwegingen 6 tot en met 12 beschreven wijze.

[1] Met name het arrest van 31 oktober 1974 in zaak 15/74 (CentraFarm/Sterling Drug), Jurisprudentie 1974, blz. 1147.

(53) Tijdens de procedure hebben bepaalde partijen de stelling verdedigd dat de betrokken dienstenmarkt niet enkel die van het vervoer over land zou zijn, maar een grotere markt zou omvatten, waartoe alle dienstverrichtingen behoren, met inbegrip van het gedeelte over zee.

(54) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie (1) impliceert het begrip „markt" in de context van de mededingingsregels dat de produkten of diensten die daartoe behoren, onderling daadwerkelijk kunnen concurreren.

(55) Het staat vast dat de spoorwegondernemingen en de rederijen in twee verschillende stadia van een economisch proces werkzaam zijn en bij de levering van vervoerdiensten niet met elkaar concurreren.

(56) Derhalve moet worden geconcludeerd dat de door partijen verdedigde stelling ongegrond is.

(57) Tijdens de procedure hebben andere partijen aangevoerd dat de bij deze zaak betrokken dienstenmarkt niet slechts die van het containervervoer is, maar ook die van het goederenvervoer over land, dat met name het vervoer van granen, kolen en staal omvat.

(58) In dit opzicht moet worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in zijn arrest van 9 november 1983 (Michelin/Commissie) (2) voor recht heeft verklaard dat „bij het onderzoek, of een onderneming eventueel een machtspositie op een bepaalde markt bezit, de concurrentiemogelijkheden moeten 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.".

(59) In het onderhavige geval is de Commissie van mening dat de goederenvervoerdiensten per maritieme container niet kunnen worden vervangen door vervoerdiensten zonder containers en een afzonderlijke markt vormen. Dit bijzondere kenmerk heeft de laatste jaren aan belang gewonnen door het algemeen worden van lijnvaartdiensten per container. Deze vervoerwijze levert in vergelijking met het traditionele vervoer een belangrijk produktiviteitsvoordeel op; volgens bepaalde studies (3) zou het produktiviteitsvoordeel tussen 1 en 3 liggen, of zelfs tussen 1 en 7 voor wat de havenverrichtingen betreft, die veel sneller kunnen gebeuren, waardoor de ligtijd van de schepen wordt verkort.

(60) Hieruit volgt dat bulkvervoer per charterschepen van voor containervervoer geschikte goederen niet langer een economisch haalbare oplossing is.

b) De geografische markt

(61) Voor het bepalen van een geografische markt dienen de volgende elementen in aanmerking te worden genomen.

(62) De belangrijkste Duitse, Nederlandse en Belgische havens Hamburg, Bremen, Bremerhaven, Rotterdam en Antwerpen zijn toegerust voor de behandeling van grote aantallen maritieme containers.

(63) Vanwege de Europese geografische configuratie liggen bepaalde Duitse plaatsen dichter bij Belgische of Nederlandse havens dan bij Duitse havens.

(64) De havens van deze drie Lid-Staten zijn door talrijke spoorlijnen en autowegen met de belangrijkste Duitse plaatsen verbonden.

(65) De conferences die in de Duitse, de Belgische of de Nederlandse havens maritieme containers laden of lossen, passen dezelfde vervoerprijs toe ongeacht de haven, omdat zij de havens van deze drie Lid-Staten als onderling vervangbaar beschouwen.

(66) Wanneer de reders een dienst „van-deur-tot-deur" verrichten en hiertoe vervoerdiensten per spoor kopen, worden deze diensten geleverd door ondernemingen in het gecombineerde vervoer, die het gehele traject per spoor voor hun rekening nemen, ongeacht het aantal spoorwegondernemingen, van welke laatste de betrokkenheid beperkt blijft tot het verkopen van tractie aan de vervoersondernemingen. Voor de reders is het daarom niet van belang of bij het vervoer per spoor tussen een Belgische of Nederlandse haven en een Duitse plaats één dan wel meer spoorwegondernemingen betrokken zijn.

(67) Evenzo is het voor de wegvervoerders om het even of zij maritieme containers tussen een Duitse plaats en een Duitse haven of tussen deze plaats en een Belgische of Nederlandse haven vervoeren.

(68) De verlader of reder die vervoer over land tussen een Duitse plaats en een haven van lading koopt, kiest de vervoerwijze en de route die de beste voorwaarden biedt, ongeacht de politieke grenzen.

(69) Daarnaast moet de door bepaalde spoorwegondernemingen gemaakte analyse die uit de door de Commissie tijdens het onderzoek ontvangen documenten naar voren komt, in aanmerking worden genomen.

(1) Met name het arrest van 13 februari 1979 in zaak 85/76, (Hoffmann La Roche/Commissie), Jurisprudentie 1979, blz. 461.
(2) Zaak 322/81, Jurisprudentie 1983, blz. 3461.
(3) Zie met name S. Gilman en M. Graham : The Case for a conference rate making authority in the inland sector (juli 1990).

(70) Zo heeft Transfracht aan de Commissie in antwoord op een verzoek om inlichtingen op 20 december 1991 een schrijven gericht waarin met name wordt verklaard :

„Overeenkomstig lid 2 van het protocol van overeenkomst is MCN actief op de markt van het vervoer van de Bondsrepubliek Duitsland van en naar de havens van de sector Hamburg-Antwerpen. In dit verband lijkt het nuttig het begrip sector Hamburg-Antwerpen en de betekenis van deze havens voor het vervoer van grote maritieme containers nader toe te lichten.

Zoals de uitdrukking laat raden, omvat de sector Hamburg-Antwerpen alle zeehavens die zich geografisch tussen Hamburg en Antwerpen langs de Europese kust bevinden. Vanuit het oogpunt van het containervervoer over zee vormen deze Europese havens een uniforme zone van bestemming.

Volgens de „Conference Rules" van de grote containervervoerders wordt voor het vervoer vanaf een overzeese haven naar een haven van de sector Hamburg-Antwerpen een uniforme prijs in rekening gebracht.

Voor de grote rederijen, die een aanzienlijke invloed hebben op de structuur van het containervervoer op het Europese continent, is het uitermate belangrijk dat deze havens, die wat de prijs betreft als gelijkwaardig worden beschouwd, vanuit logistiek oogpunt als communicerende vaten functioneren. Het traject van een containerschip dat in Europa aankomt, is een goed voorbeeld : het schip legt eerst aan in een van de havens van de sector Hamburg-Antwerpen om een deel van zijn lading te lossen en, indien mogelijk, de nieuwe, eventueel lege, containers te laden. Terwijl het schip zijn weg vervolgt naar een andere haven van de sector Hamburg-Antwerpen, moeten de in de eerste haven geloste containers zoveel mogelijk naar hun bestemmingen in Europa worden vervoerd, aldaar geleegd worden en leeg of misschien zelfs met een nieuwe lading naar een tweede haven van de sector Hamburg-Antwerpen worden teruggezonden. Wanneer de logistieke coördinatie goed werkt, lost het schip bij aankomst in deze tweede haven de rest van zijn lading en laadt vervolgens de inmiddels teruggekeerde containers. De mate van precisie die voor deze coördinatie noodzakelijk is, blijkt uit het feit dat het merendeel van de rederijen voor hun schepen uitgaat van ligtijden van minder dan twaalf uur. Gelet op de exploitatiekosten van een containerschip, die 40 000 tot 80 000 US $ per dag kunnen belopen, is het natuurlijk begrijpelijk dat de onderneming haar containerschip optimaal gebruikt." (vertaling).

(71) Uit de voorgaande overwegingen moet derhalve worden geconcludeerd dat de relevante geografische markt in deze zaak de grondgebieden van Duitsland, België en Nederland beslaat waarop de drie spoorwegondernemingen en de beide ondernemingen in het gecombineerde vervoer bedrijvig zijn en die een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen.

E. *De beperkingen van de mededinging*

(72) Het vervoer per spoor van maritieme containers die over zee met als bestemming Duitsland worden aangevoerd of die de route in de omgekeerde volgorde volgen, kan over verschillende trajecten gaan :

— vanaf de zogenoemde „Noordhavens", dit wil zeggen de Duitse havens,

— vanaf de zogenoemde „Westhavens", dit wil zeggen de Belgische en de Nederlandse havens.

(73) Bij het vervoer vanaf de Duitse havens zijn slechts de ondernemingen van de door DB en Transfracht gevormde groep betrokken. DB levert de onontbeerlijke spoordiensten voor het volledige vervoer in Duitsland en Transfracht draagt zorg voor het gecombineerde vervoer.

(74) Bij het vervoer vanaf de Belgische of de Nederlandse havens zijn noodzakelijkerwijs voor de levering van spoordiensten aan de vervoerders twee spoorwegondernemingen betrokken :

— bij het vervoer vanaf een Nederlandse haven : NS en DB,

— bij dat vanaf een Belgische haven : NMBS en DB.

Elke spoorwegonderneming ontvangt slechts het gedeelte van de opbrengst dat overeenkomt met de door haar geleverde diensten.

Het gecombineerde vervoer wordt verricht door een vervoerder, in het onderhavige geval uitsluitend Intercontainer.

(75) Dat elke spoorwegonderneming tot 31 december 1992 op haar spoorlijnen over een monopolie beschikte, sluit het bestaan van mededinging op andere niveaus niet uit.

(76) Allereerst is concurrentie mogelijk tussen spoorwegondernemingen die als vervoerders kunnen optreden door hun vervoerdiensten rechtstreeks aan verladers of reders te verkopen. Hoewel NMBS en NS bij de levering van deze diensten met DB moeten samenwerken, heeft elke spoorwegonderneming er een rechtstreeks belang bij deze voor het gehele of ten minste een gedeelte van het traject tussen de Noordzee en de plaatsen in Duitsland te leveren.

(77) Deze potentiële concurrentie bestaat op overeenkomstige wijze ook tussen de spoorwegondernemingen die rechtstreeks als vervoerder optreden, enerzijds, en de vervoerders Transfracht en Intercontainer, anderzijds. Slechts tussen DB en haar dochteronderneming Transfracht bestaat deze potentiële concurrentie niet.

(78) Tenslotte is er sprake van potentiële concurrentie tussen de ondernemingen in het gecombineerde vervoer, die in technisch opzicht zowel vanaf de Noord- als vanaf de Westhavens kunnen vervoeren.

(79) Het bestaan van deze concurrentie blijkt uit een „Nota aan de bestuurders van Intercontainer", van 25 februari 1986, die is opgesteld voor de raad van bestuur van deze onderneming en waarin het volgende wordt verduidelijkt :

„Samenvatting van de situatie

Het vervoer over zee van grote containers tussen

— bestemmingen in de Bondsrepubliek Duitsland enerzijds en

— de Belgische, de Nederlandse en de Westduitse zeehavens anderzijds,

wordt gekenmerkt door

a) concurrentie tussen de wijzen van vervoer (spoor, weg, binnenwateren) en

b) concurrentie tussen de vervoerstrajecten, dit wil zeggen tussen de verbindingen van en naar

— de zogenoemde „Westhavens", met name Rotterdam en Antwerpen,

— de zogenoemde „Noordhavens", met name Bremerhaven en Hamburg." (vertaling).

(80) Van het bestaan van deze mededinging getuigen ook de verklaringen die NS heeft gedaan tijdens de tweede bijeenkomst van de „Groep van verantwoordelijken voor het gecombineerde vervoer", welke op 1 september 1987 in Parijs werd gehouden en waarvan de notulen met name het volgende vermelden :

„De maritieme containermarkt is financieel rendabel en derhalve interessant voor NS ([...] % van het vervoer en [...] % van haar omzet), maar het marktaandeel is gering ([...] % in Rotterdam, [...] % in de Bondsrepubliek Duitsland). Hoewel het de taak van Intercontainer is om het commerciële beleid te bepalen, wordt door NS en BD gezamenlijk gestudeerd op specifieke maatregelen om de steriele mededinging op de Duitse markt tussen Transfracht (Duitse havens) en Intercontainer (Rotterdam) te beperken : een in Frankfurt gevestigd gemeenschappelijk orgaan zal aanbieders van lading een totaalaanbod doen ten gunste van het maximale spoorwegtraject." (vertaling).

(81) Krachtens de tussen DB, NMBS, NS, Intercontainer en Transfracht gesloten samenwerkingsovereenkomst draagt het Gemeenschappelijk Bureau van MCN zorg voor het organiseren en het aanbieden op de markt van diensten voor het vervoer van maritieme containers per spoor vanaf de havens van de sector Hamburg-Antwerpen naar Duitsland en omgekeerd.

(82) Door bemiddeling van dit gemeenschappelijke orgaan bieden partijen bij de overeenkomst dus dezelfde prestatie aan op basis van onderling overeengekomen tarieven en belast Intercontainer zich met het vervoer van of naar de Westhavens en verzorgt Transfracht het vervoer van of naar de Noordhavens.

(83) Hieruit volgt dat de MCN-overeenkomst tot doel en ten gevolge heeft de bestaande of potentiële mededinging tussen Intercontainer en Transfracht bij het verkopen van diensten van gecombineerd vervoer aan maritieme verladers en reders te doen wegvallen.

Zonder deze overeenkomst zouden de maritieme verladers en reders immers de concurrentie tussen deze twee vervoerders kunnen laten werken en de vervoerder kunnen kiezen die in termen van kwaliteit en prijs de beste dienst biedt.

(84) Door de oprichting van een gemeenschappelijk orgaan voor de verkoop wordt deze bron van mededinging uitgeschakeld.

(85) De oprichting van dit gemeenschappelijke orgaan heeft eveneens tot doel en ten gevolge dat de bestaande of potentiële mededinging tussen de spoorwegondernemingen bij de rechtstreekse verkoop van diensten van gecombineerd vervoer aan maritieme verladers of reders beperkt wordt.

(86) De MCN-overeenkomst heeft eveneens tot doel en ten gevolge het beperken van de bestaande of potentiële mededinging tussen enerzijds de spoorwegondernemingen en anderzijds Intercontainer en Transfracht bij de rechtstreekse verkoop van vervoerdiensten aan maritieme verladers en reders.

(87) De MCN-overeenkomst verleent tevens aan Transfracht en Intercontainer een belangrijk concurrentievoordeel vanwege de bevoorrechte betrekkingen die krachtens de overeenkomst worden aangegaan met de spoorwegondernemingen die het vervoer per spoor leveren, waarvan de prijs een wezenlijk deel van de uiteindelijke verkoopprijs van de vervoerders uitmaakt. De overeenkomst stelt Intercontainer en Transfracht tevens in staat zich te onttrekken aan de risico's van een actieve onderlinge concurrentie en plaatst deze ondernemingen in een sterkere positie ten opzichte van andere concurrenten.

(88) Hieruit volgt dat de MCN-overeenkomst eveneens tot gevolg heeft dat de mededinging op de relevante markt beperkt wordt, omdat de toegang tot deze markt voor nieuwe concurrenten die niet over dezelfde voordelen als Transfracht en Intercontainer beschikken, hierdoor wordt bemoeilijkt.

(89) De tussen DB, NMBS, NS, Transfracht en Intercontainer gesloten overeenkomst tot oprichting van MCN heeft derhalve beperking van de mededinging op de markt van het vervoer van maritieme containers over land tussen Duitsland en de tussen Antwerpen en Hamburg gelegen havens tot doel en ten gevolge, zulks in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

F. *Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten*

(90) De bewuste overeenkomst heeft betrekking op de voor het vervoer van maritieme containers binnen Duitsland en tussen Duitsland en de Belgische en de Nederlandse havens geldende voorwaarden.

Deze overeenkomst heeft rechtstreekse gevolgen voor de mogelijkheden van vervoer van maritieme containers, die de verladers worden geboden. Zij heeft tevens gevolgen voor de bedrijvigheid in, respectievelijk, de Duitse, de Belgische en de Nederlandse havens, met name omdat een verlegging van de verkeersstroom bevorderd wordt. Derhalve wordt de handel tussen Lid-Staten door de overeenkomst tussen DB, NS, NMBS, Transfracht en Intercontainer ongunstig beïnvloed in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

G. *Artikel 3 van Verordening (EEG) nr. 1017/68*

(91) Uit het inleidende zinsdeel van dit artikel 3 blijkt dat het van toepassing is op overeenkomsten die uitsluitend tot doel en ten gevolge hebben :

— de toepassing van technische verbetering, of

— de technische samenwerking,

en dat de ondernemingen voor het bereiken van deze doeleinden over de in artikel 3, onder a) tot en met g), opgesomde middelen beschikken.

In het kader van de huidige procedure moet de Commissie onderzoeken of de MCN-overeenkomst tot de toepassing van technische verbetering of de technische samenwerking strekt.

(92) Allereerst merkt de Commissie op dat partijen bij de overeenkomst in de loop van de procedure in geen enkel opzicht het bestaan van een technische verbetering hebben aangetoond waarvan de toepassing het sluiten van de MCN-overeenkomst noodzakelijk zou hebben gemaakt.

(93) Bovendien moet eraan worden herinnerd dat het besluitvormingsinstrument in het kader van MCN het „Steering Committee" is, dat de volgende taken heeft :

„1. vaststelling of wijziging van het ondernemingsbeleid op korte/middellange/lange termijn met betrekking tot het in deze overeenkomst bedoelde vervoer, met name de vaststelling of wijziging van het produktie- en het prijsbeleid ;

2. vaststelling van de beginselen met betrekking tot het aanbod van diensten ;

3. problemen van de vervoerstrajecten ;

4. keuze van en controle op de verantwoordelijke voor het Gemeenschappelijk Bureau Transfracht/Intercontainer, alsmede de nauwkeurige vastlegging in een daartoe geëigende taakomschrijving van de bevoegdheden en de taken van het in het Gemeenschappelijk Bureau werkzame personeel ;

5. periodieke balans van de werking van het Gemeenschappelijk Bureau, van de verkregen resultaten en van de daaruit te trekken gevolgen ;

6. operationele begroting van het Gemeenschappelijk Bureau." (vertaling).

De Commissie stelt vast dat deze activiteiten geen betrekking hebben op de toepassing van technische verbeteringen en evenmin op de technische samenwerking.

(94) Deze analyse wordt bevestigd in een aan de Commissie gericht schrijven van Transfracht van 20 december 1991, waarin met name wordt uiteengezet dat de werkzaamheden van MCN gericht zijn op :

„— de verkoop van vervoerdiensten op naam en voor rekening van Intercontainer en van Transfracht ;

— de verwerving van spoorvervoerdiensten en aanvullende diensten van de spoorwegondernemingen ;

— de vaststelling van een systeem van verkoopprijzen in overeenstemming met de markt ;

— de openbaarmaking van bestaande aanbiedingen ;

— het aangaan en onderhouden van goede betrekkingen met de klanten ;

— de publicitaire presentatie van de bestaande aanbiedingen ;

— de afwikkeling van de rekeningen tussen de partijen bij de overeenkomst ;

— het opstellen van een budget, van documentatie en van statistieken." (vertaling).

Geen een van deze activiteiten is op de toepassing van technische verbeteringen of op de technische samenwerking gericht.

(95) De Commissie merkt voorts op dat deze overeenkomst voornamelijk tot doel heeft de verkoopvoorwaarden met betrekking tot de door Intercontainer en Transfracht als vervoerders geleverde diensten van gecombineerd vervoer vast te stellen.

Zo een technische samenwerking in het internationale vervoer per spoor al noodzakelijk is, dan zou deze voornamelijk betrekking hebben op de levering van vervoerdiensten per spoor door elke spoorwegonderneming, een activiteit die niet onder de MCN-overeenkomst valt, welke slechts betrekking heeft op de verkoop van gecombineerd vervoer door gespecialiseerde vervoerders.

(96) Uit deze gegevens volgt dat de MCN-overeenkomst voornamelijk tot doel heeft het verkopen van diensten van vervoer van maritieme containers in het kader van een door het „Steering Committee" en het Gemeenschappelijk Bureau Transfracht/Intercontainer uitgewerkt eenvormig aanbod.

(97) De Commissie is van mening dat elke overeenkomst tussen ondernemingen voor de gemeenschappelijke verkoop van produkten of diensten rechtstreekse of onrechtstreekse gevolgen kan hebben op technisch niveau. Deze kunnen echter op zich niet ertoe leiden dat de betrokken overeenkomst onder artikel 3 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 valt. Dit artikel stelt namelijk het vereiste, dat de overeenkomst als uitsluitend doel en uitsluitend gevolg de toepassing van technische verbetering of de technische samenwerking heeft.

(98) Naar de mening van de Commissie wordt in het onderhavige geval niet aan deze voorwaarden voldaan.

H. *Artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68*

(99) Volgens de Commissie is niet aangetoond dat de instelling van een gemeenschappelijke structuur voor de verkoop van deze vervoerdiensten tot een verbetering van de kwaliteit van deze diensten zou leiden. Deze diensten werden door Transfracht en Intercontainer reeds vóór het sluiten van de overeenkomst verricht en de Commissie stelt vast dat deze vanaf eind 1992 opnieuw door de beide vervoerders worden aangeboden zonder dat de kwaliteit daarvan wijziging heeft ondergaan.

(100) Evenmin is er een verhoging van de produktiviteit der betrokken ondernemingen of een technische of economische vooruitgang aangetoond.

(101) In ieder geval is de Commissie van mening dat de door de overeenkomst opgelegde beperkingen van de mededinging aanzienlijk zijn en voor de verbetering van de kwaliteit van de diensten niet als onmisbaar kunnen worden beschouwd. De Commissie merkt in dit verband op dat, wat al het overige internationale gecombineerde vervoer in Europa betreft, verscheidene vervoerders in staat zijn hun werkzaamheden te verrichten in een concurrentiesituatie, zonder dat die situatie aan de werking van de markt afbreuk doet.

(102) Tenslotte biedt de overeenkomst de mogelijkheid de mededinging ten aanzien van al het vervoer per spoor van containers tussen Duitsland en de Duitse, de Belgische en de Nederlandse havens uit te schakelen.

Hieruit volgt dat de MCN-overeenkomst de ondernemingen de mogelijkheid biedt om op een wezenlijk deel van de betrokken vervoermarkt de mededinging uit te schakelen.

(103) Derhalve is de Commissie van mening dat aan de door artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 gestelde voorwaarden voor verlening van een vrijstelling van het verbod van mededingingsregelingen niet wordt voldaan.

I. *Artikel 22, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68*

(104) Op grond van artikel 22, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68 kan de Commissie aan ondernemingen geldboeten opleggen van ten minste 1 000 en ten hoogste 1 miljoen ecu, of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorgaande boekjaar, wanneer ondernemingen opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85 of op artikel 86 van het Verdrag; bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt rekening gehouden met de zwaarte en met de duur van de inbreuk.

(105) Tijdens de procedure hebben sommige partijen opgemerkt dat zij te goeder trouw hebben gehandeld vanuit de veronderstelling dat de MCN-overeenkomst volgens het communautaire recht geoorloofd was.

(106) In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie [1] dat „het voor het oordeel, dat opzettelijk inbreuk is gemaakt op de mededingingsregels van het Verdrag, niet noodzakelijk is dat de onderneming zich ervan bewust was, het in die regels neergelegde verbod te overtreden; het volstaat, dat zij er niet onkundig van kon zijn, dat de gewraakte handelwijze ertoe strekte, de mededinging te beperken.".

(107) De Commissie is de mening toegedaan dat de ondernemingen er, gelet op de modaliteiten van de werking van MCN, niet onkundig van konden zijn dat deze overeenkomst in feite tot doel had de mededinging tussen de verschillende op de markt actieve ondernemingen te beperken.

(108) Uit de schriftelijke en mondelinge procedure blijkt echter dat de MCN-overeenkomst door NMBS, NS en Intercontainer werd beschouwd als een poging om de tarifaire discriminatie van het vervoer vanaf de Westhavens tegen te gaan, waarvan zij sinds vele jaren het slachtoffer waren.

[1] Arrest van 8 februari 1990 in zaak C-279/87 (Tippex/Commissie), Jurisprudentie 1990, blz. I-261.

(109) Bovendien is vast komen te staan dat NMBS en NS vóór de implementering van Richtlijn 91/440/EEG geen andere oplossing hadden dan met DB voor de exploitatie van internationale vervoerdiensten per spoor een overenkomst te sluiten.

(110) Dientengevolge blijkt dat het aangaan van de MCN-overeenkomst resulteerde uit de door DB opgelegde tariefpraktijken, die in het navolgende worden onderzocht.

(111) Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat partijen de overeenkomst naar aanleiding van de mededeling van de punten van bezwaar hebben beëindigd.

(112) De Commissie is in beginsel van oordeel dat de defensieve opzet van een overeenkomst de ondernemingen niet van het opleggen van geldboeten kan vrijwaren. Omwille van hogervermelde gegevens en de bijzondere kenmerken van het onderhavige geval is de Commissie evenwel van mening dat er geen reden is om voor de inbreuk op artikel 85 geldboeten op te leggen.

II. Artikel 86 van het Verdrag

(113) Het Hof van Justitie heeft voor recht verklaard [1] dat bij het omschrijven van de relevante markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag soms onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende stadia van een economisch proces. Zo maakte het Hof in bedoelde arresten onderscheid tussen de markt van de grondstoffen voor een produkt en de afzetmarkt van dit produkt.

(114) De Commissie is van oordeel dat dit ook op het onderhavige geval van toepassing is en dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de markten waarop enerzijds DB en anderzijds de aanbieders van gecombineerd vervoer actief zijn.

A. *De markt van het vervoer per spoor in Duitsland*

(115) In verband met het bepalen van de markt waarop een onderneming mogelijkerwijs een machtspositie bekleedt, heeft het Hof van Justitie in zijn arrest Michelin gesteld:

„Er moet (...) 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" [2].

(116) Het onderzoek van de kenmerken van een sector van activiteit, om uit te maken of deze al dan niet een markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag uitmaakt, mag bijgevolg niet abstract zijn, daarbij moet daarentegen rekening worden gehouden met de omstandigheden van het concrete geval en het moet erop gericht zijn het gedrag van de betrokken onderneming aan het mededingingsrecht te toetsen.

(117) In het onderhavige geval moet eerst en vooral worden bezien binnen welk wettelijk kader de spoorwegondernemingen ten tijde van de feiten opereerden.

(118) Het kader voor het verrichten van internationale spoorvervoerdiensten is voornamelijk vastgelegd in het verdrag betreffende het internationale spoorwegvervoer (Cotif) van 9 mei 1980 met de bijlagen houdende uniforme regelen betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van reizigers en bagage (CIV) en uniforme regelen betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van goederen (CIM).

(119) Deze bepalingen zijn gebaseerd op het beginsel van de „eenheid" van de spoorwegondernemingen, waaronder moet worden verstaan dat het beheer van de infrastructuur en de vervoersactiviteit niet gescheiden zijn.

(120) Tot op 31 december 1992 bezat bijgevolg elke spoorwegonderneming in haar land een „spoorwegmonopolie": zij had de controle over zowel de infrastructuur als de tractie op die infrastructuur.

Geen enkele spoorwegonderneming kon spoorwegdiensten verrichten in het buitenland, tenzij daarvoor uit hoofde van een internationale overeenkomst een bijzondere rechtsgrondslag voorhanden was.

(121) Het monopolie van de spoorwegondernemingen belette echter andere openbare of particuliere ondernemingen niet wagons te kopen, hetzij voor eigen rekening hetzij om deze aan andere ondernemingen te verhuren. Indien die wagons aan de gestelde technische eisen voldeden, konden zij door de spoorwegondernemingen worden ingeschreven en op de netten rijden, op voorwaarde dat zij door locomotieven van de spoorwegondernemingen werden getrokken. Hierdoor ontstond concurrentie tussen de eigenaren van privé-wagons en de spoorwegondernemingen, die eveneens wagons bezitten.

[1] Zie met name het arrest van 6 maart 1974 in de gevoegde zaken 6/73 en 7/73 (Istituto chemioterapico italiano en Commercial Solvents/Commissie), Jurisprudentie 1974, blz. 223, en het arrest van 31 mei 1979 in zaak 22/78, (Hugin/Commissie), Jurisprudentie 1978, blz. 1869.

[2] Zaak 322/81, Jurisprudentie 1983, blz. 3461.

(122) In het onderhavige geval heeft DB in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar staande gehouden dat de spoorwegondernemingen, wat het goederenvervoer betreft, steeds met het wegvervoer en vaak ook met de binnenvaart concurreren en dat bijgevolg van het bestaan van één enkele markt voor goederenvervoer moet worden uitgegaan.

(123) Er zij in dit verband aan herinnerd dat het Hof van Justitie in zijn arrest Ahmed Saeed Flugreisen [1] heeft verworpen dat er één enkele markt voor het vervoer van reizigers bestaat waarop geregelde luchtdiensten, chartervluchten en spoorweg- of wegvervoer substitueerbaar zouden zijn en ook lijnvluchten op andere lijnen als vervanging in aanmerking zouden komen.

Het Hof heeft gesteld dat „bepalend is, of de bijzondere kenmerken van de lijnvlucht op een bepaalde lijn ten opzichte van de alternatieve vervoermogelijkheden zo typisch zijn, dat vervanging door die andere mogelijkheden slechts in beperkte mate mogelijk en de concurrentie ervan nauwelijks merkbaar is.".

(124) De Commissie is van oordeel dat deze redenering ook voor het goederenvervoer opgaat en dat de concurrentie niet globaal kan worden beoordeeld. Voor de concurrentiesituatie is met name bepalend of er daadwerkelijk concurrerende vervoermogelijkheden bestaan. Zo staat vast dat er van concurrentie van de binnenvaart slechts sprake kan zijn op trajecten met efficiënte waterwegen.

(125) In de onderhavige zaak moet hoe dan ook worden onderzocht waarin de diensten van de spoorwegondernemingen juist bestaan en aan wie deze diensten worden verkocht.

(126) Op het gebied van het gecombineerde goederenvervoer verkopen de spoorwegondernemingen slechts in uitzonderlijke gevallen hun diensten rechtstreeks aan de verladers, reders of expediteurs.

(127) De diensten van de spoorwegondernemingen bestaan hoofdzakelijk in het leveren van een locomotief met bestuurder, het verlenen van toegang tot de spoorweginfrastructuur en het zorgen voor de internationale coördinatie van deze diensten tussen de verschillende betrokken ondernemingen.

(128) De verkoop aan de verladers, reders of anderen geschiedt via ondernemingen die gecombineerde vervoerdiensten verrichten en verhandelen. Deze ondernemingen gebruiken eigen of gehuurde wagons en kopen de noodzakelijke spoorwegdiensten, zoals hierboven beschreven, van de spoorwegondernemingen.

(129) Deze diensten zijn in feite die waarop de spoorwegondernemingen tot en met 31 december 1992 een wettelijk monopolie hadden, zoals beschreven in de overwegingen 53 tot en met 57.

(130) De spoorwegondernemingen en de aanbieders van gecombineerd vervoer zijn dus niet in hetzelfde stadium van het economische proces bedrijvig. De aanbieders van gecombineerd vervoer bewegen zich op de markt van het goederenvervoer over land, waar zij ten dele met de andere wijzen van vervoer concurreren. De spoorwegondernemingen daarentegen zijn actief op een stroomopwaarts gelegen markt, namelijk die voor de levering van spoorwegdiensten (tractie, toegang tot de infrastructuur, internationale coördinatie) aan de vervoerders.

(131) Er zij in dit verband op gewezen dat de spoorwegondernemingen van de Gemeenschap in 1992 met elkaar een overeenkomst hebben gesloten waarbij voor de verkoop van deze spoorwegdiensten — tractie, toegang tot de infrastructuur en internationale coördinatie — aan de aanbieders van gecombineerd vervoer een gemeenschappelijke tariefstructuur is ingesteld. In de overeenkomst is de structuur voor het bepalen van de aan de vervoerders te berekenen verkoopprijzen vastgelegd en is voor de bijkomende kosten een forfaitair tarief van 1 % van de verkoopprijs vastgesteld. De Commissie heeft bij Beschikking 93/174/EEG [2] een ontheffing voor deze overeenkomst verleend.

(132) Dat de spoorwegondernemingen het nodig hebben geacht een dergelijke overeenkomst te sluiten, bewijst dat zij zich zelf op deze markt van voor vervoersondernemingen noodzakelijke spoorwegdiensten bewegen.

(133) De Commissie heeft voorts overeenkomstig artikel 12, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68 de essentiële inhoud van de aanmelding van een overeenkomst tussen ondernemingen in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekendgemaakt [3].

(134) Deze aanmelding betreft een overeenkomst tussen British Rail, SNCF en Intercontainer tot oprichting van een gemeenschappelijke dochteronderneming, Anglo Continental Intermodal, hierna „ACI" genoemd. ACI zal in het verkeer tussen het Verenigd Koninkrijk en het Europese continent via de Kanaaltunnel speciaal gecombineerd vervoer aanbieden. ACI zal van de spoorwegondernemingen in de bediende Lid-Staten de noodzakelijke spoorwegdiensten kopen.

[1] Arrest van 11 april 1989 in zaak 66/86, Jurisprudentie 1989, blz. 803.

[2] PB nr. L 73 van 26. 3. 1993, blz. 38.
[3] PB nr. C 57 van 27. 2. 1993, blz. 5.

(135) Als argument tot staving dat artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 van toepassing is, stellen partijen onder meer dat de overeenkomsten „de vraag naar vervoer per spoor door de Kanaaltunnel (zullen) stimuleren en (...) de toegang tot de goederenvervoermarkt tussen het Verenigd Koninkrijk en het continent voor nieuwe concurrenten op intermediair niveau (zullen) vergemakkelijken." (vertaling).

(136) De spoorwegondernemingen blijken dus zelf onderscheid te maken tussen de spoorwegdiensten die alleen zij in staat zijn te verkopen, en de ondernemingen op het intermediaire niveau, die speciaal materieel en eigen know-how bezitten en specifieke diensten leveren.

(137) De aanbieders van gecombineerd vervoer zijn ondernemingen die zwaar hebben geïnvesteerd in materieel — met name speciale wagons en afhandelingsuitrusting — dat uitsluitend voor gecombineerd vervoer per spoor bruikbaar is en slechts over een lange periode kan worden afgeschreven. A.T. Kearney heeft in een studie van september 1989 („Forward-looking study on a European combined transport network") de gemiddelde vervangingswaarde van een wagon op 71 000 ecu en de afschrijvingsduur op 15 jaar geraamd.

Volgens deze deskundige bedragen voorts bij een container van 12 m voor vervoer over land de vervangingswaarde 9 900 ecu en de afschrijvingsduur zeven jaar (1).

Het is dan ook voor deze ondernemingen economisch onmogelijk om bij voorbeeld op het wegvervoer of de binnenvaart over te schakelen.

Deze vervoersondernemingen zijn voor het verkrijgen van spoorwegdiensten volledig op de spoorwegondernemingen aangewezen.

(138) In het onderhavige geval kunnen enkel de door DB geleverde spoorwegdiensten voldoen aan de duurzame behoeften van de aanbieders van gecombineerd vervoer dat geheel of ten dele over Duits grondgebied verloopt.

(139) De Commissie is derhalve van oordeel dat in de onderhavige procedure de relevante markt waarop de machtspositie van DB moet worden beoordeeld, die voor de levering van spoorwegdiensten in Duitsland is.

B. *Positie van DB op de relevante markt*

(140) DB had ten tijde van de feiten een wettelijk monopolie op de levering van spoorvervoerdiensten in Duitsland.

(141) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie (2) bekleedt een onderneming die op het grondgebied van een Lid-Staat een wettelijk monopolie bezit, een machtspositie op een deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag en vormt het grondgebied van de Lid-Staat waar dit monopolie geldt, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

(142) DB bekleedt derhalve een machtspositie op de relevante markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

C. *Doorslaggevende rol van DB bij het vaststellen van de tarieven voor het vervoer van maritieme containers van en naar Duitsland*

(143) Het containervervoer via de Duitse havens wordt verzorgd door Transfracht, een dochteronderneming van DB.

(144) Transfracht koopt daartoe de noodzakelijke spoorwegdiensten van DB; de prijs van deze diensten bedraagt naar gelang van de spoorwegonderneming gemiddeld twee derde van de totale aan de vervoerders berekende verkoopprijs. Bovendien heeft DB volledige zeggenschap over Transfracht.

(145) DB heeft bijgevolg volledig vat op het tariefniveau voor het vervoer via de Duitse havens.

(146) Het vervoer via de Belgische en Nederlandse havens wordt verzorgd door Intercontainer, waarover DB geen zeggenschap heeft. Voor het gedeelte van het traject op Duits grondgebied moet Intercontainer echter noodzakelijkerwijs van DB spoorwegdiensten kopen.

(147) De door de spoorwegondernemingen geleverde diensten maken ten minste twee derde van de totale verkoopprijs van Intercontainer uit. DB is dus als enige leverancier van deze diensten in Duitsland bij machte het niveau van de tarieven waartegen Intercontainer verkoopt, te beheersen.

(148) Ook moet rekening worden gehouden met de macht van DB in MCN. Over de tarieven wordt formeel beslist door het „Steering Committee", dat uit drie door Transfracht en drie door Intercontainer voorgedragen leden bestaat. Bepaald is dat „de door Transfracht voorgedragen leden drie afgevaardigden van DB en Transfracht zijn en tot de door Intercontainer voorgedragen leden een afgevaardigde van NMBS en een afgevaardigde van NS behoren." (vertaling).

(149) Hoewel naar de letter de aan MCN deelnemende ondernemingen gezamenlijk over de tarieven beslissen, blijkt in de praktijk DB dus, omdat zij drie afgevaardigden onder de zes leden van het „Steering Committee" telt, in staat te zijn elk voor haar ongunstig besluit tegen te houden.

(1) Deze cijfers hebben geen betrekking op maritieme containers, die hoe dan ook duurder zijn.

(2) Zie het arrest van 23 april 1991 in zaak C-41/90 (Höfner en Elser/Macrotron), Jurisprudentie 1991, blz. I-1979.

(150) Bovendien berust het dagelijks bestuur inzake tarieven bij het Gemeenschappelijk Bureau; het hoofd hiervan wordt door het „Steering Committee" benoemd en zijn medewerkers worden door Transfracht en Intercontainer aangewezen. Het Gemeenschappelijk Bureau is ondergebracht in de kantoren van Transfracht, die dus over een aanzienlijke beïnvloedingsmacht beschikt.

(151) Tenslotte moet rekening worden gehouden met de verklaringen van de vertegenwoordigers van de aan MCN deelnemende ondernemingen.

(152) Zo staat in de notulen van de plenaire vergadering van de raad van bestuur van Intercontainer op 30 november 1989:

„De heer Cornet verklaart dat hij niet alleen namens NMBS maar, gezien de afwezigheid van de heer Wansink, ook namens NS spreekt. Hij stelt vast dat het protocol van overeenkomst dat met grote plechtigheid op het hoogste niveau tussen de drie netten is gesloten, niet wordt toegepast, omdat het „Steering Committee", dat voor al het verkeer het besluitvormings- en controleorgaan zou moeten zijn, door DB is kortgesloten." (vertaling).

(153) In een nota voor de bestuurders van Intercontainer met het oog op de plenaire vergadering van de raad van bestuur op 30 november 1989 is met betrekking tot MCN te lezen:

„Het protocol bepaalde dat belangrijke besluiten (bij voorbeeld over de tarieven) door het „Steering Committee" zouden worden genomen, waarin de deelnemende spoorwegmaatschappijen, Transfracht en Intercontainer zijn vertegenwoordigd.

Het „Steering Committee" vervult niet echt zijn rol van „besluitvormings- en controleorgaan" voor al het verkeer (noord en west). Transfracht en DB gaan direct en alleen over het verkeer met de noordelijke havens, buiten het „Steering Committee" om. Bovendien blijkt in de praktijk de beslissingsmacht inzake tarieven niet bij het „Steering Committee" te liggen." (vertaling).

(154) Voorts vond op 17 april 1989 te Frankfurt een bijeenkomst van vertegenwoordigers van de westelijke havens met DB, NS en NMBS plaats. In het door NMBS opgestelde verslag van deze bijeenkomst staat onder meer:

„DB doet tot slot het volgende voorstel:

a) laten we MCN behouden;

b) laten we de produktie in enkele zones verbeteren door Antwerpen en Rotterdam op het KLV-systeem aan te sluiten:

— vanaf 29 mei is er een goede verbinding tussen Antwerpen en Keulen Eifeltor, zodat distributie mogelijk wordt in de zones Rijn-Ruhr, München, Oostenrijk (via Salzburg), Bazel, Verona, Stuttgart, Mannheim;

— in het najaar doen we hetzelfde voor Rotterdam.

Het prijsniveau zal opnieuw worden bezien, rekening houdend met de politieke context in Duitsland:

— „gunstig" onderzoek van enkele verbeterde verbindingen;

— „geleidelijke" terugkeer naar de beginselen

— Rheingraben-pariteit,

— linkeroever Antwerpen/Rotterdam < Hamburg,

— rechteroever Antwerpen/Rotterdam > Hamburg;

— vermindering van het verschil met 50 % op 1 januari 1990;

— nieuwe vermindering op 1 juli 1990." (vertaling).

(155) Uit het verslag van deze bijeenkomst blijkt dat DB zich ertoe verbindt het prijsniveau opnieuw te bezien en de prijsverschillen tussen het vervoer via de noordelijke havens en dat via de westelijke havens te verminderen.

(156) Volgens de Commissie bevestigen deze voorstellen van DB dat zij op het prijsniveau daadwerkelijk greep heeft. Anders valt immers niet te begrijpen hoe DB zulke voorstellen kan doen.

D. *Misbruik van machtspositie*

1. Algemeen

(157) Volgens artikel 86 van het Verdrag vormt het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties misbruik van machtspositie.

(158) De Commissie is evenwel niet bevoegd om het niveau van de door een onderneming toegepaste prijzen als zodanig te beoordelen, noch om te bepalen volgens welke criteria deze prijzen moeten worden vastgesteld.

(159) Worden echter bij gelijkwaardige prestaties verschillende prijzen toegepast, dan moet worden nagegaan of deze verschillen objectief gerechtvaardigd zijn.

2. Het begrip „gelijkwaardige prestaties"

(160) Zoals in de overwegingen 61 tot en met 71 is uiteengezet, vormen de diensten van Transfracht in het verkeer met de noordelijke havens en die van Intercontainer in het verkeer met de westelijke havens substitueerbare prestaties.

Er bestaat echter een groot verschil in afstand tussen vele plaatsen in Duitsland en de noordelijke respectievelijk westelijke havens.

Het is evident dat bij vervoerdiensten, ook al zijn er ongetwijfeld vaste kosten, de omvang van de prestatie van de af te leggen afstand afhangt.

(161) Hieruit volgt dat, ook al mag de Commissie zich ten aanzien van de keuze van de tariefcriteria niet in de plaats van de ondernemingen stellen, een prijsvergelijking in de vervoersector alleen mogelijk is indien de lengte van de trajecten in aanmerking wordt genomen.

3. De tarieven van Transfracht en Intercontainer

(162) De bijlagen 3 tot en met 9 geven een overzicht van de vervoertarieven in de periode 1 juli 1990 tot 1 juli 1992 tussen een aantal belangrijke plaatsen in Duitsland en de noordelijke en de westelijke havens.

3.1. Lege containers

(163) Bijlage 3 geeft voor 14 plaatsen in Duitsland de vervoerprijzen voor lege 40-voet-containers op 1 oktober 1990 en 1 januari 1992.

Van deze 14 plaatsen zijn er vijf dichter bij Hamburg en negen dichter bij Rotterdam.

Op 1 oktober 1990 zijn de prijzen vanaf Rotterdam in alle gevallen hoger dan vanaf Hamburg; dit is ook het geval op 1 januari 1992, met één uitzondering: voor Saarbrücken wordt het vervoer goedkoper vanaf Rotterdam.

(164) De kilometerprijs blijkt op 1 oktober 1990 voor twaalf van de 14 bestemmingen 2 tot 77 % hoger te zijn vanaf Rotterdam dan vanaf Hamburg. Voor slechts twee bestemmingen, Bielefeld en München, is de kilometerprijs vanaf Rotterdam lager.

Maar ook voor deze twee bestemmingen blijft vanwege het afstandsverschil de totale verkoopprijs van de vervoerdienst hoger vanaf Rotterdam.

(165) Vanaf 1 januari 1992 doet zich een evolutie van de kilometerprijs voor. Enerzijds wordt het verschil in kilometerprijs vanaf de twee genoemde havens voor zes bestemmingen kleiner: Duisburg, Bochum, Wuppertal, Saarbrücken, Karlsruhe en Neu Ulm. Op 1 oktober 1990 was de kilometerprijs voor deze bestemmingen 20,4 tot 77,6 % hoger vanaf Rotterdam. Op 1 januari 1992 ligt dit verschil tussen 2,85 en 51 %.

Anderzijds is voor drie nieuwe bestemmingen (Neurenberg, Augsburg en Regensburg) de kilometerprijs vanaf Rotterdam lager dan vanaf Hamburg. Net zoals voor Bielefeld en München in 1990 heeft dit verschil echter geen effect, omdat de totale prijs vanaf Rotterdam hoger blijft.

3.2. Volle containers

(166) De tabellen in de bijlagen 4 tot en met 7 geven voor dezelfde bestemmingen een overzicht van de vervoertarieven op 1 juli 1990 en 1 januari 1992 voor volle containers (speciaal voor gecombineerd vervoer of niet).

(167) Op 1 juli 1990 blijkt voor de verschillende soorten containers slechts voor één van de negen dichter bij Rotterdam gelegen bestemmingen (Saarbrücken) het vervoertarief lager te zijn vanaf Rotterdam.

(168) Ook de verbinding Rotterdam-Düsseldorf is 143 km korter, maar het tarief voor volle containers (niet-gecombineerd) is 4,5 % hoger vanaf Rotterdam, zodat de kilometerprijs vanaf deze haven 55 % hoger is dan vanaf Hamburg.

Voor volle containers (gecombineerd) is het vervoertarief daarentegen voor de twee havens gelijk.

(169) Op dezelfde datum zijn voor zeven andere bestemmingen die dichter bij Rotterdam dan bij Hamburg liggen, de vervoerprijzen voor de twee havens gelijk.

Bijgevolg is voor deze bestemmingen de kilometerprijs vanaf Rotterdam 4 tot 42 % hoger dan vanaf Hamburg.

(170) Eveneens op dezelfde datum zijn voor vijf bestemmingen die dichter bij Hamburg dan bij Rotterdam liggen, de prijzen vanaf Hamburg lager.

Voor deze bestemmingen is ook de kilometerprijs vanaf Rotterdam lager dan vanaf Hamburg; omdat de afstand tot Rotterdam groter is, heeft dit echter geen gevolg voor de totale prijs.

(171) Op 1 januari 1992 is de situatie dezelfde, behalve wat het vervoer naar Düsseldorf betreft. Hier gelden nu voor volle containers (niet-gecombineerd) gelijke tarieven voor Hamburg en Rotterdam.

3.3. KLV-treinen (1)

(172) De bijlagen 8 en 9 geven een overzicht van de tarieven voor het vervoer van containers met volle KLV-treinen. DB heeft op 1 juli 1988 vanuit de Duitse havens naar 27 bestemmingen deze speciale treinen ingezet.

Sinds 1 oktober 1989 rijden ook vanuit de westelijke havens KLV-treinen naar acht bestemmingen. Op 1 juli 1991 zijn daar vanuit de westelijke havens nog eens tien bestemmingen bijgekomen.

(1) KLV = Kombinierter Ladungsverkehr.

(173) In de tarieflijst van 1 oktober 1989 zijn zeven van de acht bestemmingen dichter bij Rotterdam dan bij Hamburg; de afstandsverschillen liggen tussen 22 en 143 km.

De vervoerprijzen voor volle 20- en 40-voet-containers zijn steeds hoger vanuit Rotterdam.

Alleen voor München is de kilometerprijs vanaf Rotterdam lager.

De totale vervoerprijs blijft echter hoger vanaf Rotterdam.

In alle andere gevallen is de kilometerprijs vanaf Rotterdam 10 tot 77 % hoger dan vanaf Hamburg.

(174) Op 1 juli 1991 zijn negen van de zestien met KLV-treinen bediende bestemmingen dichter bij Rotterdam dan bij Hamburg. Behalve voor Saarbrücken is echter de totale vervoerprijs vanaf Rotterdam steeds hoger dan vanaf Hamburg.

Voor zes bestemmingen is de kilometerprijs vanaf Rotterdam lager dan vanaf Hamburg. Het gaat echter om plaatsen die verder van Rotterdam dan van Hamburg liggen. Bijgevolg blijft ook in deze gevallen de totale vervoerprijs hoger vanaf Rotterdam.

(175) Samengevat kan voor alle onderzochte typen van vervoer worden vastgesteld dat op zeldzame uitzonderingen na de tarieven vanaf de westelijke havens aanzienlijk hoger zijn dan vanaf de noordelijke havens.

Uit het onderzoek van de kilometerprijs blijkt dat deze op een enkele uitzondering na:

— voor de bestemmingen die dichter bij Rotterdam liggen, aanzienlijk hoger is voor het vervoer via deze haven dan voor het vervoer via Hamburg;

— voor het vervoer via Rotterdam slechts lager is, wanneer de afstand tot Hamburg kleiner en de totale vervoerprijs via deze laatste haven dus voordeliger is.

(176) Transfracht heeft in haar brief van 20 december 1991 aan de Commissie het bestaan van deze tariefverschillen erkend.

(177) Ook Intercontainer heeft deze verschillen toegegeven. In de „nota aan de heren bestuurders van de raad van bestuur van Intercontainer op 21 juni 1990" wordt als element van de op het commerciële vlak te voeren actie vermeld: zorgen voor „vermindering van de tariefverschillen tussen de noord- en de westhavens, eventueel door de prijzen in het noorden te verhogen en die in het westen te behouden." (vertaling).

4. Standpunt van de betrokken ondernemingen met betrekking tot het discriminerende karakter van de tariefverschillen

(178) De Commissie stelt vast dat de vertegenwoordigers van de spoorwegsector en van Intercontainer de verantwoordelijkheid voor de tariefverschillen bij DB leggen.

4.1. Standpunt van Intercontainer

(179) Zo staat in de „nota aan de heren bestuurders" betreffende punt 6 op de agenda van de vergadering van de raad van bestuur van Intercontainer op 25 februari 1986 in verband met het containervervoer:

„Wat de concurrentie op de verbindingen met de westhavens en met de noordhavens betreft, bestaat er een zekere rivaliteit tussen Transfracht (verkeer van en naar de noordhavens) en Intercontainer (verkeer van en naar de westhavens); DB heeft er altijd op geïnsisteerd dat zij een bijzonder belang heeft bij de exploitatie van de langere en dus lucratievere trajecten naar en van de Westduitse zeehavens." (vertaling).

(180) Ook in de „nota aan de heren bestuurders" betreffende punt 6 op de agenda van de vergadering van de raad van bestuur van Intercontainer op 30 november 1989 staat in verband met hetzelfde onderwerp:

„Punt 2.1

Het struikelblok voor de spoorwegen in het verkeer met de westhavens is niet de (felle) concurrentie van de andere wijzen van vervoer, maar een interne belangenstrijd: NMBS, NS en DB wensen het verkeer met de westhavens wel uit te breiden, maar het is er DB bovenal om te doen haar verbindingen met de noordhavens niet op het spel te zetten." (vertaling).

„Punt 2.3

Tariefstructuur

De tariefgrondslag voor het meerhavenaanbod is vastgesteld volgens de tariefstructuur van het „InGrid"-model. Dank zij concurrerende prijzen waren met „InGrid" aanzienlijke marktsuccessen behaald in het verkeer met de Duitse zeehavens. Bij de „transpositie" van de „InGrid"-structuur op de westhavens in het kader van MCN is minder rekening gehouden met de marktprijzen op het westelijke traject dan met de tarifaire beschermingsmaatregelen voor het verkeer met de noordhavens.

Er bestaan dus binnen het „meerhavenaanbod" twee tariefstructuren: enerzijds een concurrerend en soepel prijssysteem voor het verkeer met de noordhavens en anderzijds voor de westelijke trajecten

een structuur die niet aan de concurrentiesituatie beantwoordt en uiterst moeilijk te wijzigen is." (vertaling).

„Punt 3.1

MCN werd op een gemeenschappelijke persconferentie te Aken ten doop gehouden. Volgens de publieke verklaringen startte het systeem onder een goed gesternte, hoewel erop werd gewezen dat het MCN-aanbod zeker nog zou moeten worden ontwikkeld en verbeterd, afhankelijk van de reactie van de markt.

Er bestond na deze lange incubatietijd onmiskenbaar interesse bij de cliëntèle, maar de aangeboden prijzen en prestaties brachten niet bepaald golven van enthousiasme teweeg. Ten gevolge van de maatregelen, ingegeven door de politieke wens het verkeer met de noordhavens te beschermen, kon MCN slechts in enkele uitzonderlijke gevallen op de westelijke trajecten met concurrerende prijzen werken.

MCN was nog maar pas gelanceerd, of DB voerde in het kader van „KLV-neu" een nieuwe tariefstructuur voor het verkeer met de noordhavens in, waarbij soms aanzienlijke prijsverminderingen werden aangeboden. De discordantie tussen de aan de ene opgelegde beperkingen inzake prijspariteit en de aan de andere toegestane discriminatoire prijsverminderingen maakte snel een eind aan de geloofwaardigheid van het aanbod van spoorwegvervoer voor de westhavens." (vertaling).

(181) In de notulen van de plenaire vergadering van de raad van bestuur van Intercontainer op 30 november 1989 staat in verband met MCN: „De voorzitter stelt tot besluit van de discussie vast dat MCN bij lange na niet aan de verwachtingen beantwoordt. Een van de oorzaken hiervan, en waarschijnlijk de voornaamste reden voor deze mislukking, is DB's politiek van bevriezing van de prijzen. Om hieruit te geraken is het dus noodzakelijk dat DB op dit gebied concessies doet." (vertaling). De hier bedoelde „voorzitter" is de voorzitter van de raad van bestuur van Intercontainer, tevens directeur goederenverkeer van de Chemins de fer fédéraux suisses.

4.2. Standpunt van NMBS en NS

(182) In vorenbedoelde notulen staat in dit verband: „De heer Lorenz (DB) kan noch de conclusies van het rapport van Intercontainer noch de verwijten van de netten van de Benelux-landen aan het adres van DB accepteren." (vertaling).

Bedoelde verwijten betreffen de door NMBS en NS aan de kaak gestelde tariefdiscriminatie.

(183) De vertegenwoordiger van NMBS, teven vertegenwoordiger van Intercontainer, heeft tijdens de hoorzitting onder meer verklaard (blz. 66 en 67 van het verslag van de hoorzitting):

„Men moet eerst en vooral weten dat DB reeds zeer lang (meer dan een eeuw) een verschillende prijzenpolitiek voert voor het binnenlandse vervoer enerzijds en het internationale vervoer anderzijds. Haar prijzen zijn veel lager voor het binnenlandse vervoer ..." (vertaling).

„NMBS en Intercontainer zijn in het internationale vervoer actief. Zij zijn dus verplicht met DB samen te werken en moeten bijgevolg noodgedwongen de nadelen van deze politiek ondergaan." (vertaling).

(184) De vertegenwoordiger van NMBS heeft voorts de betekenis van de door een verantwoordelijke van NS uitgesproken en in de mededeling van punten van bezwaar geciteerde zin „de vruchteloze concurrentie tussen Transfracht en Intercontainer op de Duitse markt beperken" (vertaling) als volgt verduidelijkt:

„De vertegenwoordiger van NS bedoelde blijkbaar dat het weinig opleverde dat DB in het internationale vervoer hoge prijzen handhaafde om het binnenlandse spoorwegverkeer in Duitsland te beschermen." (vertaling).

4.3. Standpunt van de groep DB/Transfracht

(185) De verenigingen van havenbedrijven van Rotterdam en Antwerpen (SVZ en AGHA) hebben op 28 november 1988 een brief aan de Duitse minister van Vervoer geschreven waarin zij over de discriminerende tarieven van het spoorwegvervoer, die de Duitse trajecten bevoordelen, klagen.

(186) De verantwoordelijken van Transfracht hebben naar aanleiding van deze brief op 16 januari 1989 een nota aan dezelfde minister toegezonden, waarin zij de situatie toelichten. Zij verklaren in deze nota onder meer: „... de uitleg van AGHA en SVZ strookt grotendeels met de feiten ..." (vertaling).

(187) De Commissie stelt vast dat Transfracht, de dochteronderneming van DB, in deze nota de discriminatie tussen de noordelijke en de westelijke havens erkent.

(188) Zoals reeds in overweging 154 is gezegd, vond op 17 april 1989 te Frankfurt een bijeenkomst van vertegenwoordigers van de westelijke havens, DB, NS en NMBS plaats. Blijkens het verslag van deze bijeenkomst stelde DB toen voor, de tariefsituatie opnieuw te bezien om de verschillen tussen het vervoer naar de westelijke havens en dat naar de noordelijke havens te verminderen.

De Commissie is van oordeel dat deze voorstellen de erkenning door DB van discriminatie tussen de trajecten impliceren, want hoe zou DB zich anders ertoe hebben kunnen verbinden tussen deze trajecten „de verschillen te verminderen"?

(189) DB heeft zowel in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar als tijdens de hoorzitting de prijsverschillen toegegeven, maar betwist dat deze discriminerend zijn. Volgens DB worden de tarieven primair op basis van de produktiekosten en de concurrentiesituatie op de markt vastgesteld; de afstand zou als criterium slechts op de derde plaats komen.

(190) Zoals in overweging 158 is uiteengezet, is de Commissie niet bevoegd om te bepalen volgens welke criteria een onderneming haar tarieven moet vaststellen, maar wel om zich ervan te vergewissen of de door de onderneming gehanteerde criteria niet op discriminerende wijze worden toegepast.

5. Belang van de afstand als tariefcriterium

(191) In dit verband moet het volgende in aanmerking worden genomen.

(192) Transfracht heeft in haar reeds geciteerde brief van 20 december 1991 aan de Commissie onder meer verklaard:

„Neutraliteit ten aanzien van de aard van de waar betekent dat de prijzen steeds onafhankelijk van de aard van de te vervoeren waar moeten worden vastgesteld. De enige bepalende criteria zijn het gewicht en de afmetingen van de containers, alsook de afstand waarover ze moeten worden vervoerd ..." (vertaling). „De neutraliteit ten aanzien van de havens wordt gewaarborgd door het zogenoemde Grid-systeem, volgens hetwelk Duitsland in 144 zones is verdeeld. Voor alle plaatsen van vertrek en aankomst in een zelfde zone geldt één en dezelfde nettoprijs, afhankelijk van de afstand tussen die zone en de havens ..." (vertaling).

(193) Hieruit blijkt dat, ook al hangt de werkelijke prijsbepaling van de concurrentiesituatie op elk traject en het soort te vervoeren container af, de basis voor de tarifering niettemin de afstand tussen elke zone en de haven is.

(194) De Commissie stelt voorts vast dat in de geografische verdeling van Duitsland in „zones" duidelijk de bedoeling tot uiting komt de tarieven in de eerste plaats volgens de afstand vast te stellen. Het kan bij transporten van of naar een zelfde zone immers om verschillende produkten gaan, die in containers van verschillend formaat worden vervoerd en waarvoor de concurrentie van andere wijzen van vervoer niet dezelfde is. Het enige wat deze transporten gemeen hebben, is dus de afstand tot de havens.

(195) Bovendien deed, blijkens het in overweging 188 geciteerde verslag van de bijeenkomst op 17 april 1989, DB een voorstel tot „geleidelijke terugkeer naar de volgende beginselen:

— Rheingraben pariteit,

— linkeroever Antwerpen/Rotterdam < Hamburg,

— rechteroever Antwerpen/Rotterdam > Hamburg." (vertaling).

Het onderscheid tussen „linkeroever" en „rechteroever" komt in feite overeen met het onderscheid tussen de drie zones die dichter bij de westelijke havens liggen, en de zones die dichter bij de noordelijke havens liggen.

Dat DB voor de dichter bij Antwerpen/Rotterdam gelegen zones lagere tarieven dan tussen Hamburg en diezelfde zones voorstelde, toont aan dat de basis voor de tarifering de afstand is. Anders zou een dergelijk voorstel van DB onbegrijpelijk zijn.

(196) Tenslotte zij gewezen op de correlatie tussen het vervoertarief voor volle 40-voet-containers en de afstand tussen de bediende plaats en Hamburg respectievelijk Rotterdam in de grafieken in de bijlagen 10 en 11. Uit die grafieken blijkt onomstotelijk dat deze twee gegevens met elkaar in betrekking staan (zie het cijfermateriaal in bijlage 5).

(197) De Commissie leidt uit dit alles af dat in de onderhavige zaak, ook al hangen de vervoertarieven niet uitsluitend van de afstand af, deze toch voor de betrokken ondernemingen een belangrijk criterium vormen bij het vaststellen van de tarieven tussen plaatsen in Duitsland en de verschillende havens van het noordelijke gebied.

(198) Het onderzoek van de toegepaste tarieven brengt echter duidelijk aan het licht dat dit criterium, dat de neutraliteit ten aanzien van de havens moet waarborgen, bij het vaststellen van de tarieven niet op voor de noordelijke en de westelijke havens neutrale wijze is toegepast en dat volgens dit criterium de geconstateerde verschillen tussen de westelijke en de noordelijke trajecten niet gerechtvaardigd zijn.

6. Betoog betreffende de concurrentiesituatie

(199) DB schrijft de prijsafwijkingen tussen de westelijke en de noordelijke havens grotendeels toe aan belangrijke verschillen in de concurrentieverhouding tussen de diverse wijzen van vervoer (intermodale concurrentie).

(200) De vertegenwoordigers van DB hebben in de loop van de procedure als oorzaken hiervan aangewezen: ten eerste een verschillende prijzenpolitiek voor het wegvervoer in de drie betrokken Lid-Staten, ten tweede een verschillende concurrentie van de binnenvaart en ten derde een verschillende concurrentie van het wegvervoer al naar gelang van het type container.

(201) Wat het goederenvervoer over de weg betreft, hebben de vertegenwoordigers van DB er terecht op gewezen dat de lagere tarieven in Duitsland van overheidswege worden vastgesteld overeenkomstig de Wet op het goederenvervoer over de weg (GüKG). Zoals met name uit artikel 7 van die wet blijkt, is het hoofddoel van deze wet harmonisatie van de concurrentievoorwaarden tussen het wegvervoer en het spoorwegvervoer.

(202) Nederland en België kennen geen wetgeving van dien aard ; de vervoerders bepalen daar vrij de prijzen.

(203) Daardoor is volgens de vertegenwoordigers van DB de concurrentie van het wegvervoer in België en Nederland veel feller dan in Duitsland.

(204) De vertegenwoordigers van DB hebben ook nadrukkelijk op de concurrentie van de Rijnvaart gewezen ; van zulke concurrentie zou elders geen sprake zijn.

(205) De vertegenwoordiger van NS heeft tijdens de hoorzitting deze verschillen op het stuk van de concurrentiesituatie bevestigd en met name verklaard : „De concurrentie van andere wijzen van vervoer is veel feller op de trajecten Rotterdam-Duitsland dan op de trajecten van de noordhavens naar eindbestemmingen in Duitsland ... Het probleem in de praktijk is dat de concurrentie van de binnenvaart en het wegvervoer op de verbindingen tussen Rotterdam en het Duitse achterland over het algemeen zo fel is dat concurrentie boven de kostprijs nauwelijks mogelijk is ..." (verslag van de hoorzitting, blz. 150) (vertaling).

(206) De Commissie is van oordeel dat deze argumenten de in de onderhavige zaak geconstateerde prijsverschillen niet kunnen rechtvaardigen.

De Commissie meent namelijk dat het economische effect van de combinatie van deze twee factoren, namelijk een felle concurrentie van het wegvervoer en de binnenvaart voor het verkeer via de westelijke havens, enerzijds, en een zwakke concurrentie van het wegvervoer en geen concurrentie van de binnenvaart voor het verkeer via de Duitse havens, anderzijds, zou moeten zijn dat de prijzen van het vervoer over Duits grondgebied hoger zijn dan die van het vervoer via de westelijke havens. In casu is echter juist het tegendeel gebleken.

(207) Volgens de Commissie kan hetgeen in verband met de intermodale concurrentie door DB is aangevoerd en door NS is bevestigd dan ook de geconstateerde prijsverschillen niet rechtvaardigen ; het toont integendeel aan dat de tarieven economisch niet gefundeerd zijn.

(208) Transfracht heeft in haar brief van 20 december 1991 aan de Commissie (zie overweging 38) in verband met de intermodale concurrentie verklaard dat bij 20-voet-containers de trein technische voordelen biedt boven de vrachtwagen, hetgeen bij 40-voet-containers niet het geval is ; dit zou gevolgen hebben voor het prijsniveau.

(209) Uit het onderzoek van de MCN-tarieven (bijlagen 3 tot en met 9) blijkt echter dat de geconstateerde prijsverschillen tussen de westelijke en de noordelijke havens voor 20- en 40-voet-containers nagenoeg identiek zijn.

(210) Het argument dat de concurrentie al naar gelang van het type container anders is, verklaart dus niet de geconstateerde prijsverschillen.

(211) De Commissie stelt voorts vast dat Intercontainer in de nota voor de bestuurders met het oog op de vergadering van de raad van bestuur op 30 november 1989 toegeeft dat er tussen de toegepaste prijzen en de concurrentiesituatie geen verband bestaat. In deze nota is namelijk te lezen :

„MCN is opgericht om door middel van een flexibel maar combattief aanbod van meerhavendiensten het gehele scheepvaartverkeer van de Bondsrepubliek Duitsland tot ontwikkeling te brengen, met inbegrip van het verkeer via de ARA-havens. In de praktijk was echter de voornaamste voorwaarde niet vervuld : de vrijheid om op deze markt te opereren met tarieven die aan de marktbehoeften en aan de concurrentiesituatie beantwoorden." (vertaling).

7. Inaanmerkingneming van de produktiekosten

(212) De vertegenwoordigers van DB hebben in de loop van de procedure aangevoerd dat de tariefverschillen het gevolg zijn van kostenverschillen ; de kosten zouden hoger zijn bij het vervoer naar de westelijke havens dan bij dat naar de Duitse havens. Volgens DB vinden deze kostenverschillen hun oorzaak in drie factoren :

— ten eerste is het volume van het vervoer per spoor via de noordelijke havens veel groter, hetgeen toelaat om met complete treinen te rijden, hetgeen economisch veel voordeliger is dan losse zendingen ;

— ten tweede is de kwaliteit van de spoorweginfrastructuur in de noordelijke havens beter dan in de westelijke ;

— ten derde brengt de grensovergang bij transporten tussen Duitsland en België/Nederland extra kosten met zich.

(213) Deze argumenten moeten eerst afzonderlijk en vervolgens globaal worden onderzocht.

7.1. Verschillen in het volume van het vervoer

(214) De vertegenwoordigers van DB hebben verklaard dat de kosten bij het vervoer van losse containers aanzienlijk hoger zijn dan bij het vervoer met complete treinen.

Er zouden vanaf de Duitse havens gemakkelijker zulke complete treinen kunnen worden ingezet, omdat daar veel meer overslag gebeurt dan in de westelijke havens. Volgens DB werden in 1991 de volgende aantallen maritieme containers per spoor naar of van de verschillende havens vervoerd :

— Hamburg : [...]

— Bremen/Bremerhaven : [...]

— Rotterdam : [...]

— Antwerpen : [...].

(215) De Commissie wijst er in dit verband eerst en vooral op dat de in de overwegingen 172, 173 en 174 gemaakte tariefvergelijkingen betrekking hebben op complete treinen vanaf de noordelijke en vanaf de westelijke havens. Uit deze vergelijkingen blijkt dat er niet alleen tussen complete treinen en semi-groepagezendingen of losse zendingen, maar ook tussen complete treinen onderling belangrijke tariefverschillen bestaan.

(216) Bovendien bestaat er, ook al lijkt het a priori aannemelijk dat meer complete treinen kunnen worden ingezet naarmate meer containers in een haven aankomen, geen perfecte correlatie tussen deze twee gegevens. Gezien de uitgestrektheid van het Duitse grondgebied, moeten de in de Duitse havens geloste containers vaak over land naar een groot aantal eindbestemmingen worden vervoerd, zodat het niet steeds mogelijk is volle treinen in te zetten.

(217) Voorts moet worden vastgesteld dat van en naar Hamburg 85 % meer containers per spoor worden vervoerd dan van en naar Bremen/Bremerhaven.

(218) Volgens de redenering van DB zou ook het aantal complete treinen vanaf Hamburg gemiddeld groter moeten zijn dan vanaf de andere Duitse havens. Het economische effect hiervan zou moeten zijn dat de prijzen van het vervoer per spoor van en naar Hamburg lager zijn dan van en naar Bremen/ Bremerhaven.

(219) Uit het onderzoek van de MCN-tarieven blijkt dat op 1 juli 1990 voor het vervoer via de drie Duitse havens (Hamburg, Bremen en Bremerhaven) drie verschillende tarieven werden toegepast.

(220) Bijlage 12 geeft de tarieven op 1 juli 1990 voor het vervoer van containers tussen 18 bestemmingen in Duitsland en Hamburg respectievelijk Bremen. Voor 16 bestemmingen blijkt het vervoer vanaf Bremen goedkoper te zijn dan vanaf Hamburg, terwijl voor twee bestemmingen de prijzen gelijk zijn.

(221) Op 1 oktober 1990 worden de prijzen vanaf Bremen en Bremerhaven met het op 1 juli 1990 geldende Hamburg-tarief gelijkgemaakt. Van dan af geldt, net zoals voor de Benelux-havens, één tarief voor de drie Duitse havens, ongeacht de onderlinge volumeverschillen.

(222) Dit alles toont aan dat het aantal containers dat in een haven wordt overgeladen, geen merkbare invloed op het prijsniveau heeft. Anders zou het immers onbegrijpelijk zijn dat op 1 juli 1990 de prijzen vanaf Bremen en Bremerhaven lager zijn dan vanaf Hamburg, terwijl de overslag in deze laatste haven twee keer zo groot is.

Het zou ook onverklaarbaar zijn dat van 1 oktober 1990 af voor deze drie havens hetzelfde tarief geldt.

(223) Bovendien is het in alle economische sectoren gebruikelijk dat de leveranciers van goederen en diensten van een basistarief uitgaan en daarop met name al naar gelang van de afgenomen hoeveelheid kortingen aan bepaalde klanten toekennen. De vertegenwoordigers van Transfracht hebben tijdens de hoorzitting in dit verband verklaard dat de gepubliceerde MCN-prijzen nettoprijzen waren, maar dat sommige grote klanten kortingen kregen (blz. 171 en 172 van het verslag van de hoorzitting).

(224) Ook uit het feit dat op het basistarief dergelijke hoeveelheidskortingen worden toegepast, moet dus worden afgeleid dat de vervoerde hoeveelheid bij het vaststellen van dit tarief geen rol speelt of dat, gesteld dat deze factor toch in aanmerking wordt genomen, hij geen merkbare invloed op de prijsbepaling heeft.

Het is immers onaannemelijk dat ondernemingen eerst bij het vaststellen van de tarieven en daarna nog eens bij de onderhandelingen met de klanten de vervoerde hoeveelheid laten meetellen.

(225) De Commissie is om al deze redenen van oordeel dat het verschil qua aantal vervoerde containers tussen de westelijke en de noordelijke havens de geconstateerde verschillen in het niveau van de vervoerprijzen niet kan rechtvaardigen.

7.2. Kwaliteit van de spoorweginfrastructuur

(226) Volgens DB is de infrastructuur in de westelijke havens van mindere kwaliteit dan in de noordelijke havens en werkt dit kostenverhogend. DB wijst in dit verband met name op het verschil in lengte van de sporen in de betrokken havens.

(227) De Commissie wil eerst en vooral opmerken dat de grotere lengte van de sporen nog niets over de efficiëntie van de infrastructuur zegt, terwijl het juist daarvan afhangt of een aanzienlijke besparing op de vervoerkosten mogelijk is.

(228) Wat de efficiëntie van de installaties in de betrokken havens betreft, moet ook rekening worden gehouden met de uitslag van een studie van het adviesbureau Marconsult van 1990 betreffende de organisatie en de kosten van de overslag van containers in de belangrijkste Europese havens (1).

Deze kosten bedragen voor de betrokken havens (gemiddelde kosten in lire per container):

— Antwerpen : 116 000

— Rotterdam : 159 000

— Bremerhaven : 163 000

— Hamburg : 188 000.

(229) De Commissie acht het op grond van het bovenstaande niet bewezen dat de kwaliteit van de infrastructuur in de westelijke havens gebrekkig is en dat dit in vergelijking met de noordelijke havens extra kosten veroorzaakt.

7.3. Kosten in verband met de grensovergang

(230) Het derde kostenargument van DB betreft de kosten die volgens haar ontstaan wanneer de treinen de Belgische of de Nederlandse grens passeren. Deze kosten zouden vooral te maken hebben met het wisselen van locomotief, douanerechten en het verrekenen van de inkomsten tussen de spoorwegondernemingen.

(231) Het wisselen van locomotief is volgens DB noodzakelijk vanwege de verschillende tractiestroomsystemen.

In een publikatie van de Internationale Spoorwegunie van december 1991, getiteld „Rail without frontiers — freight traffic", wordt in dit verband echter verklaard, ten eerste, dat het wisselen van locomotief aan de grens gemiddeld niet langer dan 15 à 20 min. duurt en, ten tweede, dat onder meer tussen Duitsland en België locomotieven worden ingezet die zowel op gelijk- als op wisselstroom kunnen rijden, zodat niet van locomotief behoeft te worden gewisseld.

(232) Het argument betreffende de douanerechten bij het vervoer naar België en Nederland gaat uitsluitend op voor goederen uit derde landen. Bovendien vervullen de ondernemingen de douaneformaliteiten hoe langer hoe meer bij het vertrek van het transport of in de haven, en niet tijdens het vervoer over land.

(233) Voorts heeft de consultant A. T. Kearney in zijn studie over het internationaal gecombineerd vervoer (2) de knelpunten aan de grenzen in kaart gebracht, die extra kosten veroorzaken. Blijkens deze kaart (bijlage 13) bestaan er in Europa twaalf van die knelpunten, maar ligt geen enkele daarvan op de grens van Duitsland met België of Nederland.

(234) De Commissie is bijgevolg van oordeel dat het betoog betreffende de kosten in verband met de grensovergang de belangrijke tariefverschillen niet kan rechtvaardigen.

7.4. Inaanmerkingneming van de produktiekosten in het algemeen

(235) De vertegenwoordigers van DB hebben in de loop van de procedure verklaard dat de geconstateerde tariefverschillen grotendeels het gevolg zijn van verschillen in de kostprijs van de spoorwegdiensten.

(236) DB heeft in dit verband een tabel overgelegd (bijlage 13) met, voor 20 belangrijke plaatsen, de prijs van de spoorwegdiensten van DB voor het vervoer naar Hamburg en de totale prijs van dezelfde diensten van DB en NS voor het vervoer naar Rotterdam.

(237) In bijlage 15 is in een zelfde tabel voor het vervoer naar Rotterdam de totale prijs van de spoorwegdiensten van DB en NS door de afstand gedeeld om zo de kilometerprijs te berekenen.

(238) Uit de gegevens van DB blijkt dat de gemiddelde kilometerprijs van de door DB en NS verkochte spoorwegdiensten voor het vervoer door Intercontainer naar Rotterdam lager is dan die van dezelfde door DB aan Transfracht geleverde diensten voor het vervoer naar Hamburg.

(239) Volgens de Commissie spreken deze gegevens de bewering van DB tegen als zouden de prijsverschillen op het niveau van de vervoerders hun verklaring vinden in verschillen in de kostprijs van de spoorwegdiensten.

Er blijkt integendeel uit dat de kostprijs per kilometer van de spoorwegdiensten voor de vervoerder lager zijn bij het vervoer naar het westen dan bij dat naar het noorden.

(240) De Commissie acht het op grond van deze gegevens niet verdedigbaar dat belangrijke verschillen in de kostprijs van de spoorwegdiensten de verschillen qua verkoopprijs in het kader van MCN verklaren.

(1) Indagine sull'organizzazione ed i costi portuali per la movimentazione di contenitori nei principali scali Europei, Genua 1990.

(2) Zie overweging 137.

(241) Dat er geen merkbare kostenverschillen bestaan, verklaart met name de in overweging 171 uiteengezette ontwikkeling van de tarieven voor het vervoer naar Düsseldorf.

Voor deze bestemming was in 1990 de vervoerprijs voor volle containers lager vanaf Hamburg dan vanaf Rotterdam, terwijl de afstand tot deze laatste haven 143 km korter is.

Op 1 oktober 1991 werd het prijsverschil tussen deze twee havens weggewerkt door de prijs vanaf Hamburg en die vanaf Rotterdam op een gelijk niveau te brengen.

(242) Was, zoals DB beweert, de kostprijs van het vervoer vanaf Rotterdam aanzienlijk hoger, dan zou een prijsverhoging voor het vervoer vanaf Hamburg alleen economisch niet verantwoord zijn.

(243) De Commissie leidt uit dit alles af dat de belangrijke verschillen in de prijs van het gecombineerde vervoer tussen de trajecten via de westelijke havens en die via de noordelijke havens niet op objectieve gronden te rechtvaardigen zijn. De argumenten van DB kunnen noch afzonderlijk noch in onderlinge samenhang de geconstateerde prijsverschillen rechtvaardigen.

(244) Bovendien blijkt uit talrijke, tijdens de procedure verzamelde documenten dat de vertegenwoordigers van de ondernemingen in de spoorwegsector, met inbegrip van Transfracht, het bestaan van discriminaties erkennen.

(245) Het staat derhalve vast dat DB op zijn minst vanaf 1988 van haar machtspositie op de markt van het vervoer per spoor gebruik heeft gemaakt om in het marktsegment van het gecombineerde vervoer van maritieme containers van en naar Duitsland via de Duitse, Belgische en Nederlandse havens discriminerende verkoopprijzen op te leggen, ten einde haar eigen diensten en die van haar dochteronderneming Transfracht te bevoordelen.

(246) DB is enerzijds actief op de markt van de spoorwegdiensten als enige leverancier van dit soort diensten op Duits grondgebied en anderzijds op de stroomafwaarts gelegen markt van het vervoer over land via haar dochteronderneming Transfracht, de enige aanbieder van gecombineerd vervoer die vervoer van maritieme containers langs de Duitse havens verricht.

(247) De discriminaties bestaan in het opleggen van door de vervoerders toegepaste tarieven die aanzienlijk hoger zijn voor het vervoer tussen een Belgische of Nederlandse haven en Duitsland dan voor het vervoer tussen plaatsen in Duitsland en de Duitse havens, met het doel die spoorwegtrajecten te bevoordelen die voor DB het winstgevendst zijn, omdat DB alle spoorwegdiensten en haar dochteronderneming Transfracht al het gecombineerde vervoer levert.

(248) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie [1] is er sprake van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer een onderneming die op een markt een machtspositie bekleedt, daarvan gebruik maakt om op een tweede markt ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties op te leggen en aldus haar eigen diensten te bevoordelen.

E. *Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten*

(249) De betrokken praktijken betreffen het vervoer van containers van en naar Duitsland via de Duitse, de Belgische en de Nederlandse havens en hebben bijgevolg een ongunstige invloed op de handel tussen Lid-Staten, met name tussen Duitsland, België en Nederland.

(250) De hierboven beschreven praktijken, waarmee DB ten minste in 1988 is begonnen, zijn derhalve in strijd met artikel 86 van het Verdrag.

F. *Economische gevolgen van de betrokken praktijken*

(251) Het containervervoer tussen de westelijke havens en Duitsland enerzijds en tussen de noordelijke havens en Duitsland anderzijds heeft zich sedert 1988 als volgt ontwikkeld :

	1988	1989	1990	1990/1989 (%)	1991	1991/1990 (%)	1991/1989 (%)
Vervoer westhavens/Duitsland (Intercontainer) (in TEU)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Vervoer noordhavens/Duitsland (Transfracht-DB) (in aantal containers)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(252) Deze cijfers bevestigen hetgeen tijdens de vergadering van de raad van bestuur van Intercontainer op 30 november 1989 naar voren werd gebracht, namelijk dat „de discordantie tussen de aan de ene opgelegde beperkingen inzake prijspariteit en de aan de andere toegestane discriminatoire prijsverminderingen ... snel een einde (maakte) aan de geloofwaardigheid van het spoorwegvervoer voor de westhavens." (vertaling).

[1] Zie met name het arrest van 3 oktober 1985 in zaak 311/84 (CBEM/CLT en IPB) (Telemarketing), Jurisprudentie 1985, blz. 3261.

Het blijkt inderdaad dat tussen 1989 en 1991 tegenover een toename met bijna 20 % van het vervoer via de Duitse havens een afname met 10 % van het vervoer via de westelijke havens stond.

(253) Voorts heeft NMBS tijdens de hoorzitting in verband met de tariefdiscriminaties tussen de trajecten verklaard (blz. 67 van het verslag van de hoorzitting):

„Er is in de jaren tachtig geen verandering in deze situatie gekomen. Ze heeft trouwens vrucht afgeworpen.

Nationaal vervoert DB, gelijk klager stelt, [...] % van de maritieme containers die de Duitse havens passeren.

Internationaal daarentegen zijn de resultaten catastrofaal: het aandeel van het spoor in het vervoer via de havens van de Benelux-landen naar het Duitse achterland is zeer gering:

— amper [...] %, terwijl

— [...] % over de weg wordt vervoerd en

— [...] % over de binnenwateren.

De spoorweg komt er, met andere woorden, niet aan te pas." (vertaling).

(254) Deze cijfers moeten worden gelegd naast die betreffende het totale volume van het containervervoer (zie de overwegingen 21 en 22) tussen de westelijke en de noordelijke havens en plaatsen in Duitsland.

Vaststaat dat de door DB opgelegde tariefpolitiek een dubbel effect heeft gehad:

— het inkomend en uitgaand verkeer in Duitsland via de haven van Hamburg wordt bevoordeeld, hetgeen blijkt uit de ontwikkeling van het volume van de verkeersstromen gedurende de laatste jaren (overwegingen 20 tot en met 24);

— de ondernemingen die vanuit België en Nederland opereren, worden naar andere wijzen van vervoer dan het spoor toe gedirigeerd. Dit verklaart ten dele bovenstaande cijfers betreffende de verdeling van het volume over de verschillende wijzen van vervoer.

G. *Artikel 22, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68*

(255) Volgens artikel 22, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68 kan de Commissie aan ondernemingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk op artikel 86 van het Verdrag maken, geldboeten opleggen van 1 000 ecu tot 1 miljoen ecu of tot 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorgaande boekjaar. Bij het vaststellen van het bedrag van de geldboete moet rekening worden gehouden met de zwaarte en de duur van de inbreuk.

(256) De Commissie is van oordeel dat wegens de betrokken inbreuk een geldboete aan DB moet worden opgelegd. Hierbij moet met het volgende rekening worden gehouden.

(257) De tariefvergelijkingen tonen aan dat er een inbreuk heeft bestaan van 1 oktober 1989 tot en met 31 juli 1992, datum van de mededeling van punten van bezwaar.

(258) Uit de tijdens de procedure verzamelde documenten blijkt dat deze inbreuk opzettelijk was. De vertegenwoordigers van de havens van Rotterdam en Antwerpen hebben DB herhaaldelijk attent gemaakt op de discriminaties waarvan zij het slachtoffer waren, en ermee gedreigd een klacht in te dienen wegens inbreuk op de mededingingsregels. De vertegenwoordigers van DB moesten dus wel weten welke risico's zij liepen.

(259) Bovendien blijkt uit de brief van Transfracht van 16 januari 1989 aan de Duitse minister van Vervoer (zie overweging 186) dat de vertegenwoordigers van de DB-groep zich ten volle van het bestaan van discriminaties bewust waren. Wat de ernst van de inbreuk betreft, gaat de Commissie in het algemeen ervan uit dat concurrentiebeperkende prijspraktijken steeds ernstig zijn.

(260) Bovendien is in het onderhavige geval de inbreuk bijzonder ernstig, omdat hij erin bestond dat DB haar monopolie op de markt van de spoorwegdiensten in Duitsland misbruikte om zich tegen concurrentie van andere ondernemingen te beschermen en om zowel haar eigen diensten te bevoordelen als die van haar dochteronderneming op een andere markt, die van het vervoer over land van maritieme containers van en naar Duitsland via een Belgische, een Nederlandse of een Duitse haven.

(261) Met de betrokken inbreuk wordt ook beoogd om door het kunstmatig handhaven van prijsverschillen de markten te compartimenteren en de verkeersstromen om te buigen. Hierdoor wordt afbreuk gedaan aan een van de fundamentele doelstellingen van het Verdrag, namelijk het tot stand brengen van één markt.

(262) De praktijken van DB belemmeren ook de ontwikkeling van het spoorwegvervoer en staan haaks op het beleid van de Gemeenschap en de Lid-Staten, dat juist erop is gericht het gebruik van deze wijze van vervoer te bevorderen.

(263) De Commissie stelt tenslotte vast dat DB in de loop van de procedure geen enkele verbintenis heeft aangegaan om aan de gewraakte praktijken een einde te maken,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De Deutsche Bundesbahn, de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, de Nederlandse Spoorwegen, Intercontainer en Transfracht Deutsche Transportgesellschaft mbH hebben inbreuk op artikel 85 van het EG-Verdrag gemaakt door op 1 april 1988 de overeenkomst inzake het „Maritime Container Network" te sluiten, waarin is bepaald dat al het vervoer per spoor van maritieme containers van of naar Duitsland via een Duitse, een Belgische of een Nederlandse haven door een Gemeenschappelijke Bureau op basis van in dit Bureau overeengekomen tarieven wordt verhandeld.

Artikel 2

De Deutsche Bundesbahn heeft inbreuk op artikel 86 van het EG-Verdrag gemaakt door van haar machtspositie op de markt van het vervoer per spoor in Duitsland gebruik te maken om op de markt van het vervoer over land van maritieme containers van of naar Duitsland via een Duitse, een Belgische of een Nederlandse haven discriminerende tarieven voor het vervoer per spoor op te leggen.

Artikel 3

De Deutsche Bundesbahn, thans Deutsche Bahn, moet de in artikel 2 bedoelde inbreuk beëindigen.

Artikel 4

De Deutsche Bahn wordt wegens de in artikel 2 vastgestelde inbreuk op artikel 86 van het EG-Verdrag een geldboete van 11 miljoen ecu opgelegd.

Artikel 5

De in artikel 4 vastgestelde geldboete moet binnen drie maanden na de kennisgeving van deze beschikking in ecu worden betaald door storting op bankrekening nr. 310-0933000-43 ten name van Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de Bank Brussel Lambert, Bijkantoor Europa, Schumanplein 5, B-1040 Brussel.

Na het verstrijken van bovengenoemde termijn is over het bedrag van deze geldboete van rechtswege rente verschuldigd tegen het op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is gegeven, door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking op zijn verrichtingen in ecu toegepaste rentepercentage, vermeerderd met 3,5 procentpunten, ofwel 9,75 %.

Artikel 6

Deze beschikking is tot de volgende ondernemingen gericht:

— Deutsche Bahn AG,
Hauptverwaltung,
Friedrich-Ebert-Anlage 43-45,
D-60327 Frankfurt am Main;

— Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen,
Frankrijkstraat 85,
B-1070 Brussel;

— NV Nederlandse Spoorwegen,
Hoofddirectie,
Moreelsepark,
Postbus 2025,
NL-3500 HA Utrecht;

— Transfracht Deutsche Transportgesellschaft mbH,
Gutleutstraße 160-164,
D-60327 Frankfurt am Main;

— Intercontainer,
Frankrijkstraat 85,
B-1070 Brussel.

Deze beschikking vormt executoriale titel overeenkomstig artikel 192 van het EG-Verdrag.

Gedaan te Brussel, 29 maart 1994.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie