ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer — uitgebreid)
21 oktober 1997 *

In zaak T-229/94,

Deutsche Bahn AG, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Frankfurt (Duitsland), vertegenwoordigd door J. Sedemund, advocaat te Keulen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. May, Grand-Rue 31,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door N. Lorenz, lid van haar juridische dienst, en G. de Bergues, nationaal ambtenaar gedetacheerd bij de Commissie, en vervolgens door K. Wiedner, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door H.-J. Freund, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 94/210/EG 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; PB 1994, L 104, blz. 34), of subsidiair tot intrekking of verlaging van de bij deze beschikking aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

* Procestaal: Duits.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: A. Saggio, president, A. Kalogeropoulos, V. Tiili, R. M. Moura Ramos en M. Jaeger, rechters,

griffier: A. Mair, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 28 januari 1997,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 Op 1 april 1988 sloten de ondernemingen Deutsche Bundesbahn (hierna: „DB", in 1994 opgevolgd door de Deutsche Bahn, hierna: „verzoekster"), de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (hierna: „NMBS"), de Nederlandse Spoorwegen (hierna: „NS"), Intercontainer en Transfracht een overeenkomst tot oprichting van een samenwerkingsnetwerk, genaamd „Maritime Container Network (MCN)" (hierna: „MCN-overeenkomst").

2 Onder „maritieme container" („maritime container") wordt verstaan: een container die voornamelijk over zee wordt vervoerd, maar daarvoor en daarna over land moet worden vervoerd. De MCN-overeenkomst betrof het vervoer per spoor van maritieme containers van herkomst uit of met als bestemming Duitsland via een

Duitse, een Nederlandse of een Belgische haven. De Duitse havens, in het kader van de MCN-overeenkomst aangeduid als „noordelijke havens", waren met name Hamburg, Bremen en Bremerhaven. De Belgische en de Nederlandse havens, aangeduid als „westelijke havens", waren met name Antwerpen en Rotterdam.

3 De DB, thans verzoekster, de NMBS en de NS zijn nationale spoorwegondernemingen in respectievelijk Duitsland, België en Nederland. Intercontainer en Transfracht zijn ondernemingen die actief zijn in de sector van het vervoer van maritieme containers, en die daartoe van de spoorwegondernemingen de benodigde spoorvervoerdiensten kopen, zoals het ter beschikking stellen van locomotieven en de toegang tot de infrastructuur. Intercontainer is als gemeenschappelijke dochteronderneming van 24 Europese spoorwegondernemingen een vennootschap naar Belgisch recht. Transfracht is een vennootschap naar Duits recht en voor 80 % in handen van DB, thans van verzoekster.

4 Reeds voor de totstandkoming van de MCN-overeenkomst was de organisatie van het in de overeenkomst geregelde vervoer in feite over de vijf genoemde ondernemingen verdeeld. Volgens deze verdeling, waaraan de MCN-overeenkomst niets heeft veranderd, verzorgde Transfracht het vervoer van maritieme containers van of naar Duitsland via Duitse havens. Intercontainer verzorgde het vervoer van maritieme containers van of naar Duitsland via Belgische en Nederlandse havens. Om hun opdrachtgevers een integrale vervoersprestatie te kunnen bieden, moesten Transfracht en Intercontainer bij DB (Transfracht), respectievelijk NMBS en NS (Intercontainer) bepaalde spoorwegdiensten kopen, aangezien die ondernemingen ieder op hun eigen grondgebied het wettelijk monopolie op dergelijke dienstverrichtingen bezaten, zoals het ter beschikking stellen van locomotieven en machinisten en het verlenen van toegang tot de spoorweginfrastructuur.

5 Bij de MCN-overeenkomst waren twee coördinerende structuren ingesteld, die geen rechtspersoonlijkheid bezaten, namelijk een comité van beheer (Steering Committee) en een gemeenschappelijk bureau. De leden en de medewerkers van deze twee organen werden aangewezen door Transfracht en Intercontainer. Onder

de zes leden van het Steering Committee moesten altijd drie afgevaardigden van DB en/of Transfracht zijn, een afgevaardigde van NMBS en een afgevaardigde van NS. Het Steering Committee was het besluitvormings- en toezichthoudend orgaan van de MCN, terwijl het gemeenschappelijk bureau als beheersorgaan functioneerde. In concreto was het Steering Committee belast met de besluitvorming met betrekking tot de aangeboden diensten en prijzen voor het vervoer van maritieme containers, en was het gemeenschappelijk bureau belast met de uitvoering en marketing van de activiteiten van Transfracht en Intercontainer op het gebied van aankoop, verkoop en tarifering. Enkele andere activiteiten, zoals facturering aan klanten, werden door Transfracht en Intercontainer afzonderlijk verricht.

6 Ingevolge paragraaf 9 van de MCN-overeenkomst moesten de besluiten van het Steering Committee met eenparigheid van stemmen worden genomen.

7 Op 16 mei 1991 maakte de vereniging Havenondernemersvereniging SVZ (hierna: „HOV-SVZ"), een vereniging van ondernemingen die bedrijvig zijn in de haven van Rotterdam, de Commissie opmerkzaam op het feit dat DB voor het vervoer van maritieme containers naar of van Duitsland via Belgische en Nederlandse havens veel hogere tarieven hanteerde dan voor hetzelfde vervoer via Duitse havens. Volgens HOV-SVZ beoogde DB daarmee haar vervoersdiensten waarbij zij het gehele traject per spoor verzorgde, te bevoordelen. Deze praktijk leverde volgens klaagster een misbruik van een machtspositie op, in strijd met het bepaalde in artikel 86 van het Verdrag. Bovendien achtte HOV-SVZ de MCN-overeenkomst in strijd met artikel 85 van het Verdrag.

8 Op 31 juli 1992 richtte de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan de ondernemingen die partij waren bij de MCN-overeenkomst, die na ontvangst daarvan de overeenkomst ontbonden. Na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar erkende DB tevens, dat zij voor vervoer via de noordelijke havens andere tarieven hanteerde dan voor vervoer via de westelijke havens, maar zij bestreed dat deze verschillen discriminerend waren. Zij benadrukte, dat de tarieven

objectief waren vastgesteld op basis van de afstand van het traject, de productiekosten en de mededingingsverhoudingen op de markt.

9 Op 25 augustus 1992 kon de raadsman van DB bij de Commissie het dossier raadplegen en maakte hij van de meeste stukken in dit dossier kopieën.

10 Op 15 december 1992 vond een hoorzitting plaats bij de Commissie. Aan die zitting werd deelgenomen door vertegenwoordigers van de Commissie, DB en Transfracht, NMBS, NS, Intercontainer en zeven Lid-Staten.

11 Op 29 maart 1994 gaf de Commissie beschikking 94/210/EG inzake een procedure betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN; PB 1994, L 104, blz. 34; hierna: „beschikking"). De beschikking is gebaseerd op het EG-Verdrag en 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 (PB 1968, L 175, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1017/68").

12 Omtrent de verenigbaarheid van de MCN-overeenkomst met de communautaire mededingingsregels overweegt de Commissie in de beschikking, dat de MCN-overeenkomst — in strijd met het bepaalde in artikel 85, lid 1, van het Verdrag — een beperking van de mededinging op de markt van vervoer over land van maritieme containers tussen het Duitse grondgebied en de tussen Antwerpen en Hamburg gelegen havens tot doel en ten gevolge had, aangezien zij de mededinging tussen Intercontainer en Transfracht uitschakelde, voor zover deze diensten van gecombineerd vervoer aanboden aan maritieme verladers of reders, aangezien zij de mededinging tussen de spoorwegondernemingen onderling uitschakelde, voor zover zij hun vervoersdiensten aan maritieme verladers of reders aanboden, de mededinging tussen spoorwegondernemingen enerzijds en Intercontainer en Transfracht anderzijds uitschakelden, voorzover deze hun vervoersdiensten aan maritieme verladers en reders aanboden, en aangezien zij de toegang tot de markt voor nieuwe concurrenten van Transfracht en Intercontainer bemoeilijkte (punten 76-89 van de beschikking). Verder wordt in dit verband in de beschikking verklaard, dat de overeenkomst niet onder de werkingssfeer van de uitzonderings-

bepaling van artikel 3 van verordening nr. 1017/68 valt, omdat zij niet strekt tot rechtstreekse toepassing van technische verbeteringen of het rechtstreeks tot stand brengen van een technische samenwerking (punten 91-98 van de beschikking), en dat zij evenmin voor een vrijstelling uit hoofde van artikel 5 van verordening nr. 1017/68 in aanmerking kwam, omdat de overeenkomst niet wordt geacht de kwaliteit van de vervoersdiensten per spoor te verbeteren of de productiviteit van de ondernemingen of hun technische en economische vooruitgang te dienen (punten 99-103 van de beschikking).

13 Omtrent de vraag, in hoeverre de tariefpraktijken van de DB verenigbaar zijn met de communautaire mededingingsregels, wordt in de beschikking ten eerste opgemerkt, dat DB wegens haar wettelijk monopolie een machtspositie bekleedt op de markt voor spoorvervoerdiensten in Duitsland, en wordt vervolgens vastgesteld, dat DB misbruik van deze machtspositie heeft gemaakt door aldus te handelen, dat voor het vervoer tussen een Belgische of een Nederlandse haven en Duitsland aanzienlijk hogere tarieven golden dan voor het vervoer tussen plaatsen in Duitsland en de Duitse havens. In dit verband wordt in de beschikking gepreciseerd, dat DB niet alleen volledig vat had op het tariefniveau voor het vervoer van containers naar en van de noordelijke havens, maar eveneens op het tariefniveau voor het vervoer naar en van de westelijke havens. DB was immers, in haar positie van enige leverancier van spoorvervoersdiensten voor het in Duitsland gelegen deel van het traject, bij machte om het niveau van de tarieven waartegen Intercontainer verkoopt, te beheersen; in de tweede plaats was zij, gelet op de samenstelling van het Steering Committee en op het feit dat het gemeenschappelijk bureau in het kantoor van de vennootschap Transfracht was ondergebracht, in staat om elk voor haar ongunstig besluit in het kader van de MCN-overeenkomst tegen te houden; in de derde plaats had zij eenzijdig, buiten het kader van de MCN-overeenkomst en korte tijd na de totstandkoming daarvan, een nieuw tariefsysteem ingevoerd, genaamd „kombinierter Ladungsverkehr-Neu" (hierna: „KLV-Neu"), waarbij aanzienlijke prijsverminderingen werden aangeboden op de trajecten van en naar de noordelijke havens, maar niet op de trajecten van en naar de westelijke havens (punten 139-187 van de beschikking).

14 In de beschikking wordt vervolgens overwogen, dat de gesignaleerde tariefverschillen niet konden worden gerechtvaardigd door het feit dat het vervoer per spoor op de trajecten via de westelijke havens sterkere concurrentie ondervindt van het wegvervoer en de binnenvaart dan op de trajecten via de noordelijke havens,

noch door het feit, dat de productiekosten op de trajecten via de westelijke havens hoger zijn dan op de trajecten via de noordelijke havens. Dienaangaande wordt in de beschikking verklaard, dat sterkere concurrentie op de trajecten via de westelijke havens juist tot voordeliger tarieven op die trajecten zou moeten leiden, en dat DB niet een logische relatie tussen de kostenverschillen en de tariefverschillen heeft aangetoond (punten 199-234 van de beschikking).

15 Ten slotte, aldus de beschikking, is een inbreuk door DB op artikel 86 van het Verdrag in ieder geval voor de periode van 1 oktober 1989 tot en met 31 juli 1992 vast komen te staan, en moet aan DB een geldboete worden opgelegd, in aanmerking nemende dat DB geen enkele verbintenis is aangegaan om haar tariefpraktijken aan te passen, dat de inbreuk opzettelijk is gepleegd en bijzonder ernstig is, ook al omdat deze de ontwikkeling van het spoorwegvervoer heeft belemmerd, die juist een belangrijke doelstelling is van het vervoersbeleid van de Gemeenschap (punten 255-263 van de beschikking).

16 In artikel 1 van de beschikking wordt eerst vastgesteld, dat DB, NMBS, NS, Intercontainer en Transfracht inbreuk hebben gemaakt op artikel 85 van het Verdrag door de MCN-overeenkomst 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 gemeenschappelijk bureau op basis van in dit bureau overeengekomen tarieven wordt verhandeld. Vervolgens wordt in artikel 2 vastgesteld, dat DB inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 van het Verdrag, 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. In artikel 4 ten slotte wordt aan DB krachtens artikel 22 van verordening nr. 1017/68 een geldboete van 11 000 000 ECU opgelegd, wegens schending van artikel 86 van het Verdrag (zie eveneens de punten 255 en 256 van de beschikking).

17 De beschikking is op 8 april 1994 aan verzoekster betekend.

18 Bij schrijven van 27 april 1994 heeft de raadsman van verzoekster de Commissie verzocht de stukken in het dossier te kunnen raadplegen waarop de beschikking was gebaseerd, om de belangen van zijn cliënt optimaal te kunnen verdedigen. Bij schrijven van 5 mei 1994 heeft de Commissie dat verzoek afgewezen, op grond dat DB reeds tijdens de precontentieuze procedure toestemming had verkregen om de stukken in het dossier te raadplegen.

Procesverloop en conclusies van partijen

19 Onder deze omstandigheden heeft verzoekster bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 juni 1994, het onderhavige beroep ingesteld.

20 Bij schrijven van 31 augustus 1994 heeft verzoekster het Gerecht een deskundigenrapport doen toekomen, getiteld „Kosten- und Marktanalyse für Containerverkehre in die West- und Nordhäfen ex BRD für den Zeitraum 1989-1992 im Auftrag der Deutschen Bahn AG" („Kosten- en marktanalyse voor het containervervoer naar de westelijke en noordelijke havens vanuit de BRD in de periode 1989-1992 in opdracht van de Deutsche Bahn AG"). Het Gerecht heeft erin toegestemd dit rapport aan het dossier toe te voegen, en op 15 september 1994 is een afschrift van het rapport aan verweerster toegezonden.

21 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten, zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang is partijen evenwel verzocht, een aantal vragen schriftelijk te beantwoorden vóór de terechtzitting.

22 Partijen hebben pleidooi gevoerd en mondelinge vragen van het Gerecht beantwoord ter openbare terechtzitting van 28 januari 1997.

23 Verzoekster concludeert, dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de beschikking nietig te verklaren, voor zover haar daarbij een geldboete wordt opgelegd;

— meer subsidiair, het bedrag van de geldboete te verlagen;

— verweerster te verwijzen in de kosten.

24 Verweerster concludeert, dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

De vordering tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking

25 Tot staving van haar vordering tot nietigverklaring voert verzoekster in haar verzoekschrift in wezen vier middelen aan: i) schending van artikel 85 van het Verdrag en van de handelingen die de Raad heeft vastgesteld ter bepaling van de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag op het gebied van het vervoer; ii) schending van artikel 86 van het Verdrag; iii) schending van het recht van verweer, en iv) schending van de beginselen van rechtszekerheid en van goed bestuur.

Het eerst middel: schending van artikel 85 van het Verdrag en van de handelingen die de Raad heeft vastgesteld ter bepaling van de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag op het gebied van het vervoer

Argumenten van partijen

26 Verzoekster stelt, dat de MCN-overeenkomst een technische overeenkomst was, als bedoeld in artikel 3, lid 1, sub c, van verordening nr. 1017/68, en derhalve niet viel onder het verbod van mededingingsregelingen, als bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en artikel 85 van het Verdrag. De overeenkomst had tot doel een samenwerking tot stand te brengen in technische aangelegenheden, zoals de vaststelling van de dienstregeling, het wisselen van locomotieven en aflossen van personeel aan de grens en de bepaling van de terminals.

27 Voor zover de overeenkomst een gemeenschappelijke vaststelling van de tarieven beoogde, merkt verzoekster op, dat artikel 3 van verordening nr. 1017/68, artikel 4 van beschikking 82/529/EEG van de Raad van 19 juli 1982 betreffende de prijsvorming in het internationale goederenvervoer per spoor (PB 1982, L 234, blz. 5; hierna: „beschikking 82/529"), en de artikelen 1 en 4 van aanbeveling 84/646/EEG van de Raad van 19 december 1984 gericht tot de nationale spoorwegondernemingen van de Lid-Staten voor een intensievere samenwerking bij het internationale reizigers- en goederenvervoer (PB 1984, L 333, blz. 63; hierna: „aanbeveling 84/646"), uitdrukkelijk toestaan, dat verschillende spoorwegondernemingen onderling gemeenschappelijke tarieven voor het gecombineerde goederenvervoer vaststellen.

28 Subsidiair betoogt verzoekster, dat de MCN-overeenkomst ingevolge artikel 5 van verordening nr. 1017/68 had moeten worden vrijgesteld van het verbod van mededingingsregelingen, en dat de beschikking geen enkele reden noemt, waarom geen gebruik is gemaakt van deze bepaling.

29 Meer subsidiair merkt verzoekster op, dat de conclusie van de Commissie, dat de MCN-overeenkomst de mededinging heeft uitgeschakeld, onjuist is, omdat Intercontainer en Transfracht op verschillende trajecten opereren en dus geen concurrenten zijn, en de nationale spoorwegondernemingen evenmin met elkaar in concurrentie staan.

30 Volgens verweerster staat artikel 3 van verordening nr. 1017/68 alleen overeenkomsten toe, die uitsluitend het aanbrengen van technische verbeteringen of het tot stand brengen van technische samenwerking tot doel en tot gevolg hebben. De MCN-overeenkomst ging dit technische kader te buiten, omdat zij de vaststelling van een gemeenschappelijk tariefstelsel beoogde.

31 In dit verband zet verweerster uiteen, dat de in artikel 3 van verordening nr. 1017/68 vervatte vergunning voor „de vaststelling en toepassing van algemene vervoerprijzen en-voorwaarden, met inbegrip van mededingingsprijzen" niet gelijk staat met een toestemming voor een onderlinge afstemming van de prijzen met het doel de mededinging uit te schakelen en de markten te verdelen. Hetzelfde geldt voor artikel 4 van beschikking 82/529. Dit artikel staat de spoorwegondernemingen niet toe, om gezamenlijk het gehele grensoverschrijdende vervoer per spoor van containers te organiseren, maar laat alleen vormen van samenwerking toe, die dienen te voorkomen dat de monopolies op het gebied van spoorwegmaterieel en toegang tot het spoorwegnet de goede werking van het grensoverschrijdende vervoer belemmeren. Met betrekking tot aanbeveling 84/646 merkt verweerster op, dat de MCN-overeenkomst niet onder de werkingssfeer daarvan valt, omdat bij de overeenkomst niet alleen drie spoorwegondernemingen, maar ook twee vervoersondernemers zijn betrokken, terwijl de aanbeveling alleen aan de spoorwegondernemingen is gericht en hoe dan ook alleen tot doel heeft, vormen van grensoverschrijdende samenwerking te stimuleren die door het bestaan van monopolies nodig zijn geworden.

32 Tegen het argument van verzoekster, dat de MCN-overeenkomst krachtens artikel 5 van verordening nr. 1017/68 had moeten worden vrijgesteld, brengt verweerster in, dat de in deze bepaling geformuleerde toepassingsvoorwaarden niet waren vervuld wegens de aanzienlijke mededingingsbeperkingen die de MCN-overeenkomst teweeg bracht.

33 Ten slotte merkt verweerster op, dat er een echte mededinging bestond tussen DB, NMBS en NS, en tussen Intercontainer en Transfracht, onder meer doordat DB en Transfracht belang hebben bij zoveel mogelijk vervoerbewegingen over de trajecten naar de noordelijke havens, terwijl de NMBS, NS en Intercontainer commercieel belang hadden bij een concentratie van het verkeer naar het westen. Verweerster spreekt in deze context van een „vervoerstrajecten-concurrentie".

Beoordeling door het Gerecht

34 Om te beginnen zij vastgesteld, dat de MCN-overeenkomst onder meer tot doel had een gemeenschappelijk beheer op te zetten voor de tarifering van het vervoer per spoor van maritieme containers van of naar Duitsland via Duitse, Belgische en Nederlandse havens. Uit de bewoordingen van de overeenkomst zelf blijkt, dat aan het Steering Committee als taak was opgedragen de „vaststelling of wijziging van het ondernemingsbeleid op korte, middellange en lange termijn met betrekking tot het in deze overeenkomst bedoelde vervoer, met name de vaststelling of wijziging van het verkoop- en het prijsbeleid", terwijl het gemeenschappelijk bureau „de aankoop/prijsvorming/verkoop" diende te verzorgen.

35 Het Gerecht is van oordeel, dat dit gemeenschappelijk initiatief bestond in het „rechtstreeks of zijdelings bepalen van de prijzen" als bedoeld in artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag en artikel 2, sub a, van verordening nr. 1017/68. Volgens de rechtspraak valt namelijk een overeenkomst waarbij een gemeenschappelijke bepaling van de prijzen wordt vastgesteld, onder genoemde bepalingen (zie voor artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag arrest Hof van 17 oktober 1972, zaak 8/72, Cementhandelaren, Jurispr. 1972, blz. 977, r. o. 18 en 19, en arrest Gerecht van 17 december 1991, zaak T-6/89, Enichem Anic, Jurispr. 1991, blz. II-1623, r. o. 198; voor artikel 2, sub a, van verordening nr. 1017/68, zie arrest Gerecht van 6 juni 1995, zaak T-14/93, Union internationale des chemins de fer, Jurispr. 1995, blz. II-1503, r. o. 50), en wel ongeacht in hoeverre de bepalingen van de overeenkomst in feite zijn nageleefd (zie arrest Hof van 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco e. a., Jurispr. 1989, blz. 2117, r. o. 15, alsmede arrest Cementhandelaren, reeds aangehaald, r. o. 16).

36 De reden hiervan is, dat de gemeenschappelijke prijsbepaling de mededinging beperkt, doordat iedere deelnemer hierbij met een redelijke mate van zekerheid kan voorzien, welk prijsbeleid zijn concurrerende mededeelnemers zullen volgen (arrest Cementhandelaren, reeds aangehaald, r. o. 21). Voor de MCN-overeenkomst kan niet iets anders gelden. Aangezien elk der betrokken ondernemingen een klaarblijkelijk commercieel belang erbij heeft, dat zoveel mogelijk vervoer zou plaatsvinden langs de trajecten waarop zij het meest actief is, bestaat er een mededingingsverhouding tussen DB en NS, en tussen DB en NMBS. Evenzo concurreert NS met NMBS en Transfracht met Intercontainer. Met de totstandbrenging van een systeem voor gemeenschappelijke bepaling van de prijzen hebben deze ondernemingen alle prijsconcurrentie in de zin van de aangehaalde rechtspraak aanzienlijk beperkt of zelfs uitgeschakeld.

37 Voorts is het Gerecht van oordeel, dat, ander dan verzoekster beweert, de MCN-overeenkomst niet valt onder de wettelijke uitzondering van artikel 3, lid 1, sub c, van verordening nr. 1017/68, die geldt voor „overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die uitsluitend tot doel en ten gevolge hebben de toepassing van technische verbeteringen of de technische samenwerking door middel van (...) de organisatie en uitvoering van (...) gecombineerd vervoer, alsmede de vaststelling en toepassing van algemene vervoerprijzen en-voorwaarden, met inbegrip van mededingingsprijzen". De invoering van een wettelijke uitzondering voor overeenkomsten van zuiver technische aard kan immers niet worden gelijkgesteld met een toestemming van de gemeenschapswetgever voor het sluiten van overeenkomsten die een gemeenschappelijke prijsbepaling tot doel hebben. Zou dit anders zijn, dan zou elke willekeurige overeenkomst tot vaststelling van een systeem voor gemeenschappelijke prijsbepaling in de sector van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren als een technische overeenkomst in de zin van artikel 3 van verordening nr. 1017/68 moeten worden aangemerkt, en zou artikel 2, sub a, van dezelfde verordening geheel zinledig worden.

38 Bovendien is het in overeenstemming met de basisgedachte van de verdragsbepalingen inzake de mededinging, dat elke ondernemer zijn commercieel beleid en met name zijn prijsbeleid zelfstandig moet bepalen (arrest Hof van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, r. o. 21, en arrest Gerecht van 24 oktober 1991, zaak T-1/89, Rhône-Poulenc, Jurispr. 1991, blz. II-867, r. o. 121). Daaruit volgt dat de uitzondering van artikel 3 van verordening nr. 1017/68, met name de begrippen „algemene prijzen" en „mededingingsprijzen", met behoedzaamheid

moeten worden uitgelegd. Het Gerecht heeft reeds benadrukt, dat gelet op het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde algemene beginsel dat mededingingsverstorende overeenkomsten verboden zijn, afwijkende bepalingen in een vrijstellingsverordening naar hun aard restrictief dienen te worden uitgelegd (arresten Gerecht van 8 oktober 1996, gevoegde zaken T-24/93, T-25/93, T-26/93 en T-28/93, Compagnie maritime belge transports e. a., Jurispr. 1996, blz. II-1201, r. o. 48, en 22 april 1993, zaak T-9/92, Peugeot, Jurispr. 1993, blz. II-493, r. o. 37).

39 Gelet op een en ander, is het Gerecht van oordeel, dat onder „algemene prijzen" moet worden verstaan de prijzen „van begin-tot eindpunt", die de verschillende binnenlandse gedeelten van een internationaal traject omvatten, en dat de term „mededingingsprijzen", dat aan het begrip „algemene prijzen" is gekoppeld met de woorden „met inbegrip van", aldus moet worden verstaan, dat de verschillende ondernemingen die op eenzelfde internationaal traject opereren, algemene prijzen mogen vaststellen, niet alleen door de tarieven van ieder van hen bij elkaar op te tellen, maar ook door daarin gemeenschappelijke aanpassingen aan te brengen, die kunnen waarborgen dat het betrokken vervoer concurrerend blijft ten opzichte van andere wijzen van vervoer, zonder dat de autonomie van elke onderneming, wat de vaststelling van de eigen tarieven met inachtneming van haar mededingingsbelangen betreft, geheel wordt uitgeschakeld. De MCN-overeenkomst leidde nu juist wel tot een uitschakeling van die autonomie en ging verder dan volgens de bewoordingen van genoemde bepalingen was toegestaan, omdat zij het beleid en de prijsbepaling zonder enige beperking overliet aan een gemeenschappelijk orgaan, en bovendien omdat de algemene prijzen voor elk onder de overeenkomst vallend traject mede werden bepaald door een onderneming die in het geheel niet op dat traject opereerde.

40 Uit een en ander volgt, dat de Commissie terecht tot de conclusie is gekomen, dat de MCN-overeenkomst het door artikel 3, lid 1, sub c, van verordening nr. 1017/68 omlijnde kader te buiten ging.

41 Deze uitlegging van artikel 3, lid 1, sub c, van verordening nr. 1017/68 is niet in tegenspraak maar juist in overeenstemming met artikel 4 van beschikking 82/529. Artikel 4 van beschikking 82/529 staat toe, dat spoorwegondernemingen tarieven vaststellen „met gemeenschappelijke prijstabellen die van het begin-tot het eind-

punt berekende prijzen behelzen", en bepaalt dat „de in deze tarieven vervatte prijzen onafhankelijk [mogen] zijn van de prijzen die worden verkregen door optelling van de prijzen van de nationale tarieven", welke onafhankelijkheid de concurrentiepositie van het vervoer per spoor dient te beschermen ten opzichte van andere wijzen van vervoer, zoals in de vierde overweging van de considerans van beschikking 82/529 wordt verklaard. Dit artikel 4 veronderstelt evenwel, dat de spoorwegondernemingen rekening houden met „hun eigen belang". Zoals uit de tweede overweging van de considerans blijkt, is volgens beschikking 82/529 een toereikende „autonomie op commercieel gebied" van de spoorwegondernemingen van belang.

42 Aanbeveling 84/646, waarop verzoekster zich eveneens beroept, kan aan deze conclusie niet afdoen. Artikel 4 van de aanbeveling bevestigt opnieuw de mogelijkheid om algemene tarieven vast te stellen die niet gelijk zijn aan de som van de nationale tarieven, en moedigt de oprichting van gemeenschappelijke bureaus voor de verkoop aan de expediteurs aan, maar deze bepaling staat niet toe dat aan zulke organen een onbeperkte bevoegdheid wordt toegekend op het gebied van commercieel beheer en prijsbepaling, zoals bij de MCN-overeenkomst is gebeurd.

43 Ten slotte is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie geenszins gehouden was om jegens de MCN-overeenkomst artikel 5 van verordening nr. 1017/68 aan te wenden, waarin is bepaald: „Het verbod van artikel 2 kan (...) buiten toepassing worden verklaard voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen, (...) die bijdragen tot verbetering van de kwaliteit van de vervoersdiensten, of tot bevordering van een grotere continuiteit en stabiliteit in en de bevrediging van de vervoersbehoeften, op markten die onderhevig zijn aan sterke schommelingen in de tijd van vraag en aanbod, of tot verhoging van de produktiviteit der ondernemingen, of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, (...) zonder (...) aan deze ondernemingen de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken vervoermarkt, de mededinging uit te schakelen." In dit verband moet om te beginnen worden vastgesteld, dat de Commissie, anders dan verzoekster beweert, haar weigering om de MCN-overeenkomst vrij te stellen in de punten 99 tot en met 103 van de beschikking heeft gemotiveerd met de verklaring, dat niet is aangetoond dat bedoelde overeenkomst tot een technische of economische vooruitgang, tot verbetering van de spoorwegdiensten of tot een verhoging van de productiviteit heeft geleid, terwijl zij wel aanzienlijke beperkingen van de mededinging oplegde, zodat in elk geval niet aan de voorwaarden van artikel 5 van verordening nr. 1017/68 was voldaan. Voorts moet worden geconstateerd dat, zoals uit de bevindingen hierboven blijkt (r. o. 34-40), de Commissie de betrokken ondernemingen de gelegenheid zou heb-

ben geboden om de onderlinge mededinging uit te schakelen wanneer zij artikel 2 van verordening nr. 1017/68 voor de MCN-overeenkomst buiten toepassing had verklaard.

44 Op grond van al het voorgaande moet worden geconcludeerd, dat de Commissie zich terecht op het standpunt heeft gesteld, dat de MCN-overeenkomst onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Derhalve moet het eerste middel worden afgewezen.

Het tweede middel: schending van artikel 86 van het Verdrag

45 Dit middel valt uiteen in twee onderdelen. Verzoekster voert in de eerste plaats aan, dat DB geen machtspositie innam op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan. Voorts stelt zij, dat de gedraging waarvan zij in de beschikking wordt beschuldigd, geen misbruik opleverde.

Het eerste onderdeel van het middel: afwezigheid van machtspositie

— Argumenten van partijen

46 Verzoekster stelt, dat in de beschikking de relevante markt onjuist wordt afgebakend en ten onrechte wordt geconcludeerd, dat DB een machtspositie inneemt.

47 De relevante markt omvat volgens verzoekster het vervoer van maritieme containers per spoor alsmede over de weg en over de binnenwateren. In dit verband beroept zij zich op de rechtspraak, volgens welke de materiële definitie van de markt alle diensten en goederen moet omvatten die onderling uitwisselbaar zijn.

Wordt deze rechtspraak toegepast op de onderhavige feiten, dan blijkt de marktafbakening op basis waarvan de Commissie een machtspositie van DB heeft vastgesteld, in twee opzichten onjuist is.

48 Door de markt enkel tot de spoorwegdiensten te beperken, is de Commissie er in de eerste plaats aan voorbijgegaan, dat Transfracht een dochteronderneming is van DB en dat, waar moeder- en dochtermaatschappij een enkele economische entiteit uitmaken, de economische activiteiten van DB in heel Duitsland naast spoorvervoersdiensten, zoals de toegang tot het spoorwegnet en het ter beschikking stellen van locomotieven en machinisten, ook de andere elementen van het vervoer van maritieme containers per spoor omvatten.

49 Vervolgens heeft de Commissie, door de markt van het weg- en binnenwatervervoer uit te sluiten, uit het oog verloren, dat deze wijzen van vervoer voor bijna alle expediteurs in het containervervoer uitwisselbaar zijn met het vervoer per spoor. Deze uitwisselbaarheid blijkt onder meer uit het feit, dat tussen ondernemingen in het spoorwegvervoer, het wegvervoer en het binnenwatervervoer een belangrijke prijsconcurrentie bestaat.

50 Van mening, dat de relevante markt alle elementen van het vervoer van maritieme containers per spoor, over de weg en over de binnenwateren zou moeten omvatten, concludeert verzoekster, dat het wettelijk monopolie van DB op het leveren van spoorwegdiensten op het Duitse grondgebied niet volstaat om een machtspositie aan te tonen. Zij herinnert eraan, dat het genot van een wettelijk monopolie slechts gelijk staat met een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer dat monopolie zich over de gehele relevante markt uitstrekt en de betrokken activiteiten op die relevante markt geen werkzame mededinging kennen. Door de mededinging van de ondernemingen in het wegvervoer en het binnenwatervervoer heeft DB, haar wettelijk monopolie ten spijt, evenwel slechts 6 % van de markt van het containervervoer in handen.

51 Verweerster herinnert eraan, dat het Hof herhaaldelijk heeft uitgemaakt, dat een onderneming die in een Lid-Staat een wettelijk monopolie geniet, wegens dat feit een machtspositie inneemt, en dat het grondgebied van een Lid-Staat als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag moet worden beschouwd.

52 Het argument van verzoekster, dat DB slechts een aandeel van 6 % van de markt voor het containervervoer heeft, berust volgens verweerster op een geheel andere marktafbakening, die niet met de rechtspraak in overeenstemming is. De rechtspraak vereist volgens verweerster dat de onderlinge uitwisselbaarheid van diensten wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de consument en met inachtneming van de eigenschappen van de betrokken diensten en van de structuur van vraag en aanbod. Vanuit al deze aspecten bezien, blijken de spoorwegdiensten van DB niet uitwisselbaar te zijn met de andere diensten die in het kader van het vervoer van maritieme containers worden geboden.

— Beoordeling door het Gerecht

53 Om vast te stellen of DB op het moment van de gelaakte feiten een machtspositie innam, moet eerst de afbakening van de markt van de betrokken diensten worden onderzocht. Als materieel relevante markt waarop zij een machtspositie heeft geconstateerd, heeft de Commissie de markt van de spoorwegdiensten aangemerkt, die door spoorwegondernemingen aan vervoersondernemingen worden verkocht en die hoofdzakelijk bestaan in het ter beschikking stellen van locomotieven, de tractie daarvan en de toegang tot de spoorweginfrastructuur; als geografische relevante markt heeft zij het Duitse grondgebied aangemerkt. Hoewel in artikel 2 van de beschikking de materiële afbakening van de markt ruimer is („vervoer per spoor"), is de bovengenoemde afbakening in overeenstemming met die welke in de motivering van de beschikking wordt gebruikt en waarvan ook verzoekster is uitgegaan. De Commissie heeft deze afbakening overigens bevestigd in haar antwoord op een door het Gerecht vóór de terechtzitting gestelde vraag.

54 Wat de materiële afbakening van de markt betreft, herinnert het Gerecht eraan, dat slechts dan van een voldoende afzonderlijke markt van het betrokken product of de betrokken dienst kan worden gesproken, indien dit product of deze dienst bijzondere kenmerken heeft, waardoor het product of de dienst dermate duidelijk van andere producten of diensten wordt onderscheiden, dat een uitwisseling met deze andere producten of diensten slechts in beperkte mate mogelijk is en de concurrentie daarmee nauwelijks merkbaar is (zie arresten Hof van 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e. a., Jurispr. 1989, blz. 803, r. o. 39 en 40, en 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 11 en 12, alsmede arrest Gerecht van 12 december 1991, zaak T-30/89, Hilti, Jurispr. 1991, blz. II-1439, r. o. 64). In dat kader moet de mate van onderlinge uitwisselbaarheid van producten worden beoordeeld aan de hand van de objectieve kenmerken van die producten, alsmede aan de hand van de structuur van de vraag en van het aanbod op de markt en van de mededingingsverhoudingen (zie arrest Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 37, en arrest Gerecht van 6 oktober 1994, zaak T-83/91, Tetra Pak, Jurispr. 1994, blz. II-755, r. o. 63).

55 Het Gerecht stelt vast, dat de markt voor spoorwegdiensten een afzonderlijke deelmarkt vormt van de markt voor vervoer per spoor in het algemeen. Op deze markt wordt een specifiek geheel van diensten aangeboden, in het bijzonder het ter beschikking stellen van locomotieven, de tractie daarvan en toegang tot de spoorweginfrastructuur. Deze diensten worden weliswaar geleverd op basis van de vraag van de ondernemingen in het spoorwegvervoer, maar zij zijn niet uitwisselbaar of in concurrentie met de door deze laatsten verrichte diensten. Dat het bij de spoorwegdiensten om afzonderlijke diensten gaat, blijkt ook uit het feit, dat op dit gebied een specifieke vraag en een specifiek aanbod bestaan. De vervoersondernemers kunnen hun diensten immers niet verrichten, wanneer zij niet van de spoorwegdiensten gebruik kunnen maken. De spoorwegondernemingen van hun kant bezaten op het moment van de gelaakte feiten op het grondgebied van hun respectieve landen een wettelijk monopolie voor de levering van die spoorwegdiensten. Tussen partijen staat als onbestreden vast, dat DB tot 31 december 1992 op het Duitse grondgebied over een wettelijk monopolie voor de levering van spoorwegdiensten beschikte.

56 Volgens de rechtspraak moet een deelmarkt die vanuit het oogpunt van vraag en aanbod specifieke kenmerken vertoont en waarin een product wordt aangeboden dat een onontbeerlijke plaats inneemt en dat niet uitwisselbaar is binnen de meer

algemene markt waarvan hij deel uitmaakt, worden beschouwd als een afzonderlijke productmarkt (zie arrest Gerecht van 10 juli 1991, zaak T-69/89, RTE, Jurispr. 1991, blz. II-485, r. o. 61 en 62). In het licht van deze rechtspraak en gelet op voorgaande overwegingen, heeft de Commissie bij de materiële afbakening van de markt geen rekening gehouden met de diensten van de ondernemingen in het spoorwegvervoer en nog minder met die van de ondernemingen in het wegvervoer en het vervoer over de binnenwateren.

57 Voorts volgt uit de rechtspraak, dat wanneer, zoals in casu, de diensten die tot een deelmarkt behoren, onder een wettelijk exclusief recht vallen, waardoor de gebruikers zich in een situatie van economische afhankelijkheid bevinden ten opzichte van de leverancier, er onmiskenbaar sprake is van een machtspositie op een afzonderlijke markt, zelfs wanneer de uit hoofde van een exclusief recht verleende diensten in verband staan met een product dat zelf met andere producten in concurrentie staat (arresten Hof van 13 november 1975, zaak 26/75, General Motors Continental, Jurispr. 1975, blz. 1367, r. o. 5-10, en 11 november 1986, zaak 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263, r. o. 3-10).

58 Op het punt van de geografische afbakening van de markt volstaat de opmerking, dat een Lid-Staat op zichzelf een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kan zijn waarop een onderneming een machtspositie kan hebben, in het bijzonder wanneer die onderneming binnen dat gebied houdster is van een wettelijk monopolie (arrest General Motors Continental, reeds aangehaald, r. o. 9; arrest Hof van 21 maart 1974, zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 313, r. o. 5).

59 Uit al deze overwegingen volgt, dat het eerste onderdeel van het middel moet worden afgewezen.

Het tweede onderdeel van het middel: afwezigheid van misbruik

— Argumenten van partijen

60 Verzoekster betoogt, dat het Gerecht, ook al zou het het bestaan van een machtspositie aannemen, tot geen andere conclusie kan komen dan dat DB daarvan geen misbruik heeft gemaakt. Waar de bestreden beschikking zich immers baseert op de hoogte van de tarieven van het vervoer per spoor naar en van de westelijke havens, die hoger zouden zijn dan die van het vervoer per spoor naar en van de noordelijke havens, worden in wezen de tariefpraktijken van Intercontainer en niet die van DB gelaakt. In dit verband heeft verzoekster ter terechtzitting benadrukt, dat de tarieven die DB voor haar spoorwegdiensten aan Intercontainer in rekening heeft gebracht, altijd lager waren dan die welke zij aan Transfracht in rekening bracht, en ook lager dan de tarieven die NS aan Intercontainer in rekening bracht, hoewel zij in haar verzoekschrift had verklaard, dat zij niet bestreed dat haar tarieven voor het vervoer via de westelijke havens hoger waren dan die voor het vervoer via de noordelijke havens (verzoekschrift, blz. 25). Verzoekster concludeert, dat de gemiddeld hogere tarieven voor het vervoer naar en van de westelijke havens in vergelijking met de tarieven voor het vervoer naar en van de noordelijke havens niet aan DB te wijten waren. Voor een groot aantal trajecten via de westelijke havens had het tariefcomponent betreffende de spoorwegdiensten niets te maken met de door DB geleverde diensten, maar met de door NS dan wel door NMBS geleverde diensten (repliek, blz. 31 en 32).

61 In ditzelfde verband bestrijdt verzoekster, dat DB in het kader van de MCN-overeenkomst elke verlaging van de tarieven van Intercontainer heeft tegengehouden en in feite de handhaving van die tarieven heeft afgedwongen. Op dat punt wijst verzoekster erop, dat een prijswijziging ingevolge de MCN-overeenkomst alleen bij unaniem besluit van het Steering Committee mogelijk was en dus ook de instemming van de andere spoorwegondernemingen en Intercontainer vereiste. Volgens haar is evenmin aangetoond, dat een verkleining van het verschil tussen de tarieven van het spoorwegvervoer voor het westelijk traject en die voor het noordelijk traject werd tegengehouden door DB.

62 In ieder geval, zo vervolgt verzoekster, had elk der partijen bij de MCN-overeenkomst volgens die overeenkomst het recht deze op te zeggen. Zij concludeert daaruit, dat de partijen bij de MCN-overeenkomst in staat waren om zich aan de invloed van DB te onttrekken, indien zij dat wensten (repliek, blz. 31).

63 Vervolgens zet verzoekster uiteen, dat het tariefverschil tussen de tarieven voor het westelijke en het noordelijke traject hoe dan ook objectief werd gerechtvaardigd door een verschil in de mededingingsverhoudingen en in de kosten.

64 Ter illustratie van dit verschil in de mededingingsverhoudingen voert verzoekster aan, dat de concurrentie door de binnenvaart op het noordelijke traject gering is en de concurrentie door het wegvervoer beperkt is tot Duitse vrachtauto's, terwijl op de westelijke trajecten de binnenvaart de goedkoopste wijze van vervoer is en de mededinging op de weg eveneens zeer sterk is. De tarieven die de wegvervoerders en de binnenvaart op de westelijke trajecten hanteren, zijn 20 tot 40 % lager dan de tarieven van DB/Transfracht op de noordelijke trajecten. Verzoekster zegt als kleine concurrent op de vervoersmarkt op de westelijke trajecten niet kostendekkend met zulke prijzen te kunnen concurreren. Haar financiële resultaat op de westelijke trajecten is al jaren negatief, en dit tekort is nog groter geworden sinds DB in 1989 en 1991 het initiatief heeft genomen om de tarieven op de westelijke trajecten enigszins aan te passen aan die op de noordelijke trajecten. Een tijdelijk gemeenschappelijk initiatief van DB en NS, einde 1993, om dezelfde prijzen te berekenen als het concurrerende wegvervoer over een van de westelijke trajecten is eveneens volledig mislukt, aangezien daarmee geen nieuwe klanten voor het railvervoer konden worden gewonnen.

65 Verzoekster meent overigens, dat het verschil in mededingingsverhoudingen op de westelijke en op de noordelijke trajecten tot gevolg heeft, dat de door de Commissie aangehouden afbakening van de markt waarop DB beweerdelijk misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt, op een fundamentele misvatting berust. Zij merkt ter zake op, dat de Commissie een markt heeft gedefinieerd die het vervoer

over land van maritieme containers op zowel de westelijke als de noordelijke trajecten omvat, terwijl volgens vaste rechtspraak alleen de geografische gebieden waarin de objectieve mededingingsverhoudingen gelijk zijn, als een en dezelfde markt mogen worden aangemerkt. Verzoekster meent dat deze fout in de afbakening van de markt op zich al als grond voor nietigverklaring van de bestreden beschikking volstaat.

66 Ten aanzien van de vervoerskosten en met name de kosten van de spoorwegdiensten, beklemtoont verzoekster, dat deze niet uitsluitend door de afstand van de trajecten worden bepaald, maar eveneens afhangen van andere factoren, zoals het aantal rangeerbewegingen en de duur van het rangeren, de douaneformaliteiten, het tijdsbeslag op het personeel en de gebruiksduur van de locomotieven en wagons. Het gevolg is dat de vervoerskosten op trajecten waarop de afstand dezelfde is, zeer verschillend kunnen uitvallen. In casu vloeien de kostenverschillen voort uit het feit dat het treinverkeer op de noordelijke trajecten intensiever is en het feit dat het passeren van de grens met België en Nederland op de westelijke trajecten kosten met zich brengt.

67 De omvang van het vervoersvolume op de noordelijke trajecten maakt de inzet van complete treinen voor het vervoer van containers naar dezelfde bestemming mogelijk, waardoor die treinen dus niet behoeven te worden gerangeerd. Op de noordelijke trajecten behoeven de locomotieven ook niet te worden gewisseld, omdat DB op die trajecten de tractie geheel in eigen hand heeft. Daardoor zijn de kosten op de noordelijke trajecten lager, waardoor op die trajecten ook lagere tarieven kunnen worden gehanteerd.

68 De omstandigheid ten slotte dat DB met de invoering van het KLV-Neu-systeem de kosten en daarmee de prijzen van de spoorwegdiensten op de noordelijke trajecten nogmaals heeft verlaagd, verandert niets aan het feit, dat de Commissie in haar beschikking haar conclusies heeft gebaseerd op een vergelijking van de tarieven van Intercontainer met die van Transfracht en bovendien niet heeft aangetoond, dat de prijsverlaging in Duitsland ten gevolge van het KLV-Neu-systeem niet economisch gerechtvaardigd was.

69 Verweerster herinnert er om te beginnen aan, dat volgens vaste rechtspraak sprake is van misbruik in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub c, van het Verdrag, wanneer een onderneming haar machtspositie gebruikt voor het toepassen van ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties om daarmee haar eigen prestaties te bevoordelen.

70 Verweerster licht eerst toe, dat zij als „gelijkwaardige prestaties" heeft aangemerkt: het vervoer van containers van en naar de westelijke havens door Intercontainer enerzijds en het vervoer van containers van en naar de noordelijke havens door Transfracht anderzijds.

71 Als „ongelijke voorwaarden" heeft zij de verschillen tussen de voor de diensten van Intercontainer en Transfracht in rekening gebrachte kilometerprijzen aangemerkt. Die verschillen variëren van 2 tot 77 % voor het vervoer van lege containers en van 4 tot 42 % voor het vervoer van geladen containers, een en ander volgens de gegevens die de betrokken ondernemingen hebben verstrekt op basis van de tarieven van Intercontainer voor het containervervoer naar de haven van Rotterdam, respectievelijk de tarieven van Transfracht voor het vervoer naar de haven van Hamburg, welke gegevens in de bijlagen 3 tot en met 9 bij de beschikking zijn opgenomen en in de punten 162 tot en met 171 van de beschikking worden geanalyseerd. Verweerster verklaart, dat zij die verschillen heeft vastgesteld op basis van vergelijkingen, waarbij de afstand op de trajecten de enige variabele was. Zij zegt voor deze vergelijkingsmethode te hebben gekozen op grond van een gedurende het onderzoek door Transfracht verstrekte inlichting, dat de afstand op de trajecten het bepalende criterium was.

72 Volgens verweerster bestaat er geen enkele objectieve rechtvaardiging voor de geconstateerde prijsverschillen.

73 Wat de mededingingsverhoudingen betreft merkt verweerster op, dat de sterkere intermodale mededinging op de westelijke trajecten wel een verklaring zou kunnen zijn voor lagere tarieven van Intercontainer dan die van Transfracht, maar niet voor een omgekeerd verschil. Verweerster herinnert er bovendien aan, dat DB niet concurreert met de ondernemers in het wegvervoer en het binnenwatervervoer, omdat haar diensten naar hun aard op het gebied van spoorwegvervoer liggen en, wat

Intercontainer en Transfracht betreft, niet uitwisselbaar zijn met de diensten die worden aangeboden door ondernemers in het wegvervoer en het binnenwatervervoer.

74 Aangaande de productiekosten is verweerster van mening, dat verzoekster niet heeft aangetoond dat het verkeer via de westelijke havens hogere kosten met zich brengt dan het verkeer via de noordelijke havens. Met name is niet aangetoond, dat de grensovergangen de vervoerskosten aanzienlijk verhogen, en de beschikbare gegevens omtrent het verkeersvolume en de soorten zendingen staan niet in een logische verhouding tot de vervoerskosten en-tarieven. Verweerster merkt bovendien op, dat de gemiddelde kilometerprijs die door DB aan Intercontainer in rekening wordt gebracht, lager is dan de gemiddelde prijs die DB van Transfracht verlangt, hetgeen het vermoeden rechtvaardigt, dat de kosten van de spoorwegdiensten voor het vervoer naar en van de westelijke havens lager zijn dan de kosten van de spoorwegdiensten voor het vervoer naar en van de noordelijke havens (verweerschrift, blz. 38 en 39).

75 Ten betoge dat de bedoelde tariefverschillen zijn toe te rekenen aan DB, verwijst verweerster naar haar analyse in de punten 143 tot en met 156 van de beschikking, waarin zij uiteenzet dat DB binnen de door de MCN-overeenkomst ingestelde organen de macht had om besluiten tegen te houden en deze macht heeft gebruikt om een tariefverlaging van Intercontainer te verhinderen, terwijl zij op de noordelijke trajecten een door haar eenzijdig ingevoerd nieuw tariefsysteem hanteerde. Verweerster herinnert er ook aan, dat de ontevredenheid van Intercontainer, NS en NMBS over de opstelling van DB binnen de MCN-overeenkomst duidelijk naar voren komt uit de notulen van de door Intercontainer georganiseerde vergaderingen en van de in het kader van de MCN-overeenkomst georganiseerde vergaderingen.

76 Verweerster concludeert, dat DB de tariefverschillen heeft afgedwongen en dat deze verschillen discriminerend zijn. Zij onderstreept, dat de economische effecten van deze discriminatie niet moeten worden gezocht in de verhoudingen tussen de spoorwegvervoerders en de andere vervoerders, maar in de betrekkingen van DB met NS en NMBS en in de betrekkingen van Transfracht met Intercontainer. Volgens verweerster is het duidelijk, dat DB en Transfracht in het kader van deze betrekkingen hebben geprofiteerd van deze tariefdiscriminaties.

— Beoordeling door het Gerecht

77 Artikel 8, eerste en tweede alinea, sub c, van verordening nr. 1017/68 neemt de bewoordingen over van artikel 86, eerste alinea, en tweede alinea, sub c, van het Verdrag: het verbiedt, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, het misbruik maken van een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, door het toepassen ten opzichte van handelspartners van „ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging". Geen enkele overweging of bepaling van verordening nr. 1017/68 verleent aan artikel 8 van de verordening een strekking, die wezenlijk zou verschillen van die van artikel 86 van het Verdrag. Door een inbreuk vast te stellen op artikel 86 van het Verdrag en niet op artikel 8 van verordening nr. 1017/68, heeft de Commissie derhalve niet een fout begaan, zonder welke de beschikking een andere inhoud zou hebben gehad. Tegen de keuze van artikel 86 van het Verdrag als referentiebepaling in de beschikking is door verzoekster overigens geen bezwaar gemaakt.

78 Vervolgens zij eraan herinnerd, dat het begrip misbruik van machtspositie inhoudt, dat het een onderneming met een machtspositie niet is toegestaan haar positie te versterken door gebruik van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit (zie in deze zin arrest Hof van 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r. o. 70). Een onderneming mag dan ook geen kunstmatige prijsverschillen toepassen waardoor haar afnemers in een ongunstige positie worden gebracht en die de mededinging kunnen vervalsen (arrest Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 160).

79 Ook zij eraan herinnerd, dat misbruik van een machtspositie niet wordt uitgesloten door het feit dat de onderneming met een machtspositie zich formeel heeft aangesloten bij een overeenkomst tot gemeenschappelijke vaststelling van tarieven, die onder het verbod van mededingingsregelingen valt. Het bestaan van een dergelijke overeenkomst sluit immers niet uit, dat een van de door de overeenkomst gebonden partijen eenzijdig discriminerende tarieven kan opleggen (zie analoog arrest Ahmed Saeed Flugreisen, reeds aangehaald, r. o. 34 en 37).

80 In casu is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie op basis van verschillende gegevens in het dossier heeft mogen concluderen, dat DB, ondanks de MCN-overeenkomst en de primaire doelstelling daarvan, namelijk, zoals verzoekster ter terechtzitting heeft bevestigd, de tarieven van Intercontainer te verlagen en daarmee de concurrentiepositie van het vervoer per spoor op de westelijke trajecten te herstellen, eenzijdig heeft gehandeld op een wijze die indruist tegen die doelstelling.

81 In de eerste plaats beschikte de Commissie over een reeks van documenten, die zij in de punten 152 tot en met 154 van de beschikking noemt, en waarvan het bestaan door verzoekster niet is betwist; de inhoud daarvan bevestigt, dat DB in werkelijkheid verantwoordelijk was voor de vaststelling van de tarieven in het kader van de MCN-overeenkomst en daarmee dus voor de handhaving van de tariefverschillen. Zo is in de notulen van een algemene vergadering van de Raad van Bestuur van Intercontainer de verklaring opgetekend van een vertegenwoordiger van NMBS, dat het Steering Committee „door DB is buitengesloten". Evenzo heet het in een interne nota van Intercontainer: „Het verkeer met de noordelijke havens wordt rechtstreeks uitsluitend door Transfracht en DB beheerd, buiten [het Steering Committee] om. In de praktijk is bovendien gebleken, dat ook op het gebied van de tarieven de beslissing niet bij [het Steering Committee] ligt." Ten slotte blijkt eenduidig uit een aantal door DB geformuleerde voorstellen, die zijn opgetekend in de notulen van een vergadering tussen vertegenwoordigers van de westelijke havens met DB, NS en NMBS, dat DB over de macht beschikte om de hoogte van de tarieven op zowel de westelijke als de noordelijke trajecten te beheersen. Bij die vergadering had DB onder meer voorgesteld om „het prijsniveau opnieuw [te] bezien, rekening houdend met de politieke situatie in Duitsland" teneinde te komen tot een „vermindering van het verschil met 50 % op 1 januari 1990" en tot een „nieuwe vermindering op 1 juli 1990".

82 Er zijn dus verschillende aanwijzingen die het oordeel van de Commissie bevestigen, dat DB en Transfracht de blokkeringsmogelijkheid die zij door het vereiste van eenstemmigheid bij de besluitvorming binnen het Steering Committee bezaten (zie r. o. 6 hierboven), hebben gebruikt om een verlaging van de tarieven van Intercontainer te beletten. Anders dan verzoekster beweert, waren NMBS, NS en Intercontainer niet in staat om zich aan een dergelijke blokkade te onttrekken door de

MCN-overeenkomst op te zeggen. In de eerste plaats had opzegging van de MCN-overeenkomst niets veranderd aan het feit, dat de spoorwegondernemingen en de vervoersondernemingen die op het Belgisch en het Nederlands grondgebied opereerden, op elk traject tussen Antwerpen of Rotterdam en een stad in Duitsland voor het aansluitende traject over Duits grondgebied op samenwerking met DB waren aangewezen. Voorts zou een opzegging van de overeenkomst niets hebben veranderd aan het feit, dat DB de tarieven op de noordelijke trajecten in alle onafhankelijkheid vaststelde en daarmee het verschil tussen de tarieven op de westelijke trajecten en die op de noordelijke trajecten beïnvloedde.

83 In de tweede plaats staat vast, dat DB op 1 juni 1988, dat wil zeggen nauwelijks drie maanden na het van kracht worden van de MCN-overeenkomst, eenzijdig een nieuw tariefsysteem heeft ingevoerd, te weten het KLV-Neu-systeem. Dit is door verzoekster bevestigd in antwoord op een vóór de terechtzitting door het Gerecht gestelde vraag. In dit antwoord bevestigde verzoekster eveneens, dat het KLV-Neu-systeem slechts tot een prijsverlaging ten voordele van de expediteurs voor het vervoer van maritieme containers per spoor via de Duitse havens heeft geleid, aangezien dit tariefsysteem was gebaseerd op rationaliseringsmaatregelen die in de praktijk slechts in het containerverkeer via de noordelijke havens zijn getroffen.

84 Uit de bevindingen in de voorgaande overwegingen blijkt, dat de gedragingen van DB gedurende de onderzoeksperiode rechtstreeks hebben bijgedragen tot de handhaving van een verschil tussen de kilometerprijzen voor het vervoer via de westelijke havens en de kilometerprijzen voor het vervoer via de noordelijke havens.

85 Thans moet dan worden onderzocht, of bedoeld verschil in kilometerprijs van discriminerende aard was en dus de mededingingspositie van bepaalde ondernemers heeft aangetast.

86 Voor dit onderzoek moeten de cijfers in de bijlagen 3 tot en met 9 van de beschikking worden geanalyseerd. Deze cijfers tonen aan dat, afgezien van de bestemming

Saarbrücken, voor iedere bestemming die veel dichter bij Rotterdam lag dan bij Hamburg en waarvoor vervoer via Rotterdam objectief dus voordeliger was, dit commerciële voordeel ten opzichte van het vervoer via Hamburg altijd werd geneutraliseerd door hogere absolute prijzen voor het vervoer naar Rotterdam, dan wel door even hoge absolute prijzen. Ongelijke absolute prijzen waren bijvoorbeeld de prijzen die tussen 1 oktober 1990 en 31 december 1991 (bijlage 3) werden berekend voor het vervoer van lege containers naar Duisburg, Bochum, Wuppertal, Mannheim en Karlsruhe. Die absolute prijzen komen neer op een verschil in kilometerprijs van 77,6 % (Duisburg), 56,5 % (Bochum), 42 % (Wuppertal), 16,5 % (Mannheim) en 22,6 % (Karlsruhe). Gelijke absolute prijzen werden bijvoorbeeld sinds 1 januari 1992 (bijlage 7) toegepast voor het vervoer van geladen containers naar Frankfurt, Karlsruhe, Duisburg, Düsseldorf, Wuppertal en Bochum. Hier bedragen de verschillen in kilometerprijs 4,6 % (Frankfurt), 11,35 % (Karlsruhe), 58 % (Düsseldorf), 28 % (Wuppertal) en 20,9 % (Bochum). Bovendien blijkt, dat — met uitzondering van de bestemming Saarbrücken — de absolute prijzen voor vervoer van en naar Rotterdam voor geen enkele Duitse stad, ongeacht of de betrokken Duitse stad nu dichter bij Rotterdam of bij Hamburg was gelegen, lager waren dan de absolute prijzen voor vervoer van of naar Hamburg. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de KLV-prijzen die vanaf 1 juli 1991 (bijlage 9) werden gehanteerd voor het vervoer van containers naar Frankfurt (absolute prijs van 857 DM naar Rotterdam, tegen 833 DM naar Hamburg), Düsseldorf (653 DM, tegen 618 DM) en Mainz (867 DM, tegen 843 DM) enerzijds (steden die dichter bij Rotterdam liggen dan bij Hamburg), en naar Augsburg (1 456 DM, tegen 1 415 DM), München (1 520 DM, tegen 1 410 DM) en Regensburg (1 386 DM, tegen 1 334 DM) anderzijds (steden die dichter bij Hamburg liggen). Het Gerecht is van oordeel, dat deze praktijk kunstmatig een tariefsverhouding heeft versterkt die het vervoer per spoor via de noordelijke havens beschermde, en die moet worden beschouwd als het afdwingen van ongelijke tariefvoorwaarden, waardoor de concurrentiepositie van de ondernemingen die op de westelijke spoortrajecten opereerden werd benadeeld ten opzichte van degenen die op noordelijke spoortrajecten opereerden.

87 Volgens verzoekster hielden de verschillen in kilometerprijs verband met het feit dat de kosten van de dienst op de westelijke trajecten hoger waren dan op de noordelijke trajecten, alsmede met het feit dat het vervoer per spoor op de westelijke trajecten een sterkere intermodale concurrentie ondervond dan het vervoer op de noordelijke trajecten.

88 Het Gerecht stelt in de eerste plaats vast, dat het kostenverschil waarop verzoekster zich beroept, gedeeltelijk door DB zelf is veroorzaakt. Zij heeft binnen het KLV-Neu-tariefsysteem verschillende rationaliseringsmaatregelen getroffen, zoals een groter gebruik van directe en complete treinen, een concentratie op het nachtverkeer en op vervoer naar bepaalde terminals met een gerationaliseerde exploitatie. Die maatregelen hebben een kostenverlaging mogelijk gemaakt, maar alleen voor het verkeer naar en van de Duitse havens (zie r. o. 83).

89 In dit verband moet worden gepreciseerd, dat verzoekster geen enkel argument heeft aangedragen om aannemelijk te maken, dat de spoorwegdiensten voor het vervoer naar de Belgische en de Nederlandse havens noodzakelijkerwijs moesten worden uitgesloten van de rationaliseringsmaatregelen die zijn getroffen in het kader van het KLV-Neu-systeem en dus van het geheel van kostenverlagende maatregelen van DB. Het argument dat de met het KLV-Neu-systeem ingevoerde rationaliseringsmaatregelen zich niet leenden voor toepassing op het verkeer via de westelijke havens vanwege het geringe volume daarvan, waardoor geen directe en complete treinen konden worden samengesteld, is niet overtuigend. In antwoord op vragen van het Gerecht tijdens de terechtzitting heeft verzoekster overigens tot tweemaal toe verklaard, dat er op de westelijke trajecten complete treinen werden samengesteld.

90 Voor zover verzoekster zich beroept op specifieke kosten op de westelijke trajecten, namelijk de kosten wegens het wisselen van locomotieven en de hergroepering van de wagons aan de grens, meent het Gerecht dat deze kosten slechts een beperkt aandeel kunnen uitmaken van de kosten voor de verrichting van alle betrokken diensten tezamen (ter beschikking stellen van locomotieven en tractie van de treinen met alle daaraan verbonden aspecten), en de vastgestelde prijsverschillen dus niet kunnen verklaren. Uit de door partijen niet betwiste cijfers in bijlage 15 van de beschikking blijkt, dat het totale tarief dat DB en NS aan Intercontainer in rekening brachten voor hun respectieve spoorwegdiensten op de trajecten tussen de Duitse steden en Rotterdam, gemiddeld lager was dan het tarief dat DB aan Transfracht in rekening bracht voor haar spoorwegdiensten op de noordelijke trajecten. In die omstandigheden hadden de kosten die rechtstreeks

verband hielden met de door de spoorwegondernemingen verrichte diensten, logischerwijze op de westelijke trajecten lager moeten zijn dan op de noordelijke trajecten.

91 In de tweede plaats is het Gerecht van oordeel, dat de intensievere concurrentie op de westelijke trajecten tussen de ondernemingen in het spoorwegvervoer enerzijds en de ondernemingen in het wegvervoer en het binnenvaartvervoer anderzijds niet kan verklaren, dat Intercontainer op die trajecten hogere tarieven toepaste dan Transfracht op de noordelijke trajecten. Gesteld al, dat de intensievere intermodale concurrentie op de westelijke trajecten een prijsverschil kan rechtvaardigen, moet immers worden vastgesteld, dat dit commercieel logischerwijze alleen in een verschil ten voordele van die westelijke trajecten kon resulteren.

92 Ten aanzien van het argument van verzoekster, dat wegens het verschil in mededingingssituatie ook de door de Commissie gekozen geografische marktafbakening niet correct is, volstaat de vaststelling, dat voor de afbakening van de geografische markt niet wordt vereist, dat de objectieve mededingingsvoorwaarden tussen de ondernemers volstrekt homogeen zijn, maar alleen dat zij „gelijk" of „voldoende homogeen" zijn, en dat daarom alleen de zones waarin de objectieve concurrentievoorwaarden „heterogeen" zijn, niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd (arresten United Brands, reeds aangehaald, r. o. 11 en 53, en Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 91 en 92). In dit geval kan de intensievere intermodale concurrentie op de westelijke trajecten geen reden zijn om de objectieve mededingingsvoorwaarden op die trajecten als „heterogeen" ten opzichte van die op de noordelijke trajecten aan te merken.

93 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie voldoende bewijs heeft aangedragen voor haar conclusie met betrekking tot de gedragingen van DB en dat zij rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat DB met haar gedragingen ongelijke voorwaarden heeft toegepast bij gelijkwaardige prestaties, waarmee zij haar op de westelijke trajecten opererende handelspartners een nadeel heeft berokkend bij de mededin-

ging met haarzelf en haar dochtermaatschappij Transfracht. Derhalve moet het tweede onderdeel van het middel eveneens worden afgewezen.

94 Hieruit volgt, dat het tweede middel in zijn geheel moet worden afgewezen.

95 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de aanvullende grief die verzoekster bij repliek en ter terechtzitting heeft aangevoerd, namelijk dat de conclusie van de Commissie met betrekking tot de vaststelling van een misbruik van machtspositie door DB onvoldoende zou zijn gemotiveerd, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 190 van het Verdrag. In dit verband zij eraan herinnerd, dat volgens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering in de loop van het geding geen nieuwe middelen mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Het Gerecht is van oordeel, dat de grief betreffende de schending van artikel 190 van het Verdrag een nieuw middel is, dat niet steunt op gegevens waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken, zodat het niet voor het eerst in de loop van het geding mocht worden voorgedragen.

96 In ieder geval heeft de Commissie, door haar achtereenvolgend onderzoek van de „doorslaggevende rol van DB bij het vaststellen van de tarieven voor het vervoer van maritieme containers van en naar Duitsland" (punten 143-156 van de beschikking), van de „tarieven van Transfracht en Intercontainer" (punten 162-177 van de beschikking), van het „standpunt van de betrokken ondernemingen met betrekking tot het discriminerende karakter van de tariefverschillen" en met name „het standpunt van de groep DB/Transfracht" (punten 185-190 van de beschikking), en van de concurrentiesituaties en de productiekosten (punten 199-248 van de beschikking) en door een verband te leggen tussen deze onderzochte punten, omstandig uiteengezet, waarom DB volgens haar misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt, en daarmee het Gerecht in staat gesteld de beschikking op haar wettigheid te toetsen. Eveneens is verzoekster zowel in haar verzoekschrift als in het verdere verloop van de procedure ingegaan op de door de Commissie in de beschikking uiteengezette argumenten betreffende het geconstateerde misbruik van een machtspositie, hetgeen aantoont dat zij haar rechten op basis van de in de beschikking vervatte gegevens heeft kunnen verdedigen. In die omstandigheden kan geen

sprake zijn van een gebrekkige motivering (zie arrest Hof van 14 februari 1990, zaak C-350/88, Delacre e. a., Jurispr. 1990, blz. I-395, r. o. 15, en arrest Gerecht van 6 april 1995, zaak T-150/89, Martinelli, Jurispr. 1995, blz. II-1165, r. o. 65).

Derde middel: schending van het recht van verweer

Argumenten van partijen

97 Verzoekster voert aan, dat zij na de betekening van de beschikking de Commissie heeft gevraagd om het dossier te mogen inzien, hetgeen de Commissie heeft geweigerd. Haar raadsman moest het dossier kunnen inzien om de contentieuze procedure behoorlijk voor te kunnen bereiden. Het feit dat het dossier in de precontentieuze procedure kon worden ingezien, is in dit verband niet relevant, omdat het toen om dezelfde onderneming noch dezelfde raadsman ging. In ieder geval verklaart verzoekster, dat zij niet in het bezit is van de kopiën die de raadsman van DB bij het onderzoek van het dossier heeft gemaakt.

98 Naar verzoekster voorts verklaart, is bij de Duitse wet van 27 december 1993 tot reorganisatie van de spoorwegen een nieuw orgaan in het leven geroepen, het „Bundeseisenbahnvermögen", als officiële rechtsopvolger van DB. Zij leidt daaruit af, dat zij niet identiek is met DB, haar rechtsopvolgster. Derhalve heeft verzoekster, die eerst sinds januari 1994 bestaat, door de weigering van de Commissie om haar inzage te verlenen in het dossier, geen van haar rechten kunnen uitoefenen. Dit komt neer op een schending van het recht van verweer, waardoor de bestreden beschikking lijdt aan een wezenlijk vormgebrek.

99 De weigering van de Commissie om rekening te houden met de gewijzigde identiteit van de onderneming heeft bovendien geleid tot een schending van de motiveringsplicht. Verzoekster leidt in het bijzonder uit de rechtspraak van het Gerecht af, dat wanneer bij een beschikking tot toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag een geldboete wordt opgelegd aan een onderneming die wordt

geacht aansprakelijk te zijn voor een inbreuk die door een andere onderneming is begaan, die beschikking een uitvoerige motivering moet bevatten van de gronden, waarom de inbreuk wordt toegerekend aan de onderneming waaraan de geldboete wordt opgelegd (arrest Gerecht van 28 april 1994, zaak T-38/92, AWS Benelux, Jurispr. 1994, blz. II-211, r. o. 26 en 27). De bestreden beschikking bevat op dit punt echter geen enkele motivering.

100 Verweerster benadrukt, dat het recht op inzage van het dossier bestaat tot het moment waarop de administratieve procedure wordt afgesloten. Zij verklaart, dat vanaf het moment waarop een beschikking is vastgesteld en betekend, het recht van verweer van de adressaat wordt gewaarborgd door de mogelijkheid in rechte tegen de beschikking op te komen.

101 Bovendien merkt verweerster op, dat de vervanging van een advocaat in geen geval gevolgen heeft voor het recht op inzage van het dossier, aangezien inzage van het dossier een recht is dat aan de betrokken onderneming wordt toegekend en niet aan een bepaalde advocaat. De omstandigheid dat in deze zaak de onderneming zelf van identiteit is veranderd, is evenmin relevant, aangezien verzoekster zowel economisch als juridisch in de plaats is getreden van DB en derhalve haar rechten en verplichtingen dezelfde zijn als die van DB, daaronder begrepen het recht om het dossier in te zien, van welk recht verzoekster in de precontentieuze procedure gebruik heeft gemaakt.

Beoordeling door het Gerecht

102 Het Gerecht stelt vast, dat het verzoek om het dossier te mogen inzien door verzoekster bij de Commissie is ingediend nadat de beschikking reeds was vastgesteld en aan haar was betekend. Het gaat dus om een gebeurtenis die na de vaststelling van de beschikking heeft plaatsgevonden, zodat de wettigheid van de beschikking in geen geval kan worden aangetast door de weigering van de Commissie om de gevraagde inzage te verlenen (zie arrest Gerecht van 6 april 1995, zaak T-145/89, Baustahlgewebe, Jurispr. 1995, blz. II-987, r. o. 30, alsmede arrest Hof van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78-215/78 en 218/78, Van Landewyck e. a., Jurispr. 1980, blz. 3125, r. o. 40).

103 Derhalve moet het derde middel worden afgewezen.

104 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit, dat verzoekster nog een andere grief van procedurele aard heeft opgeworpen, waarin zij klaagt over ontoereikende motivering, waarom de geconstateerde inbreuk haar ten laste wordt gelegd. In dit verband moet worden vastgesteld, dat deze grief voor het eerst in het stadium van repliek is voorgedragen. Ofschoon de grief is voorgedragen in het kader van haar middel inzake de inzage van het dossier, is het Gerecht van oordeel, dat dit punt inhoudelijk losstaat van de kwestie van de inzage van het dossier en van de andere punten die in het verzoekschrift aan de orde zijn gesteld, en daarom als een onafhankelijk en nieuw middel moet worden beschouwd. Aangezien het middel niet berust op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken, is het Gerecht van oordeel, dat verzoekster dit middel niet in de loop van het geding kon aanvoeren (zie naar analogie r. o. 95).

105 In geen geval kan de bij repliek aangevoerde grief van onvoldoende motivering slagen. De Commissie heeft immers in punt 13 van de beschikking vermeld, dat verzoekster sinds 1 januari 1994 de rechtsopvolgster is van DB. Het Gerecht is van oordeel, dat deze mededeling voldoende verklaart, waarom de Commissie heeft gemeend, dat zij verzoekster mocht gelasten een einde te maken aan de door DB begane inbreuk op artikel 86 van het Verdrag, en haar wegens diezelfde inbreuk mocht veroordelen tot betaling van een geldboete (artikelen 3 en 4 van de beschikking). Deze beoordeling van de Commissie is overigens in het kader van dit geding geheel correct gebleken, omdat verzoekster blijkens de Duitse wet inzake de reorganisatie van de spoorwegen en de oprichting van het Bundeseisenbahnvermögen via het Bundeseisenbahnvermögen het vermogen van DB heeft overgenomen, voor zover dat noodzakelijk was voor het verrichten van de spoorwegdiensten en de exploitatie van de spoorweginfrastructuur.

106 De onderhavige zaak verschilt bovendien van de feiten die ten grondslag lagen aan het reeds aangehaalde arrest AWS Benelux, waarin het Gerecht oordeelde, dat de toerekening van de inbreuk aan de bestrafte onderneming omstandig moest worden gemotiveerd, omdat de gewraakte gedragingen meerdere ondernemingen betroffen. In die andere zaak waren meerdere ondernemingen bij de administra-

tieve procedure betrokken, waardoor het een ingewikkelde vraag was aan wie de inbreuk moest worden toegerekend, zodra deze ten slotte was vastgesteld. In het onderhavige geval evenwel is de door de Commissie bestrafte inbreuk slechts door één onderneming begaan, namelijk DB. De motivering waarom die inbreuk aan verzoekster werd toegerekend, kon dus worden beperkt tot de loutere vaststelling, dat verzoekster rechtsopvolgster is van DB.

Vierde middel: schending van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van goed bestuur

Argumenten van partijen

107 Verzoekster merkt op, dat de Commissie al lang op de hoogte was van het tariefbeleid van DB en dat zij dit beleid meermaals in overeenstemming met het gemeenschapsrecht heeft verklaard.

108 In dit verband herinnert verzoekster eraan, dat bij schriftelijke parlementaire vraag nr. 1720/81 van 9 februari 1982 aan de Commissie was gevraagd, wanneer en op welke wijze zij „een einde [zou] maken aan de concurrentievervalsing tussen West-Duitse en Nederlandse Noordzeehavens, veroorzaakt door een discriminatoire tariefstelling van de Deutsche Bundesbahn", waarop zij had geantwoord: „Tot dusver hebben alle onderzoeken van deze tarieven of dit tariefsysteem tot de vaststelling geleid, dat de prijsverschillen tussen het vervoer per spoor naar de Nederlandse en naar de Duitse zeehavens niet aan het bestaan van discriminerende tarieven te wijten zijn. Het gaat hier om correct berekende concurrentietarieven, die de DB, rekening houdend met de kostprijs en de marktsituatie, in haar eigen commercieel belang toepast" (PB 1982, C 198, blz. 2). In antwoord op een nieuwe parlementaire vraag in 1983 heeft de Commissie dit standpunt herhaald (antwoord op schriftelijke vraag nr. 664/83, PB 1983, C 308, blz. 13).

109 In 1986 heeft de Commissie naar aanleiding van een andere parlementaire vraag de prijsverschillen op de markt voor het binnenlandse Duitse verkeer en op de markt voor het internationale verkeer opnieuw gebillijkt. Toen antwoordde zij, dat „op deze verschillende markten, die elkaar sterk beconcurreren, beide maatschappijen [Transfracht en Intercontainer] (...) vervoerprijzen toepassen die rekening houden met de door de concurrenten gehanteerde prijzen", en dat derhalve „de door Transfracht (...) gehanteerde prijzen niet kunnen worden beschouwd als steun die een concurrentieverstoring veroorzaakt" (antwoord op schriftelijke vraag nr. 911/86, PB 1987, C 198, blz. 6).

110 Verzoekster betoogt met klem, dat de bestreden beschikking volledig in tegenspraak is met het standpunt dat zij voor het Parlement heeft ingenomen. Zij meent, dat de Commissie door een zo radicale en plotselinge wijziging van het vervoerbeleid, zonder een dergelijke wijziging ook maar in het Publicatieblad te hebben aangekondigd, de beginselen van rechtszekerheid en van goed bestuur ernstig heeft geschonden.

111 Verweerster ontkent, bij verzoekster een verwachting te hebben gewekt. In geen van de drie door verzoekster aangehaalde standpuntbepalingen voor het Parlement heeft zij zich uitgesproken over de wettigheid van de tariefpraktijken van DB vanuit het oogpunt van de communautaire mededingingsregels; zij heeft niet meer gezegd dan dat zij op dat moment niet over de gegevens beschikte op grond waarvan zij tot een inbreuk op die regels had kunnen concluderen. Verweerster voegt daar overigens aan toe, in april 1989 nogmaals haar standpunt over deze kwestie voor het Parlement te hebben verwoord naar aanleiding van schriftelijke vraag nr. 2172/88 (PB 1989, C 255, blz. 23). Zij benadrukt, dat zij zich bij die gelegenheid bij gebrek aan informatie eveneens heeft onthouden van een uitspraak over de wettigheid van het gedrag van DB, en dat zij enkel heeft opgemerkt: „Indien de betrokken partijen bereid worden gevonden om de Commissie mee te delen waarom zij van oordeel zijn dat deze tarieven discriminerend zijn, kan deze zaak met de bevoegde autoriteiten worden opgenomen."

112 Verweerster merkt bovendien op, dat de aangehaalde standpuntbepalingen niet relevant zijn voor de onderhavige zaak, omdat zij dateren uit de jaren 1982, 1983 en 1986 en uit april 1989, terwijl de bestreden beschikking de gedragingen van DB in het kader van de MCN-overeenkomst tussen 1 oktober 1989 en 31 juli 1992 betreft.

Beoordeling door het Gerecht

113 Volgens vaste rechtspraak dient het beginsel van rechtszekerheid te waarborgen, dat door het gemeenschapsrecht beheerste rechtssituaties en-betrekkingen voorzienbaar zijn (arrest Hof van 15 februari 1996, zaak C-63/93, Duff e. a., Jurispr. 1996, blz. I-569, r. o. 20). Hiertoe is essentieel, dat de gemeenschapsinstellingen de onaantastbaarheid respecteren van door hen vastgestelde handelingen die de juridische en materiële situatie van rechtssubjecten beïnvloeden, zodat zij deze handelingen slechts zullen kunnen wijzigen met inachtneming van de bevoegdheids- en vormvoorschriften (arresten Gerecht van 27 februari 1992, gevoegde zaken 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 en T-104/89, BASF e. a., Jurispr. 1992, blz. II-315, r. o. 35, en 6 april 1995, gevoegde zaken 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 en T-112/89, BASF e. a., Jurispr. 1995, blz. II-729, r. o. 73).

114 Het Gerecht is van oordeel, dat de antwoorden van de Commissie op de door verzoekster aangehaalde parlementaire vragen geen bindende rechtsgevolgen hebben teweeggebracht en niet van invloed waren op de juridische en feitelijke situatie van DB. Bovendien moet worden vastgesteld, dat de antwoorden van de Commissie, voor zover zij de tariefpraktijken van DB betreffen, met veel voorbehoud waren geformuleerd. Met name in haar antwoord op parlementaire vraag nr. 1720/81 heeft de Commissie haar beoordeling van het tariefbeleid van DB vergezeld doen gaan van de opmerking „tot dusver" en heeft zij onderstreept, dat zij „bereid is het door het geachte parlementslid gemelde geval te onderzoeken, mits haar nauwkeuriger inlichtingen worden verstrekt, met name over de betrokken vervoersverbindingen en de toegepaste vervoersprijzen en-voorwaarden". Derhalve is de bestre-

den beschikking, die nu juist op zulke „nauwkeuriger inlichtingen" berust, niet in tegenspraak met de antwoorden van de Commissie aan het Parlement en brengt zij dus ook geen wijziging in de strekking daarvan.

115 Bijgevolg kan verzoekster niet in verband met het door de Commissie voor het Parlement ingenomen standpunt zich op het rechtszekerheidsbeginsel beroepen of stellen, gerechtvaardigd vertrouwen daarin te hebben gesteld.

116 Ten slotte is het feit dat de Commissie haar antwoorden aan het Parlement onder voorbehoud heeft geformuleerd en naderhand, toen zij over nauwkeuriger informatie beschikte door een klacht en een in het kader van de administratieve procedure verricht onderzoek, een strengere en kritischer houding heeft ingenomen, niet onverenigbaar met het vereiste van goed bestuur, maar integendeel een sprekend voorbeeld van goed bestuur.

117 Derhalve moet het vierde middel eveneens worden afgewezen.

De subsidiaire vordering tot intrekking of verlaging van de geldboete

Argumenten van partijen

118 Verzoekster acht de haar opgelegde geldboete in strijd met het evenredigheidsbeginsel, en wel in de eerste plaats omdat de Commissie gedurende twintig jaar geen enkele inbreuk op het gebied van het vervoer per spoor heeft vastgesteld, hoewel zij volledig op de hoogte was van de praktijken van de spoorwegondernemingen. Volgens verzoekster moet een geldboete worden ingetrokken, althans worden verlaagd, wanneer de Commissie heeft getalmd alvorens tegen de

beweerde concurrentievervalsingen op te treden (arrest Hof van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, r. o. 51 en 52).

119 De hoogte van de geldboete is eveneens onevenredig met de zwaarte van de beweerde inbreuk. De gevolgen van de inbreuk, die de Commissie als aangetoond beschouwd, zijn immers in werkelijkheid niet ingetreden. Verzoekster merkt in dit verband op, dat de onderzochte tariefpraktijken generlei verlies met zich hebben gebracht voor de ondernemingen die zijn aangesloten bij de klagende vereniging, en op de markt van het vervoer via de westelijke havens in het algemeen niet tot gevolg hebben gehad, dat Belgische en Nederlandse expediteurs op andere wijzen van transport zijn overgestapt. Zij voegt eraan toe, dat een dergelijke overstap ook theoretisch nauwelijks mogelijk was, aangezien op deze markt het meeste vervoer reeds over de weg en de binnenwateren plaatsvond.

120 Ten slotte verwijt verzoekster de Commissie, dat zij, in afwijking van haar administratieve praktijk bij het berekenen van geldboetes, de door artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1017/68 voorgeschreven limieten heeft berekend op basis van de totale omzet van DB (12,9 miljard ECU voor het jaar 1993), en niet haar omzet in het containervervoer (461 miljoen DM over het jaar 1993).

121 Verweerster bevestigt, dat de litigieuze geldboete de eerste is die op grond van verordening nr. 1017/68 is opgelegd, maar zij meent dat deze omstandigheid niet van invloed dient te zijn op de vaststelling van het bedrag. Het bedrag van de geldboete is volgens haar volledig gerechtvaardigd, aangezien DB zich wel degelijk bewust was van de door haar toegepaste discriminatie, en zich niet bereid heeft getoond daaraan een einde te maken.

122 De gedraging van DB heeft bovendien ernstige gevolgen gehad. Verweerster herinnert er in dit verband aan, dat gedurende de periode 1989-1991 het verkeer via de noordelijke havens met 20 % is toegenomen en het verkeer via de westelijke

havens met 10 % is verminderd. Verweerster erkent, dat volgens het deskundigenrapport de verkeersstromen gedurende de onderzoeksperiode min of meer constant lijken te zijn gebleven, maar zelfs al zouden die berekeningen juist zijn, zo vervolgt zij, dan neemt dat niet weg dat de gedraging van DB erop was gericht, een toename van het aandeel van de spoorwegen in het vervoer van containers op de westelijke trajecten te beletten, wat op zichzelf een ernstige inbreuk op de mededingingsregels vormt.

123 Verweerster herinnert er voorts aan, dat volgens de rechtspraak van het Gerecht de Commissie haar voornemen om een geldboete op te leggen niet tevoren hoeft aan te kondigen. Zij beklemtoont eveneens, dat zij een onderzoek heeft ingeleid zodra zij een klacht had ontvangen. Ten slotte wijst zij erop, dat het bedrag van de opgelegde geldboete binnen de bij artikel 22 van verordening nr. 1017/68 vastgestelde grenzen ligt.

Beoordeling door het Gerecht

124 Om te beginnen zij opgemerkt, dat artikel 22 van verordening nr. 1017/68 de Commissie de bevoegdheid verleent, bij een inbreuk op artikel 8 van die verordening een geldboete op te leggen. Het Gerecht is van oordeel, dat de omstandigheid dat de Commissie een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag heeft vastgesteld, en niet op artikel 8 van verordening nr. 1017/68, haar niet belette een geldboete op te leggen krachtens artikel 22 van verordening nr. 1017/68, aangezien de toepasselijke bepalingen van artikel 8 van verordening nr. 1017/68 in dezelfde bewoordingen zijn gesteld en dezelfde strekking hebben als die van artikel 86 van het Verdrag (zie r. o. 77). De keuze van artikel 22 van verordening nr. 1017/68 als rechtsgrondslag voor het opleggen van de geldboete is trouwens door verzoekster niet aangevochten.

125 Tevens zij nog erop gewezen, dat het Gerecht krachtens artikel 24 van verordening nr. 1017/68 ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of dwangsom wordt vastgesteld, een volledige rechtsmacht heeft in de zin van artikel 172 van het Verdrag.

126 Wat de berekening van de geldboete betreft, stelt het Gerecht vast dat de Commissie de in artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1017/68 aangegeven grens van 10 % in acht heeft genomen. Volgens de bewoordingen van dit artikel kan de Commissie geldboeten opleggen tot een bedrag van ten hoogste 10 % „van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorgaande boekjaar". Volgens vaste rechtspraak mag in dit kader rekening worden gehouden met zowel de totale omzet van de onderneming als het deel van de omzet dat is behaald met de transacties waarop de inbreuk betrekking heeft (arrest Compagnie maritime belge transports e. a., reeds aangehaald, r. o. 233). Gelet op de door partijen verstrekte gegevens, komt de geldboete van 11 miljoen ECU overeen met ten minste 0,1 % van de omzet van DB in 1993 en met ten minste 5 % van de omzet van DB in 1993 in het containervervoer. Daaruit volgt, dat de Commissie in alle opzichten beneden de in artikel 22 van verordening nr. 1017/68 voorgeschreven grens is gebleven.

127 Met betrekking tot het feit dat de geldboete binnen de in artikel 22 van verordening nr. 1017/68 aangegeven grenzen moet worden vastgesteld, zij eraan herinnerd dat de geldboeten een instrument van het mededingingsbeleid van de Commissie zijn, die daarom bij het bepalen van het bedrag ervan over een beoordelingsbevoegdheid moet kunnen beschikken om het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven (arrest Gerecht, Martinelli, reeds aangehaald, r. o. 59, en arrest Gerecht van 11 december 1996, zaak T-49/95, Van Megen Sports, Jurispr. 1996, blz. II-1799, r. o. 53). Niettemin dient het Gerecht te controleren, of de hoogte van de opgelegde geldboete in verhouding staat tot de duur en de andere factoren die moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, zoals de invloed die de onderneming op de markt heeft kunnen uitoefenen, het profijt dat zij uit haar praktijken heeft kunnen trekken, de hoeveelheid en de waarde van de betrokken diensten en het gevaar dat dergelijke inbreuken voor de doelstellingen van de Gemeenschap opleveren (zie arrest Hof van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80, 101/80, 102/80 en 103/80, Musique Diffusion Française e. a., Jurispr. 1983, blz. 1825, r. o. 120 en 129).

128 In de onderhavige zaak is het Gerecht van oordeel, dat DB er niet onkundig van heeft kunnen zijn, dat haar gedragingen door hun omvang, duur en stelselmatig karakter het vervoer via Duitse havens aanzienlijk begunstigden en daardoor ernstige beperkingen van de mededinging ten gevolg hadden. De Commissie mocht de inbreuk dus als opzettelijk gepleegd aanmerken (zie in dit verband arrest Gerecht

van 2 juli 1992, zaak T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening, Jurispr. 1992, blz. II-1931, r. o. 157). De Commissie heeft bovendien terecht rekening gehouden met de relatief lange duur (ten minste twee jaar en tien maanden) van de inbreuk, met het feit dat DB zich na toezending van de punten van bezwaar niet heeft verbonden tot wijziging van haar praktijken, en met de commerciële voordelen die DB uit haar inbreuk heeft kunnen trekken.

129 Uit een en ander volgt, dat de Commissie over bewijzen beschikte die aantoonden dat het geconstateerde misbruik zeer ernstig was, en dat de hoogte van de opgelegde geldboete, met name in termen van het percentage van de omzet die deze vertegenwoordigt, niet onevenredig is.

130 Anders dan verzoekster stelt, was de Commissie niet verplicht, een lager bedrag vast te stellen wegens het feit dat in de betrokken sector niet eerder een geldboete was opgelegd. In dit verband zij eraan herinnerd, dat de omstandigheid dat voor een beschikking geen precedent bestaat, niet kan worden ingeroepen om een verlaging van de geldboete te bepleiten, wanneer de zwaarte van het misbruik van een machtspositie en van de beperkingen op de mededinging vaststaat (arrest Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 239, en arrest Hof van 14 november 1996, zaak C-333/94 P, Tetra Pak, Jurispr. 1996, blz. I-5951, r. o. 46-49). Verzoekster kan de Commissie dan ook niet verwijten, te hebben getalmd alvorens op te treden en daarmee zelf tot de duur van de inbreuk te hebben bijgedragen. Op dit punt volstaat de vaststelling, dat de Commissie een onderzoek heeft ingeleid zodra zij een klacht had ontvangen over de tariefpraktijken van verzoekster.

131 Op grond van een en ander is het Gerecht van oordeel, dat er geen termen bestaan om de aan verzoekster opgelegde geldboete in te trekken of te verlagen.

132 Uit al het voorgaande volgt dat het beroep moet worden verworpen.

Kosten

133 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld en de Commissie een kostenveroordeling heeft gevorderd, dient verzoekster in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoekster in de kosten.

Saggio Kalogeropoulos Tiili

Moura Ramos Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 21 oktober 1997.

De griffier De president

H. Jung A. Saggio