RETTENS DOM (Første Udvidede Afdeling)
21. oktober 1997 *

I sag T-229/94,

Deutsche Bahn AG, Frankfurt (Tyskland), ved advokat Jochim Sedemund, Köln, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Aloyse May, 31, Grand-rue,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først repræsenteret ved Norbert Lorenz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, og Géraud de Bergues, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionen, og dernæst ved Klaus Wiedner, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Heinz-Joachim Freund, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

hvori der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 94/210/EF af 29. marts 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN, EFT L 104, s. 34), subsidiært ophævelse eller nedsættelse af den bøde, som er pålagt sagsøgeren ved denne beslutning,

har

* Processprog: tysk.

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Udvidede Afdeling)

sammensat af præsidenten, A. Saggio, og dommerne A. Kalogeropoulos, V. Tiili, R. M. Moura Ramos og M. Jaeger,

justitssekretær: fuldmægtig A. Mair,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 28. januar 1997,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

1 Den 1. april 1988 indgik virksomhederne Deutsche Bundesbahn (herefter »DB«, som i 1994 blev efterfulgt af Deutsche Bahn, herefter »sagsøgeren«), Société nationale des chemins de fer belges (herefter »SNCB«), Nederlandse Spoorwegen (herefter »NS«), Intercontainer og Transfracht en aftale om oprettelse af et samarbejdsnet ved navn »Maritime Container Network (MCN)« (herefter »MCN-aftalen«).

2 Udtrykket »søcontainer« (»maritime container«) er en betegnelse for en container, som hovedsagelig transporteres ad søvejen, men for hvilken den indledende og afsluttende transport er landbaseret. MCN-aftalen vedrørte jernbanetransporter af søcontainere til eller fra Tyskland, som transiterede via en tysk, belgisk eller neder-

landsk havn. De tyske havne, som i MCN-aftalen var betegnet »de nordlige havne«, omfattede havnene i Hamburg, Bremen og Bremerhaven, mens de belgiske og nederlandske havne, som i aftalen var betegnet »de vestlige havne«, omfattede havnene i Antwerpen og Rotterdam.

3 DB (Deutsche Bundesbahn) — dvs. nu sagsøgeren (Deutsche Bahn) — samt SNCB og NS er nationale jernbaneselskaber i henholdsvis Tyskland, Belgien og Nederlandene. Virksomhederne Intercontainer og Transfracht opererer inden for sektoren for transport af søcontainere og køber i den forbindelse de nødvendige jernbanetransportydelser, såsom jernbanetrækkraft og adgang til jernbanenettet, af jernbanevirksomhederne. Intercontainer er et belgisk selskab, som er fælles datterselskab for 24 europæiske jernbanevirksomheder. Transfracht er et tysk selskab, som for 80%'s vedkommende ejes af DB, dvs. nu af sagsøgeren.

4 Allerede før MCN-aftalen blev indgået, var organisationen af de transportydelser, som er omhandlet i aftalen, i praksis fordelt mellem de fem nævnte virksomheder. Efter denne fordeling, som ikke blev ændret ved MCN-aftalen, udførte Transfracht transporterne af søcontainere til eller fra Tyskland, som transiterede via tyske havne, mens Intercontainer udførte transporterne af søcontainere til eller fra Tyskland, som transiterede via belgiske og nederlandske havne. For at kunne yde deres kunder en fuldstændig transportservice var Transfracht og Intercontainer nødt til at købe visse jernbaneydelser af DB (Transfracht) samt af SNCB og NS (Intercontainer), da disse hver på deres område havde et lovfæstet monopol på at levere disse ydelser, såsom tilrådighedsstillelse af lokomotiver og førere samt adgang til jernbanenettet.

5 Ved MCN-aftalen blev der indført to koordineringsstrukturer, der ikke havde status som juridiske personer, nemlig en »Steering Committee« og et »Bureau Commun«. Medlemmerne af og medarbejderne i disse to organer blev udpeget af Transfracht og Intercontainer. Blandt de seks medlemmer af Steering Committee

skulle tre være repræsentanter for DB og/eller Transfracht, én repræsentant for SNCB og én repræsentant for NS. Steering Committee var ifølge aftalen beslutnings- og tilsynsorganet, mens Bureau Commun var forvaltningsorganet. Steering Committee havde nærmere bestemt kompetence til at træffe afgørelse vedrørende de tjenesteydelser og priser, der blev tilbudt i forbindelse med transport af søcontainere, mens Bureau Commun havde til opgave at udvikle og markedsføre aktiviteter i forbindelse med køb, salg og takstfastsættelse for Transfracht og Intercontainer. Visse andre aktiviteter, såsom faktureringen af kunderne, blev udført særskilt af Transfracht og Intercontainer.

6 Ifølge MCN-aftalens § 9 skulle Steering Committee træffe sine beslutninger med enstemmighed.

7 Ved en klage af 16. maj 1991 gav foreningen Havenondernemersvereniging SVZ (herefter »HOV-SVZ«), som er en sammenslutning af selskaber, der driver virksomhed i Rotterdams havn, Kommissionen meddelelse om, at DB anvendte betydeligt højere takster for transporter af søcontainere til eller fra Tyskland, som transiterede via belgiske og nederlandske havne, end for transporter af søcontainere, som transiterede via tyske havne. Efter HOV-SVZ's opfattelse ønskede DB hermed at begunstige de transporter, for hvilke DB selv præsterede alle jernbaneydelserne. HOV-SVZ anførte i klagen, at denne praksis udgjorde et misbrug af en dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikel 86, og at MCN-aftalen var i strid med traktatens artikel 85.

8 Den 31. juli 1992 tilsendte Kommissionen de virksomheder, som havde indgået MCN-aftalen, en meddelelse om klagepunkter, hvorpå virksomhederne ophævede aftalen. Efter at have modtaget meddelelsen om klagepunkter erkendte DB endvidere, at selskabet anvendte andre takster for de transporter, som transiterede via de nordlige havne, end for de transporter, som transiterede via de vestlige havne, men bestred, at disse forskelle var diskriminerende. DB gjorde gældende, at taksterne

var fastsat objektivt under hensyn til længden af den tilbagelagte strækning, produktionsomkostningerne og konkurrenceforholdene på markedet.

9 Den 25. august 1992 fik DB's advokat lejlighed til at gøre sig bekendt med selskabets sagsakter hos Kommissionen og erhvervede kopier af de fleste dokumenter i sagen.

10 Den 15. december 1992 blev der gennemført en høring i Kommissionen. I høringen deltog repræsentanter for Kommissionen, DB, Transfracht, SNCB, NS, Intercontainer og syv medlemsstater.

11 Den 29. marts 1994 vedtog Kommissionen beslutning 94/210/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (EFT L 104, s. 34; herefter »beslutningen«). Beslutningen er truffet på grundlag af EF-traktaten og Rådets forordning (EØF) nr. 1017/68 af 19. juli 1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295; herefter »forordning nr. 1017/68«).

12 Hvad angår MCN-aftalens forenelighed med Fællesskabets konkurrenceregler fastslås det i beslutningen, at MCN-aftalen i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen på markedet for transport på landjorden af søcontainere mellem lokaliteter i Tyskland og de havne, som er beliggende mellem Hamburg og Antwerpen, da den udelukkede konkurrence mellem Intercontainer og Transfracht for så vidt angår salg af kombinerede transportydelser til afskibere og rederier, konkurrence mellem jernbanevirksomhederne for så vidt angår salg af transportydelser til afskibere eller rederier, konkurrence mellem jernbanevirksomhederne, på den ene side, og Intercontainer og Transfracht på den anden side, for så vidt angår salg af transportydelser til afskibere og rederier, og da den gjorde det vanskeligere for nye konkurrenter til Transfracht og Intercontainer at få adgang til markedet (76.-89. betragtning til beslutningen). Det tilføjes i denne forbindelse i beslutningen, at aftalen ikke omfattes af den lovbestemte

undtagelse, som er fastsat i artikel 3 i forordning nr. 1017/68, da den hverken har til formål at sikre en direkte gennemførelse af tekniske forbedringer eller af et teknisk samarbejde (91.-98. betragtning til beslutningen), og at det ikke kunne komme på tale at meddele fritagelse efter artikel 5 i forordning nr. 1017/68, da aftalen ikke kunne antages at forbedre jernbanetransportydelsernes kvalitet eller at fremme virksomhedernes produktivitet eller den tekniske og økonomiske udvikling (99.-103. betragtning til beslutningen).

13 Hvad angår foreneligheden af DB's takstpraksis med Fællesskabets konkurrenceregler anføres det for det første i beslutningen, at DB havde en dominerende stilling på markedet for jernbanetransportydelser i Tyskland i betragtning af det lovfæstede monopol, som DB rådede over, hvorpå det fastslås i beslutningen, at DB misbrugte sin dominerende stilling ved at udvirke, at der anvendes betydeligt højere takster for transporten mellem en belgisk eller nederlandsk havn og lokaliteter i Tyskland end for transporter mellem lokaliteter i Tyskland og tyske havne. Det anføres herom i beslutningen, at DB ikke blot havde kontrol med takstniveauet for transport af containere til og fra de nordlige havne, men også med takstniveauet for transport til og fra de vestlige havne. For det første havde DB nemlig — i kraft af, at selskabet var eneleverandør af jernbaneydelserne for den del af strækningen, som blev tilbagelagt i Tyskland — magt til at kontrollere størrelsen af de salgstakster, som blev anvendt af Intercontainer. For det andet havde DB på grund af den måde, Steering Committee var sammensat på, og det forhold, at Bureau Commun var installeret i Transfracht's forvaltningsbygning, mulighed for at blokere enhver beslutning, som blev truffet inden for rammerne af MCN-aftalen. For det tredje havde DB uden for rammerne af MCN-aftalen og kort efter, at denne var indgået, ensidigt indført en ny takstordning, der var benævnt »kombinierter Ladungsverkehr-Neu« (herefter »KLV-Neu-ordningen«), hvorefter der skulle foretages prisnedsættelser på transporterne til og fra de nordlige havne, men ikke på transporterne til og fra de vestlige havne (139.-187. betragtning til beslutningen).

14 Det anføres videre i beslutningen, at de fastslåede forskelle i taksterne hverken kunne retfærdiggøres af, at jernbanetransporten er udsat for en skarpere konkurrence fra landevejs- og vandvejstrafikken på transporterne via de vestlige havne end på transporterne via de nordlige havne, eller af den omstændighed, at produktions-

omkostningerne er højere for transporter via de vestlige havne end for transporter via de nordlige havne. I så henseende forklares det i beslutningen, at den skarpere konkurrence på transporterne via de vestlige havne alene kunne retfærdiggøre en forskel i taksterne til fordel for disse transporter, og at DB ikke havde godtgjort, at der var en logisk forbindelse mellem forskellene i omkostningerne og taksterne (199.-234. betragtning til beslutningen).

15 Endelig anføres det i beslutningen, at det er godtgjort, at DB overtrådte traktatens artikel 86 i hvert fald i perioden mellem den 1. oktober 1989 og den 31. juli 1992 og følgelig måtte pålægges en bøde. Ifølge beslutningen må der i denne forbindelse tages hensyn til, at DB ikke afgav noget tilsagn om at ville tilpasse sin takstpolitik, at overtrædelsen var begået forsætligt, og at den var af en særlig grov karakter, bl.a. da den havde forhindret udbygningen af jernbanetransporten, som er et vigtigt mål i Fællesskabets transportpolitik (255.-263. betragtning til beslutningen).

16 I beslutningens artikel 1 fastslås det for det første, at DB, SNCB, NS, Intercontainer og Transfracht har overtrådt bestemmelserne i traktatens artikel 85 ved at indgå MCN-aftalen, hvori det fastsættes, at markedsføringen af samtlige jernbanetransporter af søcontainere fra og til Tyskland, som transiterer over tysk, belgisk eller nederlandsk havn, varetages af et fælles organ på grundlag af takster aftalt i dette organ. Det fastslås endvidere i artikel 2, at DB har overtrådt bestemmelserne i traktatens artikel 86 ved at udnytte sin dominerende stilling på markedet for jernbanetransport i Tyskland til at gennemtvinge diskriminerende takster for jernbanetransport på markedet for landtransport af søcontainere fra eller til Tyskland, som transiterer over tysk, belgisk eller nederlandsk havn. Endelig pålægges DB ved beslutningens artikel 4 en bøde på 11 000 000 ECU i medfør af artikel 22 i forordning nr. 1017/68 som følge af, at DB har overtrådt bestemmelserne i traktatens artikel 86 (se tillige 255. og 256. betragtning til beslutningen).

17 Beslutningen blev meddelt sagsøgeren den 8. april 1994.

18 Ved skrivelse af 27. april 1994 anmodede sagsøgerens advokat Kommissionen om aktindsigt i de dokumenter, beslutningen var baseret på, for bedre at kunne varetage sin klients interesser. Ved skrivelse af 5. maj 1994 afslog Kommissionen denne anmodning med den begrundelse, at DB allerede havde fået aktindsigt under den administrative procedure.

Retsforhandlinger og parternes påstande

19 Herefter har sagsøgeren anlagt nærværende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. juni 1994.

20 Ved skrivelse af 31. august 1994 har sagsøgeren indgivet en sagkyndig rapport til Retten, hvis titel er »Kosten- und Marktanalyse für Containerverkehre in die West- und Nordhäfen ex BRD für den Zeitraum 1989-1992 im Auftrag der Deutschen Bahn AG« (»Omkostnings- og markedsanalyse for containertransport fra Forbundsrepublikken Tyskland igennem vestlige og nordlige havne for perioden 1989-1992, som er udfærdiget efter anmodning fra Deutsche Bahn AG«). Retten har optaget denne rapport i sagens akter og har den 15. september 1994 tilsendt sagsøgte en kopi heraf.

21 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse er parterne dog blevet opfordret til at besvare visse spørgsmål skriftligt inden retsmødet.

22 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens mundtlige spørgsmål i retsmødet den 28. januar 1997.

23 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Subsidiært: Beslutningen annulleres i det omfang, den pålægger sagsøgeren en bøde.

— Endnu mere subsidiært: Bøden nedsættes.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

24 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning

25 I stævningen har sagsøgeren i det væsentlige fremført fire anbringender til støtte for påstanden om annullation. Det første anbringende er, at der foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 og af de retsakter, Rådet har vedtaget til fastlæggelse af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 inden for transport. Det andet anbringende er, at traktatens artikel 86 er tilsidesat. Det tredje og fjerde anbringende er, at dels retten til forsvar, dels retssikkerhedsprincippet og princippet om god forvaltning er tilsidesat.

Første anbringende om, at der foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 og af de retsakter, Rådet har vedtaget til fastlæggelse af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 inden for transport

Parternes påstande

26 Sagsøgeren har gjort gældende, at MCN-aftalen var en teknisk aftale i den betydning, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1017/68, og følgelig ikke var omfattet af forbuddet mod aftaler i artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og i traktatens artikel 85. Sagsøgeren anfører i den forbindelse, at aftalen havde til formål at etablere et samarbejde inden for tekniske områder såsom fastsættelsen af køreplaner, udskiftning af lokomotiver og personale ved grænserne samt fastsættelse af endestationer.

27 Hvad angår det forhold, at aftalen havde til formål at tilvejebringe en fælles fastsættelse af taksterne, anfører sagsøgeren, at der efter såvel artikel 3 i forordning nr. 1017/68 og artikel 4 i Rådets beslutning 82/529/EØF af 19. juli 1982 om prisdannelsen for international godstransport med jernbane (EFT L 234, s. 5; herefter »beslutning 82/529«) som efter artikel 1 og 4 i Rådets henstilling 84/646/EØF af 19. december 1984 til medlemsstaternes nationale jernbanevirksomheder om udbygning af deres samarbejde med hensyn til international passager- og godstrafik (EFT L 333, s. 63; herefter »henstilling 84/646«) udtrykkelig er mulighed for, at flere jernbaneselskaber i forening kan fastsætte fællestakster for kombineret godstransport.

28 Subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at MCN-aftalen burde have været fritaget for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af artikel 5 i forordning nr. 1017/68, og at beslutningen ikke indeholder nogen begrundelse for, at denne bestemmelse ikke blev bragt i anvendelse.

29 Endnu mere subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens antagelse om, at MCN-aftalen udelukkede konkurrencen, er fejlagtig, da Intercontainer og Transfracht opererer på forskellige strækninger og derfor ikke er konkurrenter, og da heller ikke de nationale jernbanevirksomheder er i konkurrence.

30 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at artikel 3 i forordning nr. 1017/68 kun indeholder hjemmel til indgåelse af aftaler, hvis formål udelukkende er at sikre tekniske forbedringer eller etablere et teknisk samarbejde. MCN-aftalen gik ud over dette tekniske område, da dens formål var at indføre en ordning med fællestakster.

31 I den forbindelse anfører Kommissionen, at tilladelsen efter artikel 3 i forordning nr. 1017/68 til »opstilling og anvendelse af totalpriser og totalvilkår, herunder konkurrencepriser«, ikke er ensbetydende med en godkendelse til samordning af priser, som har til formål at ophæve konkurrencen og opdele markederne. Det samme gælder artikel 4 i beslutning 82/529. Denne bestemmelse giver ikke jernbanevirksomhederne mulighed for at tilrettelægge al grænseoverskridende jernbanetransport af containere i fællesskab, men udelukkende for at etablere samarbejdsformer for at undgå, at monopolerne på lokomotiver og på adgangen til jernbanenettet forhindrer, at den grænseoverskridende transport fungerer gnidningsløst. Hvad angår henstilling 84/646 anfører Kommissionen, at MCN-aftalen ikke er omfattet af henstillingens anvendelsesområde, da aftalen ikke blot vedrørte tre jernbanevirksomheder, men også to transportvirksomheder, hvorimod henstillingen kun er rettet til jernbanevirksomhederne og under alle omstændigheder alene har til formål at tilskynde til etablering af de grænseoverskridende samarbejdsformer, som er nødvendige på grund af de eksisterende monopoler.

32 Hvad angår sagsøgerens argument om, at MCN-aftalen burde have været fritaget efter artikel 5 i forordning nr. 1017/68, anfører Kommissionen, at betingelserne for anvendelsen af denne bestemmelse ikke var opfyldt på grund af de betydelige konkurrencebegrænsninger, som MCN-aftalen medførte.

33 Endelig anfører Kommissionen, at der var en reel konkurrence mellem DB, SNCB og NS og mellem Intercontainer og Transfracht, navnlig fordi DB og Transfracht havde interesse i at udføre så mange transporter som muligt på strækningerne til de nordlige havne, mens SNCB, NS og Intercontainer havde en forretningsmæssig interesse i at koncentrere trafikken mod vest. Kommissionen har i den forbindelse talt om, at der var »konkurrence på transportvejene«.

Rettens bemærkninger

34 Indledningsvis bemærkes, at formålet med MCN-aftalen bl.a. var at tilvejebringe en fælles administration af takstfastsættelsen for jernbanetransport af søcontainere til eller fra Tyskland, som transiterer via en tysk, belgisk eller nederlandsk havn. Af selve aftalens ordlyd fremgår det således, at Steering Committee havde til opgave »at fastlægge og ændre forretningspolitikken på lang, mellemlang og kort sigt for den transport, som er omfattet af nærværende aftale, navnlig fastlæggelsen og ændringerne af salgs- og prispolitikken«, mens Bureau Commun skulle varetage »funktionen 'indkøb/prisdannelse/salg'«.

35 Retten finder, at et sådant fælles initiativ må betegnes som en »direkte eller indirekte fastsættelse af ... priser« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i traktatens artikel 85, stk. 1, litra a), og artikel 2, litra a), i forordning nr. 1017/68. Det fremgår nemlig af domspraksis, at en aftale, hvorved der indføres en fælles prisfastsættelsesordning, er omfattet af disse bestemmelser [hvad angår traktatens artikel 85, stk. 1, litra a), se Domstolens dom af 17.10.1972, sag 8/72, Cementhandelaren mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 251, præmis 18 og 19, org. ref.: Rec. s. 977, og Rettens dom af 17.12.1991, sag T-6/89, Enichem Anic mod Kommissionen, Sml. II, s. 1623, præmis 198; hvad angår artikel 2, litra a), i forordning nr. 1017/68, se Rettens dom af 6.6.1995, sag T-14/93, Union internationale des chemins de fer mod Kommissionen, Sml. II, s. 1503, præmis 50], uanset i hvilket omfang bestemmelserne i aftalen rent faktisk er blevet overholdt (jf. Domstolens dom af 11.7.1989, sag 246/86, Belasco m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2117, præmis 15, samt nævnte dom i sagen Cementhandelaren mod Kommissionen, præmis 16).

36 Grunden hertil er, at en fælles prisfastsættelse begrænser konkurrencen, navnlig ved at gøre det muligt for alle deltagerne med en rimelig grad af sikkerhed at forudsige, hvilken prispolitik deres konkurrenter vil følge (se nævnte dom i sagen Cementhandelaren mod Kommissionen, præmis 21). Dette findes også at måtte gælde for MCN-aftalen. Da hver af de pågældende virksomheder har en klar forretningsmæssig interesse i, at der udføres så mange transporter som muligt på de strækninger, hvor de er mest aktive, må der antages at være konkurrence mellem DB og NS og mellem DB og SNCB. På samme måde er NS i konkurrence med SNCB og Transfracht med Intercontainer. Ved at indføre en fælles prisfastsættelsesordning har virksomhederne derfor i væsentlig grad begrænset eller endog udelukket enhver priskonkurrence i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i Domstolens og Rettens ovennævnte praksis.

37 Retten finder endvidere ikke, som hævdet af sagsøgeren, at MCN-aftalen falder ind under den lovbestemte undtagelse i artikel 3, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1017/68, der fritager »aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som udelukkende har anvendelse af tekniske forbedringer eller teknisk samarbejde til formål og til følge ved ... ordning og gennemførelse af ... kombinerede befordringer samt opstilling og anvendelse af totalpriser og totalvilkår, herunder konkurrencepriser, for disse befordringer«. Den omstændighed, at der er fastsat en lovbestemt undtagelse for aftaler af rent teknisk karakter, er nemlig ikke ensbetydende med, at fællesskabslovgiver har anerkendt indgåelse af aftaler, hvis formål er at tilvejebringe en fælles prisfastsættelse. I modsat fald måtte enhver aftale, hvorved der indføres en ordning med fælles prisfastsættelse for transport ad jernbane, landevej eller vandveje, anses for en teknisk aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 1017/68, og bestemmelsen i samme forordnings artikel 2, litra a), ville miste enhver betydning.

38 Endvidere bemærkes, at grundtanken bag traktatens konkurrencebestemmelser er, at den enkelte erhvervsdrivende selv uafhængigt skal bestemme den forretningspolitik og navnlig den prispolitik, han vil føre (Domstolens dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 21, og Rettens dom af 24.10.1991, sag T-1/89, Rhône-Poulenc mod Kommissionen, Sml. II, s. 867, præmis 121). Følgelig skal undtagelsesbestemmelsen i artikel 3 i forordning nr. 1017/68, og navnlig udtrykket »totalpriser« og »konkurrencepriser«, fortolkes

med varsomhed. Retten har allerede tidligere fremhævet, at konkurrencebegrænsende karteller principielt er forbudt i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, og at undtagelsesbestemmelser i en forordning derfor skal fortolkes indskrænkende (Rettens dom af 8.10.1996, forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1201, præmis 48, og af 22.4.1993, sag T-9/92, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 493, præmis 37).

39 På grundlag af disse betragtninger er det Rettens opfattelse, at udtrykket »totalpriser« må forstås som »gennemgående priser«, der omfatter de enkelte nationale dele af en grænseoverskridende strækning, og at udtrykket »konkurrencepriser« — som står sammen med ordet »herunder« og dermed knytter sig til det nævnte udtryk »totalpriser« — skal forstås således, at det giver de enkelte virksomheder, som opererer på den samme grænseoverskridende strækning, mulighed for at fastsætte totalpriserne på en sådan måde, at de ikke blot lægger de enkelte virksomheders takster sammen, men også foretager fælles tilpasninger heri til sikring af, at de pågældende transporter er konkurrencedygtige i forhold til andre transportformer, men uden at den enkelte virksomhed fuldstændig mister sin selvstændighed hvad angår fastsættelsen af sine egne takster i overensstemmelse med virksomhedens konkurrencemæssige interesser. MCN-aftalen førte imidlertid til, at virksomhederne mistede deres selvstændighed og overskred rammerne for de handlinger, som er tilladt ifølge ordlyden af den ovenfor citerede bestemmelse, da aftalen uden nogen begrænsninger overlod det til et fælles organ at bestemme prispolitikken og fastsætte priserne, og da der desuden ved fastsættelsen af totalpriserne for hver af de strækninger, som var omfattet af MCN-aftalen, medvirkede en virksomhed, som overhovedet ikke opererede på denne strækning.

40 Kommissionen har derfor med rette antaget, at MCN-aftalen overskred de rammer, som er fastsat i artikel 3, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1017/68.

41 Denne fortolkning af artikel 3, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1017/68 er ikke i modstrid, men tværtimod i overensstemmelse med artikel 4 i beslutning 82/529. Efter artikel 4 i beslutning 82/529 kan jernbanevirksomheder nemlig indføre »tariffer med fælles skalaer med gennemgående priser«, og »de i disse tariffer anførte

priser [kan] være uafhængige af dem, der opnås ved sammenlægningen af priserne i de nationale tariffer«. Formålet med at sikre en sådan uafhængighed er, som det udtales i fjerde betragtning til beslutningen, at styrke jernbanevirksomhedernes konkurrencestilling i forhold til andre transportformer. Det forudsættes dog også i artikel 4, at jernbanevirksomhederne tager hensyn til deres »egne interesser«. Som det fremgår af anden betragtning til beslutning 82/529, tillægges det nemlig en vis betydning i beslutningen, at jernbanevirksomhederne har en »tilstrækkelig kommerciel selvstændighed«.

42 Denne konklusion modsiges ikke af henstilling 84/646, som sagsøgeren tillige har påberåbt sig. Det bekræftes endvidere på ny af denne henstillings artikel 4, at det er muligt at fastsætte totaltariffer, som ikke svarer til summen af de nationale tariffer, ligesom denne bestemmelse tilskynder til oprettelse af fælles kontorer afhængig af salget hos forsendelsesvirksomhederne, men ikke giver mulighed for at tildele sådanne organer en ubegrænset beføjelse vedrørende den forretningsmæssige ledelse og prisfastsættelsen, således som det er sket ved MCN-aftalen.

43 Endelig finder Retten, at Kommissionen for så vidt angår MCN-aftalen på ingen måde var forpligtet til at anvende artikel 5 i forordning nr. 1017/68, hvorefter »det i artikel 2 indeholdte forbud kan ... erklæres for uanvendeligt på ... aftaler eller kategorier af aftaler mellem virksomheder ... som bidrager til at forbedre kvaliteten af transportydelserne eller at fremme en større kontinuitet og stabilitet i tilfredsstillelsen af transportbehovet på de markeder, hvor udbud og efterspørgsel er underkastet stærke tidsbestemte svingninger, eller at forøge virksomhedernes produktivitet eller at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling ... uden at der ... gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af det pågældende transportmarked«. I den forbindelse må det indledningsvis konstateres, at Kommissionen, i modsætning til det af sagsøgeren hævdede, gav en begrundelse for sit afslag på at fritage MCN-aftalen, idet den i 99.-102. betragtning til beslutningen angav, at det ikke var godtgjort, at aftalen medførte tekniske og økonomiske fremskridt, en forbedring af jernbaneydelsernes kvalitet eller en forbedring af produktiviteten, men at den medførte betydelige konkurrencebegrænsninger, hvorfor betingelserne efter artikel 5 i forordning nr. 1017/68 under ingen omstændigheder var opfyldt. Desuden må det i overensstemmelse med, hvad der fremgår af det ovenfor anførte (præmis 34-40), fastslås, at Kommissionen ville have givet de pågældende virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen

mellem dem indbyrdes, såfremt den havde erklæret artikel 2 i forordning nr. 1017/68 uanvendelig på MCN-aftalen.

44 Det må herefter konkluderes, at Kommissionen med rette har erklæret MCN-aftalen for at være uforenelig med fællesmarkedet. Følgelig må det første anbringende forkastes.

Andet anbringende om, at traktatens artikel 86 er tilsidesat

45 Dette anbringende består af to led. For det første har sagsøgeren gjort gældende, at DB ikke havde nogen dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, og for det andet, at den i beslutningen påtalte adfærd ikke udgjorde noget misbrug.

Anbringendets første led om, at DB ikke havde nogen dominerende stilling

— Parternes argumenter

46 Ifølge sagsøgeren er det relevante marked ukorrekt afgrænset i beslutningen, hvoraf der drages den fejlagtige konklusion, at DB havde en dominerende stilling.

47 Efter sagsøgerens opfattelse er det relevante marked transporten af søcontainere med jernbane samt ad landeveje og indre vandveje. I den forbindelse henviser sagsøgeren til retspraksis, hvorefter det relevante marked bør afgrænses således, at det omfatter alle de goder og tjenesteydelser, som kan erstatte hinanden indbyrdes. En

anvendelse af denne praksis på den foreliggende sag viser efter sagsøgerens opfattelse, at den afgrænsning af markedet, som Kommissionen har foretaget, og på grundlag af hvilken den har anset DB for at have dominerende stilling, er behæftet med to fejl.

48 For det første har Kommissionen, da den afgrænsede markedet til kun at omfatte jernbaneydelser, overset, at Transfracht var DB's datterselskab, og at DB's økonomiske virksomhed i Tyskland som helhed — under hensyn til, at et moder- og datterselskab udgør en økonomisk enhed — ikke blot omfattede tjenesteydelser i forbindelse med jernbanetransport, såsom at sikre adgangen til jernbanenettet og stille lokomotiver og førere til rådighed, men alle de øvrige elementer, som indgår i jernbanetransporten af søcontainere.

49 Efter sagsøgerens opfattelse har Kommissionen endvidere ved ikke at inddrage markedet for transport ad landevej og indre vandveje overset, at disse transportformer for næsten alle de virksomheder, som forsender containere, kan substituere jernbanetransporten. Denne substitutionsmulighed illustreres af, at der findes en betydelig priskonkurrence mellem de virksomheder, der transporterer ad jernbane, landevej og indre vandveje.

50 Efter sagsøgerens opfattelse bør det relevante marked altså omfatte alle elementerne i jernbanetransporten af søcontainere samt transporten ad lande- og vandveje. Heraf konkluderer sagsøgeren, at den omstændighed, at DB havde et lovfæstet monopol på tysk område hvad angår leveringen af jernbanetransportydelser, ikke i sig selv er noget bevis for, at selskabet havde en dominerende stilling. Et lovfæstet monopol kan kun antages at medføre en dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand, såfremt det omfatter hele det relevante marked, og såfremt de pågældende tjenesteydelser ikke er udsat for en effektiv konkurrence på det pågældende marked. På grund af konkurrencen fra landevejstransporten og skibsfarten på de indre vandveje havde DB imidlertid trods sit lovfæstede monopol kun en andel på 6% af markedet for containertransport.

51 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at Domstolen flere gange har fastslået, at en virksomhed, som har et lovfæstet monopol i en medlemsstat, som følge heraf må antages at have en dominerende stilling, og at en medlemsstats område må antages at udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet i traktatens artikel 86's forstand.

52 Sagsøgerens argument om, at DB kun havde 6% af markedet for containertransport, beror ifølge Kommissionen på, at selskabet har foretaget en helt forskellig afgrænsning af markedet, som ikke er i overensstemmelse med retspraksis. I den forbindelse henviser Kommissionen til, at muligheden for at substituere tjenesteydelserne med hinanden ifølge retspraksis skal vurderes fra forbrugernes synspunkt samt under hensyn til de pågældende ydelsers særegenheder samt strukturen i udbuddet og efterspørgslen. De jernbaneydelser, som DB udfører, kan imidlertid ikke ud fra nogen af disse kriterier anses for substituerbare med de øvrige tjenesteydelser, der udføres som led i transporten af søcontainere.

— Rettens bemærkninger

53 For at kunne fastslå, om DB på tidspunktet for de påtalte handlinger havde en dominerende stilling, er det nødvendigt først at vurdere den af Kommissionen foretagne afgrænsning af markedet for de pågældende tjenesteydelser. I den forbindelse bemærkes, at det marked, som Kommissionen fastslog, at DB havde en dominerende stilling på, på den ene side i materiel henseende var afgrænset til markedet for de tjenesteydelser, der sælges af jernbanevirksomheder til transportvirksomheder, og som hovedsagelig består i at stille lokomotiver til rådighed, levere trækkraft samt sikre adgangen til jernbanenettet, og på den anden side i geografisk henseende var afgrænset til det område, Tyskland dækker. Ganske vist er den materielle afgrænsning af markedet, som beslutningens artikel 2 er baseret på, videre (»jernbanetransporter«), men det er den ovennævnte afgrænsning af markedet, som lægges til grund i betragtningerne til beslutningen, og som også sagsøgeren er gået ud fra. Kommissionen har i øvrigt bekræftet denne afgrænsning i et svar på et spørgsmål fra Retten inden retsmødet.

54 Hvad angår den materielle afgrænsning af markedet bemærkes, at betingelsen for, at en tjenesteydelse eller et gode kan anses for at udgøre et særskilt marked er, at tjenesteydelsen eller godet har særlige egenskaber, som adskiller ydelsen eller godet så meget fra andre tjenesteydelser eller goder, at de kun i ringe omfang er substituerbare med og konkurrerer med disse (jf. Domstolens dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803, præmis 39 og 40, og af 14.1.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 11 og 12, samt Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 64). I den forbindelse skal graden af produkternes substituerbarhed i forhold til hinanden vurderes på grundlag af disses objektive egenskaber og under hensyn til efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked samt konkurrencevilkårene (jf. Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37, og Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 63).

55 Retten konstaterer i så henseende, at markedet for jernbanetransportydelser udgør et særskilt delmarked i forhold til markedet for jernbanetransport i almindelighed. Dette marked tilbyder en særlig gruppe ydelser — navnlig tilrådighedsstillelse af lokomotiver, trækkraft og adgang til jernbanenettet — som ganske vist udbydes under hensyn til jernbanetransportørernes efterspørgsel, men ydelserne er ikke substituerbare eller i konkurrence med jernbanetransportørernes ydelser. At jernbaneydelserne har en særskilt karakter fremgår i øvrigt af, at de er underkastet særlige efterspørgsels- og udbudsbetingelser. Transportvirksomhederne er nemlig ude af stand til at præstere deres ydelser, hvis ikke de råder over jernbaneydelser. Hvad angår jernbanevirksomhederne, havde disse på tidspunktet for de påtalte handlinger et lovfæstet monopol på udførelse af jernbaneydelser på de pågældende landes område. Det er således ubestridt mellem partnere, at DB indtil den 31. december 1992 havde et lovfæstet monopol på udførelse af jernbaneydelser på tysk område.

56 Som det fremgår af retspraksis, må et delmarked, der har særlige kendetegn i henseende til efterspørgsel og udbud, og som tilbyder produkter, der er nødvendige og ikke substituerbare på det større og mere overordnede marked, som det er en del

af, anses for et særskilt produktmarked (jf. Rettens dom af 10.7.1991, sag T-69/89, RTE mod Kommissionen, Sml. II, s. 485, præmis 61 og 62). Under hensyn til denne retspraksis, og når henses til det ovenfor anførte, var det berettiget, at Kommissionen ved den materielle afgrænsning af markedet ikke tog hensyn til jernbanetransportørernes ydelser og derfor så meget mindre til ydelserne fra landevejstransporten og skibsfarten på de indre vandveje.

57 Det fremgår endvidere af retspraksis, at når de ydelser, der præsteres på et delmarked, er undertegnet et lovfæstet monopol, således som det er tilfældet i denne sag — hvilket bevirker, at efterspørgerne af tjenesteydelserne er økonomisk afhængige af leverandøren — kan det ikke bestrides, at der foreligger en dominerende stilling på et særskilt marked, selv om de ydelser, der præsteres inden for rammerne af monopolet, er knyttet til et produkt, som selv er i konkurrence med andre produkter (Domstolens dom af 13.11.1975, sag 26/75, General Motors Continental mod Kommissionen, Sml. s. 1367, præmis 5-10, og af 11.11.1986, sag 226/84, British Leyland mod Kommissionen, Sml. s. 3263, præmis 3-10).

58 Hvad angår den geografiske afgrænsning af markedet er det tilstrækkeligt at bemærke, at en medlemsstats område i sig selv kan udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet, hvorpå en virksomhed kan have en dominerende stilling, navnlig når den har et lovfæstet monopol på dette område (dommen i sagen General Motors Continental, præmis 9, og Domstolens dom af 21.3.1974, sag 127/73, BRT mod Sabam og Fonior, Sml. s. 313, præmis 5).

59 Det fremgår af samtlige de anførte betragtninger, at det første led af anbringendet må forkastes.

Anbringendets andet led om, at der ikke foreligger misbrug

— Parternes argumenter

60 Sagsøgeren har gjort gældende, at selv om Retten måtte komme til det resultat, at DB indtager en dominerende stilling, har DB ikke misbrugt sin stilling. Den anfægtede beslutning udgør nemlig — i det omfang, den er baseret på størrelsen af taksterne for jernbanetransport til og fra de vestlige havne, og det i beslutningen anføres, at disse takster er højere end jernbanetransporterne til og fra de nordlige havne — hovedsagelig en kritik af Intercontainer's — og ikke DB's — takstpolitik. I den forbindelse fremhævede sagsøgeren under retsmødet, at de takster, som DB har faktureret Intercontainer for sine jernbanetransportydelser til denne, altid har været lavere end de takster, som DB har faktureret Transfracht, og lavere end de takster, som NS anvender over for Intercontainer; derimod har sagsøgeren i stævningen gjort gældende, at virksomheden ikke bestrider, at størrelsen af de takster, det anvendte for transporter, som transiterer via de vestlige havne, var højere end de takster, den anvendte for transporter som transiterer via de nordlige havne (stævningen, s. 25). Sagsøgeren konkluderer, at DB ikke kunne gøres ansvarlig for, at taksterne for transporter til og fra de vestlige havne gennemsnitligt var højere end taksterne for transporter til og fra de nordlige havne. Desuden anfører sagsøgeren, at DB, hvad angår en stor del af strækningerne via de vestlige havne ikke havde nogen indflydelse på den væsentligste del af taksten for jernbaneydelserne, men at denne vedrørte ydelser, der blev udført enten af NS eller af SNCB (replikken, s. 31 og 32).

61 I samme forbindelse bestrider sagsøgeren endvidere, at DB inden for rammerne af MCN-aftalen blokerede enhver nedsættelse af Intercontainer's takster, og at DB faktisk havde krævet disse takster opretholdt. I den forbindelse understreger sagsøgeren, at enhver prisændring efter MCN-aftalen krævede enstemmighed i Steering Committee og dermed også krævede samtykke fra de andre jernbaneselskaber og fra Intercontainer, og at det ikke er godtgjort, at det var DB, som forhindrede en formindskelse af forskellen mellem de takster, som blev anvendt for jernbanetransporten på de vestlige strækninger, og dem, der blev anvendt på de nordlige strækninger.

62 Sagsøgeren tilføjer, at hver af parterne i MCN-aftalen i hvert fald efter aftalen havde ret til at opsige den. Heraf konkluderer sagsøgeren, at parterne i MCN-aftalen havde mulighed for at unddrage sig DB's indflydelse, hvis de havde ønsket det (replikken, s. 31).

63 Under alle omstændigheder var forskellen i taksterne for de vestlige og for de nordlige strækninger efter sagsøgerens opfattelse endvidere objektivt begrundet i, at konkurrencesituationen og omkostningerne var forskellige.

64 Til illustration af denne forskel i konkurrencesituationen anfører sagsøgeren, at konkurrencen fra flodtrafikken på de nordlige strækninger er ringe, og at konkurrencen fra landevejstransporten er begrænset til tyske lastbiler, mens flodtrafikken er det billigste transportmiddel på de vestlige strækninger, hvor også konkurrencen fra landevejstransporten er meget stærk. Således er navnlig de takster, som anvendes af landevejstransportørerne og af skibsfarten på de indre vandveje på de vestlige strækninger, 20-40% lavere end de takster, som DB/Transfracht anvender på de nordlige strækninger. Sagsøgeren anfører, at virksomheden er en lille konkurrent på markedet for de vestlige strækninger og derfor ikke er i stand til at konkurrere med disse priser og samtidig få dækket sine egne omkostninger. Virksomheden har i flere år haft underskud på de vestlige strækninger, og dette underskud er blevet yderligere forværret, siden DB i 1989 og 1991 tog initiativet til i et vist, mindre omfang at tilpasse sine takster på de vestlige strækninger til taksterne på de nordlige strækninger. Også et midlertidigt fælles initiativ i slutningen af 1993 fra DB og NS til at anvende de samme priser som de konkurrerende landevejstransportører på en af de vestlige strækninger slog helt fejl, da det ikke lykkedes herved at erhverve nye kunder, som benyttede jernbanetransporten.

65 Sagsøgeren finder i øvrigt, at Kommissionens afgrænsning af det marked, hvorpå DB hævdes at have misbrugt sin dominerende stilling, er behæftet med en grundlæggende fejl på grund af forskellen mellem konkurrencesituationen på de vestlige og på de nordlige strækninger. Kommissionen har nemlig afgrænset markedet på en sådan måde, at det omfatter transport af søcontainere til lands såvel på de vestlige som på de nordlige strækninger, uanset at det efter fast retspraksis kun er

muligt at anse territoriale områder, hvor de objektive konkurrencevilkår er ensartede, for et sammenhængende marked. Efter sagsøgerens opfattelse udgør denne fejl ved afgrænsningen af markedet i sig selv et tilstrækkeligt grundlag til at annullere den anfægtede beslutning.

66 Hvad angår transportomkostningerne og navnlig omkostningerne ved udførelse af jernbanetransportydelser anfører sagsøgeren, at disse ikke udelukkende bestemmes af strækningernes længde, men også afhænger af andre faktorer, såsom antallet og varigheden af rangeringer, toldformaliteter, de ansattes arbejdstid samt det tidsrum, hvorunder lokomotiver og vogne er i brug. Følgelig kan der være stor forskel mellem transportomkostningerne på strækninger af samme længde. I den foreliggende sag beror forskellen i omkostningerne på, at jernbanetrafikken er stærkere på de nordlige strækninger, og på, at det i forbindelse med de vestlige strækninger er forbundet med omkostninger at føre togene over den belgiske og nederlandske grænse.

67 Navnlig er det på grund af de omfattende mængder gods, der transporteres på de nordlige strækninger, muligt at anvende hele tog til transport af containere, som har samme destination, og derfor ikke nødvendigt at rangere disse tog. Desuden er det ikke nødvendigt på de nordlige strækninger at udskifte lokomotiverne til disse tog, da DB er ansvarlig for trækkraften på alle strækningerne. Af denne grund er omkostningerne lavere på de nordlige strækninger, således at der kan anvendes lavere takster på disse strækninger.

68 Endelig ændrer den omstændighed, at DB med indførelsen af KLV-Neu-ordningen yderligere reducerede sine omkostninger og som følge heraf tillige nedsatte priserne for jernbaneydelserne på de nordlige strækninger, intet ved det forhold, at Kommissionen i beslutningen baserede sine konklusioner på en sammenligning af Intercontainer's og Transfracht's takster, hvortil kommer, at Kommissionen ikke har bevist, at nedsættelsen af priserne i Tyskland som følge af KLV-Neu-ordningen ikke var økonomisk berettiget.

69 Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at der efter fast retspraksis foreligger et misbrug efter traktatens artikel 86, stk. 2, litra c), når en virksomhed udnytter sin dominerende stilling til at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi for derigennem at begunstige sine egne ydelser.

70 Kommissionen har i den forbindelse for det første forklaret, at den anså de containertransporter, som blev foretaget af Intercontainer til og fra de vestlige havne, på den ene side, og de containertransporter, som blev foretaget af Transfracht til og fra de nordlige havne, på den anden side, for at være »ydelser af samme værdi«.

71 Endvidere har Kommissionen anført, at den anså de forskelle i kilometerprisen, som blev faktureret for Intercontainer's og Transfracht's ydelser, for at være »ulige vilkår«. Disse forskelle varierede mellem 2 og 77% for transport af tomme containere og mellem 4 og 42% for transport af fyldte containere efter de oplysninger, som de pågældende virksomheder har afgivet på grundlag af Intercontainer's takster for transport af containere til Rotterdam havn på den ene side, og på grundlag af Transfracht's takster for transport af containere til Hamburg havn, på den anden side, hvilke oplysninger er indeholdt i beslutningens bilag 3-9 og gennemgås i 162.-171. betragtning til beslutningen. Kommissionen har oplyst, at den konstaterede disse forskelle på grundlag af sammenligninger, hvor den eneste variabel var strækningens længde. Kommissionen har begrundet denne sammenlignende metode ved at henvise til de oplysninger, som Transfracht har afgivet under undersøgelsen, hvorefter strækningens længde er det afgørende kriterium.

72 Efter Kommissionens opfattelse findes der ikke nogen objektiv begrundelse for de prisforskelle, som er konstateret.

73 Vedrørende konkurrencesituationen bemærker Kommissionen, at den omstændighed, at konkurrencen fra andre transportmidler er skarpere på de vestlige strækninger, kunne forklare, at Intercontainer eventuelt anvendte lavere takster end Transfracht, men kan ikke forklare det modsatte. I øvrigt var DB ikke i konkurrence med landevejstransporten og skibsfarten på de indre vandveje, da DB's ydelser er jernbaneydelser og derfor ikke fra Intercontainer's og Transfracht's

synspunkt kan substitueres med de ydelser, som tilbydes af landevejs- og flodtransportørerne.

74 Hvad angår produktionsomkostningerne finder Kommissionen, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at trafikken via de vestlige havne medfører større omkostninger end trafikken via de nordlige havne. Navnlig er det ikke godtgjort, at grænsepassagerne i væsentlig grad forhøjer transportomkostningerne, og de oplysninger, som er tilgængelige vedrørende trafikkens omfang og typerne af forsendelser, viser ikke, at der er en logisk forbindelse med transportomkostningerne og -taksterne. Desuden er den gennemsnitlige kilometerpris, som DB har faktureret Intercontainer, lavere end den gennemsnitspris, som DB beregner sig over for Transfracht, hvilket giver grund til at formode, at omkostningerne for jernbaneydelser i forbindelse med transport til og fra de vestlige havne er lavere end omkostningerne for jernbaneydelser i forbindelse med transport til og fra de nordlige havne (svarskriftet s. 38 og 39).

75 Hvad angår spørgsmålet, om DB kan gøres ansvarlig for de ovenfor nævnte forskelle i taksterne, henviser Kommissionen til den analyse, som den allerede har foretaget i 143.-156. betragtning til beslutningen, og hvorefter DB havde mulighed for at blokere beslutninger inden for de organer, som er oprettet ved MCN-aftalen, og også udnyttede denne mulighed til at forhindre en nedsættelse af Intercontainer's takster og til samtidig at anvende en ny takstordning på de nordlige strækninger, som DB ensidigt havde indført. Kommissionen anfører også, at Intercontainer's, NS' og SNCB's utilfredshed med den holdning, DB havde indtaget inden for rammerne af MCN-aftalen, fremgår klart af referaterne af de møder, som blev afholdt af Intercontainer, og af de møder, som blev afholdt som led i MCN-aftalen.

76 Kommissionen konkluderer, at DB har gennemtvunget forskelle i taksterne, som er diskriminerende. Ifølge Kommissionen skal de økonomiske virkninger af denne forskelsbehandling ikke søges i forholdet mellem jernbanetransportørerne og de øvrige transportører, men i forholdet mellem DB, på den ene side, og NS og SNCB, på den anden side, og i forholdet mellem Transfracht og Intercontainer. Efter Kommissionens opfattelse fremgår det klart, at DB og Transfracht i disse indbyrdes forhold har draget fordel af den nævnte forskelsbehandling med hensyn til taksterne.

— Rettens bemærkninger

77 Indledningsvis bemærkes, at artikel 8, stk. 1, og artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 1017/68 gentager ordlyden af traktatens artikel 86, stk. 1, og artikel 86, stk. 2, litra c), idet den forbyder misbrug af en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstaterne herved kan påvirkes, ved anvendelse af »ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«. Det tilføjes, at der ikke findes nogen betragtning eller bestemmelse i forordning nr. 1017/68, der tillægger forordningens artikel 8 et væsentlig andet formål end formålet med traktatens artikel 86. Følgelig har Kommissionen, da den fastslog, at traktatens artikel 86 og ikke artikel 8 i forordning nr. 1017/68 var tilsidesat, ikke begået nogen fejl, som kan påvirke beslutningens indhold. I øvrigt har sagsøgeren ikke kritiseret, at Kommissionen i sin beslutning har valgt at henvise til traktatens artikel 86.

78 Endvidere bemærkes, at begrebet misbrug af en dominerende stilling skal forstås således, at det er forbudt en dominerende virksomhed at styrke sin stilling ved anvendelse af andre midler end en konkurrence på ydelser (jf. herom Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 70). En virksomhed må derfor ikke benytte kunstige forskelle i prisniveauerne, der kan stille dens kunder ringere og fordreje konkurrencen (dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, a.st., præmis 160).

79 Endvidere er det ikke udelukket, at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, fordi den virksomhed, der har en dominerende stilling, formelt har tilsluttet sig en aftale om fastsættelse af fælles takster, som dermed er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Den omstændighed, at der består en sådan aftale, udelukker nemlig ikke, at en af de virksomheder, som har indgået aftalen, ensidigt kan gennemtvinge diskriminerende takster (jf analogt dommen i ovennævnte sag Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, a.st., præmis 34 og 37).

80 I den foreliggende sag finder Retten, at der er flere holdepunkter i sagens akter for Kommissionens konklusion om, at DB uanset MCN-aftalen og dennes hovedformål — der, som sagsøgeren har bekræftet under den mundtlige forhandling, bestod i at nedsætte Intercontainer's takster og dermed genetablere jernbanevirksomhedernes konkurrencestilling på de vestlige strækninger — ensidigt handlede på en måde, der var i strid med dette formål.

81 For det første var Kommissionen, som omtalt i 152., 153. og 154. betragtning til beslutningen, i besiddelse af en række dokumenter, hvis eksistens sagsøgeren ikke har bestridt, og hvis indhold synes at bekræfte, at DB i virkeligheden var ansvarlig for fastsættelsen af taksterne inden for rammerne af MCN-aftalen og dermed for opretholdelsen af takstforskellene. I referatet fra et møde i den samlede bestyrelse i Intercontainer omtales således en erklæring fra en af SNCB's repræsentanter, hvorefter Steering Committee var »blevet kortsluttet af DB«. På samme måde anføres det i et internt notat fra Intercontainer, at »trafikken i de nordlige havne afvikles direkte og eksklusivt af Transfracht og DB uden Steering Committee's deltagelse. I praksis er det endvidere konstateret, at beslutningsmyndigheden på takstområdet ikke ligger hos Steering Committee«. Endelig fremgår det utvetydigt af visse forslag fremsat af DB, som er gengivet i referatet af et møde mellem repræsentanterne for de vestlige havne og DB, SNCB og NS, at DB havde magt til at kontrollere taksternes niveau såvel på de vestlige som på de nordlige strækninger. Under det nævnte møde foreslog DB bl.a. at »[tage] prisniveauet [op til fornyet behandling] ... på baggrund af den tyske politiske situation« med henblik på derigennem at opnå en »reduktion af prisforskellen med 50% pr. 1. januar 1990« og en »ny reduktion pr. 1. juli 1990«.

82 Der var derfor flere omstændigheder, som støttede Kommissionens opfattelse om, at DB og Transfracht havde udnyttet den mulighed for at blokere beslutninger, som de havde på grund af kravet om enstemmighed for beslutningsprocessen i Steering Committee (jf. ovenfor, præmis 6), med det formål at forhindre en nedsættelse af Intercontainer's takster. Endvidere var SNCB, NS og Intercontainer ikke, som hævdet af sagsøgeren, i stand til at modsætte sig en sådan blokering ved

at opsige MCN-aftalen. For det første ville en opsigelse af MCN-aftalen nemlig ikke have ændret noget ved det forhold, at de jernbane- og transportvirksomheder, som opererede på belgisk og nederlandsk område, for så vidt angår samtlige strækninger mellem Antwerpens eller Rotterdams havn og en tysk by var afhængig af DB's samarbejde med hensyn til den del af transporten, der foregik i Tyskland. Desuden ville en opsigelse af aftalen ikke have ændret ved det forhold, at DB i fuld uafhængighed fastsatte takstniveauet for transporterne på de nordlige strækninger og dermed påvirkede forskellen mellem taksterne på de vestlige og på de nordlige strækninger.

83 For det andet er det ubestridt, at DB den 1. juni 1988 — dvs. mindre end tre måneder efter, at MCN-aftalen var trådt i kraft — ensidigt indførte en ny takstordning, nemlig KLV-Neu-ordningen. Dette har sagsøgeren bekræftet i et svar på et spørgsmål, som Retten stillede inden retsmødet. I samme svar har sagsøgeren endvidere bekræftet, at KLV-Neu-ordningen kun medførte en prisnedsættelse til fordel for de virksomheder, som forsender søcontainere ad jernbane via de tyske havne, da denne takstordning var baseret på en række rationaliseringsforanstaltninger, som i praksis kun blev anvendt på den containertrafik, der transiterede via de nordlige havne.

84 Det fremgår af Rettens konstateringer i de foregående præmisser, at DB's handlemåde inden for undersøgelsesperioden direkte bidrog til at opretholde en forskel mellem kilometerpriserne for transporter, som transiterede via vestlige havne, og for transporter, som transiterede via nordlige havne.

85 På dette stadium i argumentationen skal det undersøges, om denne forskel i kilometerpriserne var diskriminerende og dermed påvirkede visse erhvervsdrivendes konkurrencestilling.

86 Ved denne undersøgelse skal de tal, som er gengivet i beslutningens bilag 1-9, analyseres. Disse tal viser, at for hver destination, som lå væsentligt nærmere Rotter-

dam end Hamburg — bortset fra destinationen Saarbrücken — og for hvilken en transport via Rotterdam derfor objektivt set var fordelagtigere, blev denne økonomiske fordel i forhold til transporten via Hamburg altid udlignet, hvilket enten skete ved, at totalpriserne for transporter til Rotterdam var højere, eller ved, at der blev anvendt lige høje totalpriser. Blandt de ulige totalpriser er f.eks. dem, der blev anvendt for transporten af tomme containere mellem den 1. oktober 1990 og den 31. december 1991 (bilag 3) til Duisburg, Bochum, Wuppertal, Mannhein og Karlsruhe. Disse totalpriser førte til forskelle i kilometerprisen på 77,6% (Duisburg), 56,5% (Bochum), 42% (Wuppertal), 16,5% (Mannheim) og 22,6% (Karlsruhe). Blandt de lige store totalpriser var f.eks. dem, der blev anvendt fra den 1. januar 1992 (bilag 7) for transporter af læssede containere til Frankfurt, Karlsruhe, Duisburg, Düsseldorf, Wuppertal og Bochum. Disse priser førte til prisforskelle i kilometerprisen på 4,6% (Frankfurt), 11,35% (Karlsruhe), 58% (Düsseldorf), 28% (Wuppertal) og 20,9% (Bochum). Endvidere fremgår det, at med destinationen Saarbrücken som den eneste undtagelse, var ingen af de totalpriser, som blev anvendt for transporter på strækningen mellem byer i Tyskland og Rotterdam — uanset om disse byer lå tættest ved Rotterdam eller ved Hamburg — lavere end de totalpriser, der blev anvendt for transporter fra eller til Hamburg. Det gjaldt f.eks. de KLV-takster, som blev anvendt for transporter af containere fra den 1. juli 1991 (bilag 9) til, på den ene side, Frankfurt (for hvilke totalprisen til Rotterdam var 857 DM mod 833 DM til Hamburg), Düsseldorf (653 DM mod 618 DM) og Mainz (867 DM mod 843 DM) — hvilke byer ligger nærmere Rotterdam end Hamburg — og, på den anden side, til Augsburg (1 456 DM mod 1 415 DM), München (1 520 DM mod 1 410 DM) og Regensburg (1 386 DM mod 1 334 DM) — hvilke byer ligger nærmere Hamburg. Retten finder, at denne praksis kunstigt har befæstet en situation, hvor taksterne beskytter de jernbanetransporter, som transiterer via de nordlige havne, og at den udgør en påtvingelse af ulige takstvilkår, der for så vidt angår den konkurrencemæssige stilling har skadet de virksomheder, som opererer på de vestlige jernbanestrækninger, i forhold til dem, der opererer på de nordlige jernbanestrækninger.

87 Sagsøgeren har gjort gældende, at forskellen i kilometerpriserne skyldtes, at omkostningerne for ydelserne på de vestlige strækninger var højere end på de nordlige, og at jernbanetransporten var udsat for en skarpere konkurrence fra andre transportmidler på de vestlige end på de nordlige strækninger.

88 Retten skal herom for det første fastslå, at den forskel i omkostningerne, som sagsøgeren har påberåbt sig, til dels er forårsaget af DB selv. DB har nemlig navnlig inden for rammerne af KLV-Neu-ordningen truffet flere rationaliseringsforanstaltninger, såsom en forøget anvendelse af direkte tog og hele tog samt en koncentreret anvendelse af nattrafik og af transport til visse endestationer for at rationalisere driften. I kraft af disse foranstaltninger var det muligt at nedsætte omkostningerne, men kun for trafikken til og fra de tyske havne (jf. præmis 83).

89 Det bemærkes i så henseende, at sagsøgeren ikke har fremført noget argument til godtgørelse af, at det var udelukket at anvende de rationaliseringsforanstaltninger, som blev truffet inden for rammerne af KVL-Neu-ordningen, på jernbaneydelserne i forbindelse med transport til belgiske og nederlandske havne og følgelig var udelukket at anvende DB'S generelle foranstaltninger for prisnedsættelse på disse ydelser. I den forbindelse virker det ikke overbevisende, når det gøres gældende, at det ikke var muligt at anvende de rationaliseringsforanstaltninger, som blev indført ved KLV-Neu-ordningen, på trafikken via de vestlige havne, fordi denne trafik var ringe, og det dermed var udelukket at benytte direkte tog og hele tog. Sagsøgeren har i øvrigt som svar på de spørgsmål, Retten stillede i retsmødet, to gange erklæret, at der blev benyttet hele tog på de vestlige strækninger.

90 Sagsøgeren har anført, at visse omkostninger var særlige for de vestlige strækninger, nemlig de omkostninger, der skyldtes skift af lokomotiver og en ny sammensætning af togvogne ved grænsen. Herom skal Retten bemærke, at disse omkostninger ikke kan udgøre mere end en begrænset del af de samlede omkostninger, der er afholdt for at kunne levere de pågældende ydelser som helhed (enhver form for tilrådighedsstillelse af lokomotiver og af trækkraft til tog), hvorfor de ikke kan retfærdiggøre de fastslåede prisforskelle. Desuden fremgår det af tallene i beslutningens bilag 15, som parterne ikke har bestridt, at de samlede takster, som henholdsvis DB og NS opkrævede af Intercontainer for deres jernbaneydelser på strækningerne mellem de tyske byer og Rotterdams havn, i gennemsnit var lavere end den takst, som DB opkrævede af Transfracht for dennes jernbaneydelser på de

nordlige strækninger. Under disse omstændigheder måtte de omkostninger, som var direkte forbundet med de ydelser, jernbanevirksomhederne præsterede, logisk være lavere på de vestlige end på de nordlige strækninger.

91 For det andet finder Retten, at den skarpere konkurrence på de vestlige strækninger mellem jernbanetransportørerne, på den ene side, og landevejstransporten og skibsfarten på de indre vandveje, på den anden side, ikke kan forklare, at Intercontainer på disse strækninger anvendte højere takster end dem, som Transfracht anvendte på de nordlige strækninger. Selv om det nemlig skulle være rigtigt, at den skarpere konkurrence mellem de forskellige transportmidler på de vestlige strækninger kunne begrunde en prisforskel, må det konstateres, at dette ud fra et forretningsmæssigt synspunkt logisk set alene kunne medføre en forskel til gunst for de takster, som blev anvendt på de vestlige strækninger.

92 Hvad angår sagsøgerens argumentation om, at Kommissionens geografiske afgrænsning af markedet var fejlagtig, fordi konkurrenceforholdene var forskellige, skal det alene fastslås, at det ikke er nogen betingelse ved afgrænsningen af det geografiske marked, at konkurrencevilkårene for de erhvervsdrivende objektivt set er helt ensartede, men blot at de er »ens« eller »tilstrækkeligt ensartede«, hvorfor det kun er de områder, inden for hvilke konkurrencevilkårene objektivt set er »uensartede«, der ikke kan anses for at udgøre ét, sammenhængende marked (jf. ovennævnte domme i sagen United Brands mod Kommissionen, præmis 11 og 53, og i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 91 og 92). I den foreliggende sag kan den skarpere konkurrence mellem de forskellige transportmidler på de vestlige strækninger ikke føre til, at de objektive konkurrencevilkår, som består på disse strækninger, må betegnes som »uensartede« i forhold til de objektive konkurrencevilkår på de nordlige strækninger.

93 Af det anførte følger, at Kommissionen har fremlagt tilstrækkeligt bevis for sine konklusioner vedrørende DB's handlemåde, og at den i tilstrækkelig grad har godtgjort, at DB herigennem påtvang ulige vilkår for ydelser af samme værdi, hvorved den stillede de af virksomhedens handelspartnere, som opererede på de

vestlige strækninger, ringere i konkurrencen i forhold til den selv og dens datterselskab Transfracht. Følgelig må også anbringendets andet led forkastes.

94 Herefter må det andet anbringende som helhed forkastes.

95 Denne konklusion afkræftes ikke af det yderligere anbringende, som sagsøgeren har fremført i replikken og under den mundtlige forhandling, og hvorefter Kommissionens konstatering af, at DB har misbrugt en dominerende stilling, er utilstrækkeligt begrundet og dermed i strid med traktatens artikel 190. I denne forbindelse bemærkes, at der efter procesreglementets artikel 48, stk. 2, ikke må fremsættes nye anbringender under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. Retten finder, at anbringendet om, at traktatens artikel 190 er tilsidesat, udgør et nyt anbringende, som ikke støttes på omstændigheder, der er kommet frem under retsforhandlingerne, hvorfor dette anbringende ikke kunne gøres gældende for første gang under sagens behandling for Retten.

96 Under alle omstændigheder har Kommissionen ved punkt for punkt at foretage en analyse af »DB's afgørende rolle for fastsættelsen af takster for transport af søcontainere fra eller til Tyskland« (143.-156. betragtning til beslutningen), af »Transfracht's og Intercontainer's takster« (162.-177. betragtning til beslutningen), af »de involverede virksomheders holdning til takstforskellens diskriminerende karakter« og navnlig »DB/Transfracht's holdning« (185.-190. betragtning til beslutningen) samt af konkurrencesituationen og produktionsomkostningerne (179.-248. betragtning til beslutningen) og ved at påvise en sammenhæng mellem disse analyser, udførligt forklaret i beslutningen, hvorfor den mente, at DB havde misbrugt sin dominerende stilling, hvorved Retten har haft mulighed for at udøve sin legalitetskontrol. Ligeledes har sagsøgeren såvel i stævningen som under retsforhandlingerne taget stilling til de betragtninger, som Kommissionen har fremført i beslutningen vedrørende konstateringen af, at der var sket et misbrug af en dominerende stilling, og dette godtgør, at beslutningen indeholdt de nødvendige oplysninger til, at sagsøgeren kunne forsvare sine interesser. Under disse omstændigheder kan begrundelsen ikke anses for at være utilstrækkelig (jf. Domstolens dom af

14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 15, og Rettens dom af 6.4.1995, sag T-150/89, Martinelli mod Kommissionen, Sml. II, s. 1165, præmis 65).

Tredje anbringende om, at retten til forsvar er tilsidesat

Parternes argumenter

97 Sagsøgeren har gjort gældende, at DB efter at have fået meddelt beslutningen anmodede Kommissionen om aktindsigt, men at Kommissionen afslog anmodningen. Det var imidlertid væsentligt for sagsøgeren at få aktindsigt, for at virksomhedens advokat kunne forberede sagen behørigt. Den omstændighed, at der blev givet aktindsigt under den forudgående administrative procedure, er i denne forbindelse irrelevant, da DB på daværende tidspunkt dels var en anden virksomhed, dels havde en anden advokat. Sagsøgeren er i hvert fald ikke længere i besiddelse af de kopier, som blev taget, da DB's advokat fik lejlighed til at gøre sig bekendt med sagens akter.

98 Endvidere anfører sagsøgeren, at der ved den tyske lov af 27. december 1993 om reorganisering af jernbanerne blev oprettet et nyt organ, det såkaldte »Bundeseisenbahnvermögen«, som officielt er DB's efterfølger. Følgelig er sagsøgeren ikke identisk med DB og heller ikke dennes efterfølger. Sagsøgeren, som kun har eksisteret siden januar 1994, er derfor blevet fuldstændig berøvet sin ret til aktindsigt på grund af Kommissionens nægtelse af at give virksomheden adgang til sagens dokumenter. Hermed har Kommissionen tilsidesat virksomhedens ret til forsvar, hvorfor den anfægtede beslutning lider af en væsentlig proceduremangel.

99 Desuden har Kommissionen med sin nægtelse af at tage hensyn til, at virksomheden har ændret identitet, tilsidesat begrundelsespligten. Sagsøgeren mener at kunne udlede af Rettens praksis, at en beslutning om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, hvorved en virksomhed, som anses for at være ansvarlig for en overtrædelse, der er begået af en anden virksomhed, pålægges en bøde, skal indeholde en udfør-

lig redegørelse for de grunde, der gør det berettiget at pålægge den virksomhed, som er pålagt bøden, ansvaret for overtrædelsen (Rettens dom af 28.4.1994, sag T-38/92, AWS Benelux mod Kommissionen, Sml. II, s. 211, præmis 26 og 27). Den anfægtede beslutning indeholder imidlertid ikke en sådan begrundelse herfor.

100 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at retten til aktindsigt ophører på det tidspunkt, da den administrative procedure er afsluttet. Når en beslutning er vedtaget og meddelt, er adressatens ret til forsvar sikret ved dennes mulighed for at anfægte beslutningen ved et søgsmål.

101 Under alle omstændigheder kan den omstændighed, at sagsøgeren har skiftet advokat, ikke efter Kommissionens opfattelse påvirke dennes ret til aktindsigt, da denne ret tilkommer den berørte virksomhed som sådan og ikke en bestemt advokat. Heller ikke den omstændighed, at virksomheden selv, som det er tilfældet i denne sag, har ændret identitet, har nogen betydning, da sagsøgeren i såvel økonomisk som juridisk henseende er DB's efterfølger, hvorfor sagsøgerens rettigheder og forpligtelser falder sammen med DB's, herunder retten til aktindsigt, som DB har gjort brug af under den forudgående administrative procedure.

Rettens bemærkninger

102 Det bemærkes, at sagsøgeren har fremsat sin anmodning om aktindsigt over for Kommissionen, efter at beslutningen var vedtaget og meddelt. Der er således tale om et forhold, som ligger efter beslutningens vedtagelse, hvorfor dennes lovlighed under ingen omstændigheder kan påvirkes af Kommissionens afslag på at give den ønskede aktindsigt (jf. Rettens dom af 6.4.1995, sag T-145/89, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. II, s. 987, præmis 30, og Domstolens dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 40).

103 Følgelig må det tredje anbringende forkastes.

104 Denne konklusion afkræftes ikke af det andet anbringende, som sagsøgeren har fremført vedrørende proceduren, og som er, at begrundelsen for at anse sagsøgeren for ansvarlig for den fastslåede overtrædelse var utilstrækkelig. Dette anbringende blev først fremført i replikken, og selv om det blev gjort gældende som led i argumentationen om aktindsigt, finder Retten, at det indholdsmæssigt adskiller sig fra spørgsmålet om aktindsigt og fra de øvrige spørgsmål, som er rejst i stævningen, og følgelig er et nyt, selvstændigt anbringende. Da det ikke støttes på retlige og faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne, finder Retten ikke, at sagsøgeren var berettiget til at fremsætte det under sagens behandling for Retten (jf. det i præmis 95 omhandlede anbringende).

105 Det af sagsøgeren i replikken fremførte anbringende om, at begrundelsen er utilstrækkelig, må dog under alle omstændigheder forkastes. Kommissionen har nemlig anført i 13. betragtning til beslutningen, at sagsøgeren med virkning fra den 1. januar 1994 efterfulgte DB og dermed var dennes retssuccessor. Retten finder, at denne oplysning giver en tilstrækkelig forklaring på, hvorfor Kommissionen anså sig for berettiget til at opfordre sagsøgeren til at bringe den af DB begåede overtrædelse af traktatens artikel 86 til ophør og til at pålægge sagsøgeren en bøde for samme overtrædelse (beslutningens artikel 3 og 4). Inden for rammerne af den foreliggende sag er Kommissionens vurdering på dette punkt i øvrigt fuldstændig korrekt, da det fremgår af den tyske lov om reorganisering af jernbanerne, hvorved Bundeseisenbahnvermögen blev oprettet, at sagsøgeren i kraft af Bundeseisenbahnvermögen overtog DB's formue i det omfang, det var nødvendigt for leveringen af jernbaneydelser og driften af jernbanenettet.

106 Den foreliggende sag adskiller sig i øvrigt fra de omstændigheder, der lå til grund for dommen i ovennævnte sag, AWS Benelux mod Kommissionen, hvori Retten fastslog, at under hensyn til, at den påtænkte handlemåde berørte flere virksomheder, var det nødvendigt at give en udførlig begrundelse for at anse den virksomhed, som var pålagt bøden, for ansvarlig for overtrædelsen. I den nævnte sag havde flere

virksomheder deltaget i den administrative procedure, hvilket havde rejst en række komplicerede spørgsmål vedrørende pålæggelsen af ansvaret for overtrædelsen, efter at denne sluttelig var fastslået. I den foreliggende sag er der derimod kun én virksomhed, nemlig DB, som har begået den overtrædelse, for hvilken Kommissionen har pålagt en sanktion. Den blotte konstatering af, at sagsøgeren var DB's efterfølger, var derfor en tilstrækkelig begrundelse for at anse sagsøgeren for at være ansvarlig for overtrædelsen.

Fjerde anbringende om, at retssikkerhedsprincippet og princippet om god forvaltning er tilsidesat

Parternes argumenter

107 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen længe havde været bekendt med DB's tarifpolitik og ved flere lejligheder havde udtalt, at den var i overensstemmelse med fællesskabsretten.

108 I den forbindelse henviser sagsøgeren til, at Kommissionen ved en skriftlig forespørgsel fra et medlem af Europa-Parlamentet, nr. 1720/81 af 9. februar 1982, var blevet anmodet om at angive, »hvornår og hvorledes ... Kommissionen [vil] gøre en ende på konkurrencefordrejningen mellem vesttyske og nederlandske nordsøhavne, som har sin årsag i en diskriminerende takstpolitik fra Deutsche Bundesbahn's side«, og at Kommissionen havde givet følgende besvarelse af dette spørgsmål: »... alle hidtidige undersøgelser vedrørende disse tariffer eller dette tarifsystem har ført til den konstatering, at forskellene mellem priserne for jernbanetransport til de nederlandske søhavne og til de tyske søhavne ikke skyldes diskriminerende tariffer. Det drejer sig i det konkrete tilfælde om korrekt beregnede konkurrencetariffer, som DB under hensyntagen til kostpriserne og markedssituationen anvender i selskabets egen forretningsmæssige interesse« (EFT C 198, s. 2). I sin besvarelse af en ny forespørgsel fra et parlamentsmedlem i 1983 gentog Kommissionen denne opfattelse (svar på skriftlig forespørgsel nr. 664/83, EFT C 308, s. 13).

109 I 1986 havde Kommissionen i sit svar på endnu en forespørgsel i Parlamentet på ny anerkendt de prisforskelle, som gjaldt på det indenlandske tyske og det internationale transportmarked, idet Kommissionen svarede, at »[Transfracht og Intercontainer] på disse forskellige markeder, hvor konkurrencen er meget hård, anvender ... transportpriser, der fastsættes i forhold til de priser, der tages af de konkurrerende transportvirksomheder«, hvorfor de »i praksis anvendte priser ikke kan betragtes som en 'støtte af en sådan art, at den medfører en konkurrenceforvridning'« (svar på skriftlig forespørgsel nr. 911/86, EFT 1987 C 198, s. 6).

110 Sagsøgeren anfører, at den anfægtede beslutning er i åbenbar modstrid med den holdning, som Kommissionen indtog i Parlamentet. Den finder, at Kommissionen groft har tilsidesat retssikkerhedsprincippet og princippet om god forvaltning ved at ændre sin transportpolitik så gennemgribende og pludseligt uden så meget som at bekendtgøre det ved en meddelelse i EF-Tidende.

111 Kommissionen anfører, at den ikke har givet sagsøgeren grund til at nære nogen berettiget forventning. Den understreger, at den ikke i nogen af de tre erklæringer i Parlamentet, som sagsøgeren har henvist til, udtalte sig om lovligheden af DB's tarifpolitik efter Fællesskabets konkurrenceregler, men blot gav udtryk for, at den ikke på daværende tidspunkt var i besiddelse af oplysninger, som gav den grundlag for at antage, at konkurrencereglerne var tilsidesat. Kommissionen tilføjer i øvrigt, at den på ny tog stilling til samme spørgsmål i Parlamentet, da den i april 1989 besvarede den skriftlige forespørgsel nr. 2172/88 (EFT 1989 C 255, s. 23). Heller ikke ved den lejlighed udtalte den sig imidlertid om lovligheden af DB's handlemåde, da den ikke rådede over oplysninger herom, men bemærkede, at »såfremt de berørte parter måtte ønske at oplyse Kommissionen om grunden til, at de anser disse tariffer for diskriminerende, kan spørgsmålet tages op sammen med de kompetente myndigheder«.

112 Endvidere anfører Kommissionen, at de citerede erklæringer ikke har relevans for sagen, da de stammer fra 1982, 1983 og 1986 samt april 1989, hvorimod den anfægtede beslutning vedrører DB's handlemåde inden for rammerne af MCN-aftalen mellem den 1. oktober 1989 og den 31. juli 1992.

Rettens bemærkninger

113 Ifølge fast retspraksis skal retssikkerhedsprincippet sikre forudsigelighed i forbindelse med de situationer og retsforhold, der henhører under fællesskabsretten (Domstolens dom af 15.2.1996, sag C-63/93, Duff m.fl., Sml. I, s. 569, præmis 20). I den forbindelse er det væsentligt, at Fællesskabets institutioner overholder princippet om, at der ikke må ændres i en retsakt, der er vedtaget af dem, og som påvirker den retlige og faktiske stilling hos de retssubjekter, der er berørt deraf, hvorfor sådanne retsakter kun kan ændres under overholdelse af de gældende kompetence- og procedureregler (Rettens dom af 27.2.1992, forenede sager T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315, præmis 35, og af 6.4.1995, forenede sager T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 og T-112/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 73).

114 Retten finder ikke, at Kommissionens besvarelser af de spørgsmål fra medlemmer af Europa-Parlamentet, som sagsøgeren har citeret, har bindende retsvirkning, eller at de kunne berøre DB's retlige og faktiske stilling. Desuden må det konstateres, at Kommissionen i sine besvarelser udtalte sig med stor varsomhed hvad angik DB's tarifpolitik. Navnlig talte Kommissionen i sin besvarelse af den skriftlige forespørgsel nr. 1720/81 om de »hidtidige undersøgelser« i forbindelse med sin vurdering af DB's tarifpolitik og understregede, at den var »rede til at undersøge det af det ærede medlem nævnte tilfælde, hvis den modtager mere præcise oplysninger om bl.a. de pågældende trafikforbindelser og de anvendte transportpriser og

-vilkår«. Følgelig modsiger den anfægtede beslutning, som netop er baseret på sådanne »mere præcise oplysninger«, ikke de svar, Kommissionen afgav i Parlamentet, og ændrer dermed ikke disses virkninger.

115 Følgelig kunne sagsøgeren hverken under henvisning til retssikkerhedsprincippet støtte noget krav på Kommissionens erklæringer i Parlamentet eller med føje gøre gældende, at virksomheden havde en berettiget forventning som følge af disse erklæringer.

116 Endelig er det ikke uforeneligt med kravet om god forvaltning, at Kommissionen udtalte sig med forbehold, da den besvarede forespørgslerne i Parlamentet, og senere hen, da den rådede over mere præcise oplysninger som følge af den indgivne klage og de undersøgelser, der var foretaget under den administrative procedure, indtog en fastere og mere kritisk holdning, men en sådan handlemåde er snarere en illustration af dette princip.

117 Følgelig må også det fjerde anbringende forkastes.

Den subsidiære påstand om annullation af bøden eller om nedsættelse heraf

Parternes argumenter

118 Sagsøgeren har gjort gældende, at den bøde, som er pålagt virksomheden, strider mod proportionalitetsprincippet. Det gælder navnlig, fordi Kommissionen, uanset at den var fuldt ud bekendt med jernbanevirksomhedernes praksis, ikke igennem 20 år havde fastslået, at der var begået nogen overtrædelser af konkurrencereglerne på området for jernbanetransport. Ifølge sagsøgeren bør en bøde ophæves eller i det mindste nedsættes, når Kommissionen har tøvet med at skride ind over for

angivelige konkurrenceforvridninger (jf. Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 51 og 52).

119 Bødens størrelse står endvidere i misforhold til karakteren af den påståede overtrædelse. De følger af overtrædelsen, som Kommissionen mener, der er ført bevis for, er nemlig i virkeligheden slet ikke indtrådt. Sagsøgeren anfører i den forbindelse, at den tarifpraksis, Kommissionen har undersøgt, ikke medførte noget tab for de virksomheder, som er sammensluttet i den forening, der har indgivet klagen, og at den ikke har medført nogen omstilling hos de belgiske og nederlandske forsendelsesvirksomheder til andre transportformer på markedet for de transporter, der generelt transiterer via de vestlige havne. I øvrigt var det selv teoretisk set næppe muligt at foretage en sådan omstilling, da landevejs- og vandvejstransporten allerede i forvejen var de mest anvendte transportformer på dette marked.

120 Endelig kritiserer sagsøgeren Kommissionen for, at den i strid med sin administrative praksis for beregning af bøder har beregnet de grænser, som er fastsat i artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 1017/68, på grundlag af DB's samlede omsætning (12,9 mia. ECU i 1993) og ikke på grundlag af omsætningen for containertransport (461 mio. DM i 1993).

121 Kommissionen har bekræftet, at den anfægtede bøde er den første, som er pålagt i medfør af forordning nr. 1017/68, men at denne omstændighed ikke kan antages at have påvirket fastsættelsen af bødens størrelse. Denne er fuldt ud berettiget, da DB var helt klar over den diskriminerende praksis, den fulgte, og ikke havde været villig til at ophøre dermed.

122 Desuden havde DB's handlemåde alvorlige følger. Den trafik, som transiterede via de nordlige havne, steg nemlig med 20% i perioden 1989-1991, og den trafik, der transiterede via de vestlige havne, faldt med 10%. Kommissionen erkender, at den

sagkyndiges rapport synes at vise, at trafikken har været mere eller mindre konstant inden for undersøgelsesperioden, men at DB med sin handlemåde, uanset om beregningerne i denne rapport er korrekte eller ej, må antages at have haft til hensigt at hindre en forøgelse af jernbanetransporten af containere på de vestlige strækninger, hvilket i sig selv udgør en grov tilsidesættelse af konkurrencereglerne.

123 Endelig henviser Kommissionen til, at den ikke efter Rettens praksis er forpligtet til at tilkendegive, at den agter at pålægge en bøde, og i øvrigt, at den indledte undersøgelsen, så snart den modtog klagen. Endelig anfører den, at bødens størrelse ligger inden for de grænser, som er fastsat i artikel 22 i forordning nr. 1017/68.

Rettens bemærkninger

124 Indledningsvis bemærkes, at artikel 22 i forordning nr. 1017/68 giver Kommissionen beføjelse til at pålægge en bøde for overtrædelse af samme forordnings artikel 8. Retten finder, at den omstændighed, at Kommissionen fastslog, at traktatens artikel 86 og ikke artikel 8 i forordning nr. 1017/68 var overtrådt, ikke forhindrede den i at pålægge en bøde i medfør af artikel 22 i forordning nr. 1017/68, da de relevante bestemmelser i artikel 8 i forordning nr. 1017/68 har samme ordlyd og anvendelsesområde som traktatens artikel 86 (jf. præmis 77). I øvrigt har sagsøgeren ikke rejst indsigelse mod, at Kommissionen valgte artikel 22 i forordning nr. 1017/68 som retlig hjemmel til pålæggelse af bøden.

125 Det bemærkes endvidere indledningsvis, at Retten ifølge artikel 24 i forordning nr. 1017/68 har fuld prøvelsesret i traktatens artikel 172's forstand i sager vedrørende beslutninger, hvorved Kommissionen har fastsat en bøde eller en tvangsbøde.

126 Hvad angår beregningen af bøden konstaterer Retten, at Kommissionen har holdt sig inden for den maksimale grænse på 10%, som er fastsat i artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 1017/68. Ifølge denne bestemmelse kan Kommissionen pålægge bøder på op til 10% af »omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen«. Ifølge fast retspraksis kan Kommissionen i denne forbindelse tage hensyn såvel til virksomhedens samlede omsætning som til den del af omsætningen, der hidrører fra de ydelser, som er omfattet af overtrædelsen (ovennævnte dom i sagen Compagnie maritime belge transport m.fl. mod Kommissionen, præmis 233). Efter de oplysninger, parterne har afgivet, svarer bøden på 11 mio. ECU til mindre end 0,1% af DB's omsætning i 1993 og til mindre end 5% af DB's omsætning i 1993 for containertransport. Følgelig har Kommissionen i alle henseender holdt sig inden for den grænse, som er fastsat i artikel 22 i forordning nr. 1017/68.

127 Hvad angår fastsættelsen af bødens størrelse inden for de kvantitative grænser, som er fastsat i artikel 22 i forordning nr. 1017/68, bør det fremhæves, at bøder er et middel i Kommissionens konkurrencepolitik, hvorfor den bør have et vist skøn ved udmålingen af bøderne på en sådan måde, at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne (Rettens dom i ovennævnte sag Martinelli mod Kommissionen, præmis 59, og dom af 11.12.1996, sag T-49/95, Van Megen Sports mod Kommissionen, Sml. II, s. 1799, præmis 53). Retten kan dog efterprøve, om størrelsen af den pålagte bøde står i rimeligt forhold til overtrædelsens varighed og de øvrige faktorer, der indgår i vurderingen af dennes grovhed, såsom den indflydelse, virksomheden har kunnet udøve på markedet, den fortjeneste, den har kunnet opnå ved sin praksis, størrelsen og værdien af de pågældende ydelser samt den risiko, som overtrædelsen indebærer for gennemførelsen af Fællesskabets mål (jf. Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80, 101/80, 102/80 og 103/80, Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 120 og 129).

128 I den foreliggende sag finder Retten, at DB ikke kunne være uvidende om, at den ved sin handlemåde i kraft af dennes rækkevidde, varighed og systematiske karakter væsentligt begunstigede de transporter, som transiterede via tyske havne og dermed væsentligt begrænsede konkurrencen. Følgelig kunne Kommissionen med føje antage, at overtrædelsen var begået forsætligt (jf. herom Rettens dom af 2.7.1992,

sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 157). Desuden har Kommissionen med rette taget hensyn til, at overtrædelsen strakte sig over et relativt langt tidsrum (mindst to år og ti måneder), samt til, at DB ikke på nogen måde ville forpligte sig til at ændre sin praksis efter at have modtaget meddelelsen om klagepunkterne, og til de forretningsmæssige fordele, som DB havde af overtrædelsen.

129 Det følger af de foranstående betragtninger, at Kommissionen rådede over beviser for, at det konstaterede misbrug var af særlig grov karakter, hvorfor størrelsen af den pålagte bøde — og navnlig den procentsats, denne udgjorde af omsætningen — ikke står i misforhold til overtrædelsen.

130 Kommissionen var ikke, som hævdet af sagsøgeren, forpligtet til at fastsætte et lavere beløb, fordi den ikke tidligere havde pålagt nogen bøder inden for den pågældende sektor. I den forbindelse bemærkes, at den omstændighed, at der er tale om en afgørelse uden fortilfælde, ikke kan anføres til støtte for en nedsættelse af bøden, når det er ubestrideligt, at der foreligger et groft misbrug af en dominerende stilling og alvorlige konkurrencebegrænsninger (jf. ovennævnte dom i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 239, og Domstolens dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 46-49). Sagsøgeren kan heller ikke med rette kritisere Kommissionen for, at den tøvede med at gribe ind og herved bidrog til, at overtrædelsen varede længere. I den forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen iværksatte en undersøgelse, så snart den modtog en klage vedrørende sagsøgerens tarifpraksis.

131 Retten finder derfor, at der hverken er grundlag for at ophæve den sagsøgeren pålagte bøde eller for at nedsætte den.

132 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at Kommissionen må frifindes.

Sagens omkostninger

133 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, pålægges denne omkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Udvidede Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Saggio Kalogeropoulos Tiili

Moura Ramos Jaeger

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. oktober 1997.

H. Jung A. Saggio

Justitssekretær Præsident